

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Renata Porto Guidi Das Neves

ASPECTOS JURÍDICOS DA PUBLICIDADE DIRIGIDA ÀS CRIANÇAS E  
ADOLESCENTES

DIREITO CONTRATUAL

SÃO PAULO

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Renata Porto Guidi Das Neves

ASPECTOS JURÍDICOS DA PUBLICIDADE DIRIGIDA ÀS CRIANÇAS E  
ADOLESCENTES

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Contratual, sob a orientação da Professora Dra. Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim.

SÃO PAULO

2017

Banca Examinadora

---

---

---

Dedico este trabalho a todas as crianças e adolescentes do abrigo CMPCA, que a cada dia evoluem mais no aprendizado da pequenez dos bens materiais.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por esta oportunidade de estudo, à professora Dra. Luciana pelas orientações e sugestões dadas ao longo do trabalho, a toda minha família pela compreensão e apoio incondicionais e a meus amigos Diogo e Bruno, pelas correções de texto e formatação.

“O consumidor em uma sociedade de consumo é uma criatura acentuadamente diferente dos consumidores de quaisquer outras sociedades até aqui. Se os nossos ancestrais filósofos, poetas e pregadores morais refletiram se o homem trabalha para viver ou vive para trabalhar, o dilema sobre o qual mais se cogita hoje em dia é se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir. ” (Zygmunt Bauman)

## RESUMO

### **Aspectos Jurídicos da Publicidade dirigida às Crianças e Adolescentes Renata Porto Guidi Das Neves**

Trata-se de trabalho que visa o estudo da publicidade dirigida às crianças e adolescentes e seus aspectos jurídicos, partindo-se da premissa de que toda mensagem publicitária dirigida a este público é abusiva, conforme Resolução do Conanda 163/2014 e legislações nesse sentido. O método utilizado consiste na consulta de livros, artigos e pesquisas científicas. Extensões dos efeitos da abusividade relativa ao direcionamento de mensagens publicitárias ao público infantojuvenil também são discutidas, como impactos na alimentação e na qualidade de vida deste grupo, considerada sua hipervulnerabilidade. Abordou-se ainda responsabilização civil das figuras envolvidas no mercado publicitário, analisando-se também técnicas mais elaboradas e sutis de transmissão de publicidade a crianças e jovens, com destaque para figura dos *youtubers* mirins no meio virtual. Justifica-se essa pesquisa pela verificação do aumento da publicidade infantil em mídias eletrônicas apesar do aumento da legislação proibitiva.

**Palavras Chaves:** Publicidade Abusiva, legislação, crianças, adolescentes, hipervulnerabilidade, responsabilização, meio virtual.

## **ABSTRACT**

### **Legal Aspects of Advertising directed to Children and Adolescents Renata Porto Guidi Das Neves**

This work is aimed at the study of advertising directed at children and adolescents and their legal aspects, starting from the premise that any advertising message addressed to this public is abusive, according to Resolution 163/2014 and legislation in this regard. The method used is the consultation of books, articles and scientific research. Extensions of the effects of abusiveness related to the targeting of messages to children and adolescents are also discussed, as impacts on food and quality of life of this group, considered as hypervulnerability. Civil responsibility of the figures involved in the advertising market was also discussed, as well as more elaborate and subtle techniques of advertising transmission to children and young people, especially the figure of the young youtubers in the virtual environment. This research is justified by the increase of child advertising in electronic media despite the increase of prohibitive legislation.

**Keywords:** Abusive advertising, legislation, children, adolescents, hypervulnerability, accountability, virtual environment.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
CAPÍTULO I .....	11
1.1 Publicidade, Propaganda e Marketing – Distinções Fundamentais.....	11
1.1 Espécies de publicidade segundo a doutrina .....	13
1.2 Princípios da Publicidade adotados pelo Código de Defesa do Consumidor ....	15
1.3.1 Princípio da identificação da publicidade .....	15
1.3.2 Princípio da vinculação contratual da publicidade .....	16
1.3.3 Princípio da veracidade da publicidade.....	16
1.3.4 Princípio da não abusividade da publicidade.....	17
1.3.5 Princípio da inversão do ônus da prova.....	17
1.3.6 Princípio da transparência da fundamentação da publicidade.....	18
1.3.7 Princípio da correção do desvio publicitário .....	18
1.3.8 Princípio da lealdade publicitária.....	19
1.4 Considerações acerca da Publicidade Abusiva .....	19
1.5 Controle da Publicidade no Brasil .....	20
1.5.1 Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR .....	22
1.5.2 Conselho Executivo das Normas Padrão - CENP .....	24
1.5.4 Atividade Publicitária e Contratos .....	25
CAPÍTULO II .....	28
2.1 Infância e Adolescência – Considerações e Viés Histórico .....	28
2.2 Distinções -Vulnerabilidade e Hipossuficiência.....	30
2.3 Hipervulnerabilidade das Crianças e Adolescentes frente às mensagens publicitárias – visão jurídica e psicossocial .....	32
2.4 A proteção integral da Infância e da Adolescência na legislação brasileira .....	36
CAPÍTULO III.....	40
3.1 Enganosidade e Autonomia da Vontade frente à Publicidade Infantojuvenil .....	40
3.2 CONANDA e a Resolução 163/2014.....	41
3.3 Publicidade de alimentos para público infanto-juvenil .....	45
3.3.1 Regulamentação da Publicidade de Alimentos para o público infanto-juvenil – entraves políticos .....	49
3.3.2. Outros entraves: Lei Murad e Lei Serra .....	50
3.4 Publicidade On line dirigida ao público infantojuvenil .....	52
3.5 Responsabilização pela Publicidade Ilícita no Brasil .....	55
CONCLUSÃO .....	58
BIBLIOGRAFIA .....	61

## INTRODUÇÃO

É sabido que as crianças e os adolescentes desfrutam de proteção especial no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Conforme artigo 227 da Constituição Federal, estes gozam de absoluta prioridade, sendo dever da família, do Estado e da sociedade como um todo, assegurar-lhes todos os direitos fundamentais, observando esta prioridade, haja vista passarem tais indivíduos por fase de vulnerabilidade psíquica.

No entanto, nota-se que a indústria da publicidade no Brasil, motivada por razões econômicas, ao invés de colaborar para o asseguramento destes direitos, realiza estudos técnicos e psicológicos para justamente atacar pontos de vulnerabilidade de crianças e adolescentes, não levando em conta a peculiar condição de desenvolvimento destes.

Acompanhando essa distorção da função social da publicidade foram criadas regulamentações no país visando proteger o público infantojuvenil, as quais serão tratadas no presente trabalho, bem como as figuras da publicidade enganosa e abusiva e seus impactos no desenvolvimento físico e psíquico de crianças e adolescentes.

Para tanto, o trabalho se divide em três capítulos, tratando o primeiro da publicidade e sua regulamentação legal, o segundo da infância e adolescência e hipervulnerabilidade frente às publicidades ilegais e o terceiro acerca da união destes dois temas, com considerações a respeito da responsabilização legal das figuras do mercado publicitário e enfrentamento das novas modalidades de assédio mercadológico nos meios eletrônicos.

Destaque-se que, embora haja distinção entre os termos comunicação mercadológica e publicidade, estes serão tratados como sinônimos no presente estudo.

## CAPÍTULO I

### 1.1 Publicidade, Propaganda e Marketing – Distinções Fundamentais

A publicidade segundo Thereza Arruda Alvim conceitua-se como "toda e qualquer modalidade de informação ou comunicação dirigida ao público consumidor, destinada a divulgar determinado produto, objetivando seu consumo"<sup>1</sup>.

Claudia Lima Marques por sua vez, a define como

toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado.<sup>2</sup>

Nessa esteira conceitual, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães ensina que os elementos que compõem o conceito de publicidade são "patrocínio, divulgação de produtos e serviços, a informação, persuasão e a atividade dirigida ao público"<sup>3</sup>

Por sua importância, a figura da Publicidade foi a de maior destaque no Código de Defesa do Consumidor.

Embora muitas vezes usados indistintamente, os conceitos de publicidade, propaganda e marketing não se confundem.

Marketing segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin constitui-se como "qualquer modalidade de informação ou oferta associada à circulação de bens de consumo"<sup>4</sup>

Pode-se dizer que Marketing é o gênero do qual a publicidade é espécie, uma vez que o conceito deste engloba a utilização de diversos elementos referentes à inclusão de um produto no mercado, desde pesquisa de tendências mercadológicas, meios de fabricação, transporte, até próprio uso da publicidade, incluindo todo

<sup>1</sup> ALVIM, Thereza. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 90-91.

<sup>2</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações Contratuais**. 7. ed. rev. atual. Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 872.

<sup>3</sup> GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini, **A Publicidade Ilícita e a responsabilidade das celebridades que dela participam**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.24.

<sup>4</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. **A repressão penal aos desvios do marketing**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 4, número especial, 1992, p. 92.

planejamento da estratégia geral de mercado para inclusão do bem de consumo neste. Sendo a publicidade, portanto, apenas uma das possíveis integrantes do Marketing, Herman faz uso das expressões de marketing publicitário (com uso da publicidade) e marketing não publicitário.

Nessa direção, tem-se o ensinamento de Luciana Ancona, a qual descreve a Publicidade como ferramenta do marketing, e este, por sua vez uma dentre tantas outras práticas comerciais tratadas pelo Código de Defesa do Consumidor.<sup>5</sup>

No Brasil, o marketing publicitário é equiparado à oferta, o que se depreende também da leitura do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor<sup>6</sup>. O legislador não descreveu figura mais próxima a deste conceito, e muitos doutrinadores procuram preencher a lacuna da lei.

Com citado objetivo, Fernando Gherardini Santos ensina que:

A oferta não é precisamente o gênero, do qual são espécies a apresentação e a publicidade, (...), mas sim uma qualidade jurídica, a qual adere a qualquer prática de marketing que contenha informações suficientemente precisas, tornando-a, ipso facto, jurídica.<sup>7</sup>

Embora não haja consenso na doutrina acerca do conceito, compartilham os autores consumeristas acerca da compatibilidade entre marketing e defesa do consumidor, uma vez que ambos visam à satisfação da sociedade, embora muitos profissionais se utilizem das ferramentas do marketing visando unicamente ao lucro desmedido.

Acerca do conceito de propaganda, o publicitário Sant'Anna a define como "uma técnica de comunicação de massa paga com a finalidade de fornecer informações, desenvolver atitudes e provocar ações benéficas ao anunciante,

---

<sup>5</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24

<sup>6</sup> "Art. 30. Toda a informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços ou apresentados, obriga o fornecedor que fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que ver a ser celebrado." BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 1990. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 17 de agosto de 2017.

<sup>7</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2000, p.136.

geralmente para vender produtos ou serviços. ”<sup>8</sup>

A propaganda é figura que mais se confunde com a de publicidade, definindo-se a segunda como “toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feitas através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa”, conforme Pasqualoto.<sup>9</sup>

Embora ambos os autores incluam na definição de propaganda a possibilidade de auferimento de lucro, a doutrina comumente distingue o conceito desta da de publicidade justamente pela ausência de intenção lucrativa da propaganda.

Nesse diapasão, Francisco Rico Perez ensina: “A diferença essencial entre a publicidade e a propaganda baseia-se no fato de que a primeira faz-se com a intenção de alcançar lucro, enquanto a segunda exclui quase sempre a ideia de benefício econômico”.<sup>10</sup>

Note-se que o Código de Defesa do consumidor não tratou da figura da propaganda em seu texto, mas apenas do conceito e implicações da publicidade, justamente por ter a propaganda finalidade de difusão de ideologias das mais variadas, sendo a publicidade atrelada a divulgação de marca ou produto e, por isso, objetivar lucro.

### 1.1 Espécies de publicidade segundo a doutrina

Interessante notar-se que, do ponto de vista da finalidade, a publicidade pode ser definida como promocional ou institucional.

A doutrinadora Valéria Chaise descreve a publicidade institucional como

aquela que se destina a institucionalizar a marca, ou seja, na qual não se objetiva-se a venda de um produto, mas sim a divulgação da empresa. Por sua

---

<sup>8</sup> SANT’ANNA, Armando *et al.* **Propaganda, teoria, técnicas e prática**, 9ª edição revista. São Paulo: Cengage, p.03.

<sup>9</sup> PASQUALOTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.25.

<sup>10</sup> RICO-PEREZ, 1983, apud HERMAN, 2017, p.324.

vez, como publicidade promocional, entende ser aquela cujo objetivo é “promover a venda de produtos e serviços.”<sup>11</sup>

Nesse mesmo sentido, é o entendimento do autor Bruno Miragem, que descreve a publicidade promocional como “a atividade que se estabelece no mercado de consumo, com o objetivo da promoção de produtos e serviços” e a institucional como aquela cuja finalidade é a “promoção de uma marca, ou de uma determinada empresa fornecedora”<sup>12</sup>.

Extrai-se dos ensinamentos do autor que, embora a publicidade institucional não tenha o fim direto e imediato de promoção da venda de produtos ou serviços, certamente visa este objetivo indiretamente e a longo prazo, a partir da divulgação e consolidação da marca no mercado de consumo.

A publicidade promocional, por sua vez, possui objetivos a curto prazo, bipartindo-se segundo alguns autores, em publicidade para demanda primária e publicidade para a demanda seletiva.<sup>13</sup>

A publicidade para demanda primária, também conhecida como pioneira, tem por utilidade a divulgação de novo produto no mercado, não o declarando expressamente, mas realizando campanhas publicitárias em que se ressalta a importância deste para o consumidor, como forma de lhe preparar o caminho. Tem-se como exemplo, além das publicidades divulgadas no início da veiculação publicitária pela televisão, as relativamente recentes campanhas de divulgação de vitaminas pelas indústrias farmacêuticas, em que se divulgou predominantemente em rádios ou televisão a importância de determinadas vitaminas para beleza das unhas ou dos cabelos, ou para aumento da disposição física.

A publicidade seletiva, a seu turno, também denominada publicidade competitiva, ressalta apenas as qualidades de determinada marca.

Ambas as espécies de publicidade são regulamentadas pelo Código de

---

<sup>11</sup> CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 14

<sup>12</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 249

Defesa do Consumidor, responsabilizando-se o fornecedor por informações inverídicas ou prejudiciais à sociedade nestas veiculadas.

## 1.2 Princípios da Publicidade adotados pelo Código de Defesa do Consumidor

São oito os princípios de proteção do consumidor ante aos abusos de publicidade previstos pelo Código de Defesa do Consumidor, segundo Herman e Benjamin<sup>14</sup>, os quais nortearam a elaboração deste diploma legal, a saber: princípio da identificação da publicidade, princípio da vinculação contratual da publicidade, princípio da veracidade da publicidade, princípio da não abusividade da publicidade, princípio da inversão do ônus da prova, princípio da transparência da fundamentação da publicidade, princípio da correção do desvio publicitário, princípio da lealdade publicitária.

O autor destaca a necessidade de distinção destes princípios gerais da publicidade previstos pelo Código de Defesa do Consumidor dos princípios da proteção publicitária do consumidor, uma vez que os últimos encontram previsão em normas de Direito Público e Privado.

Passa-se a breves definições sobre cada um destes:

### 1.3.1 Princípio da identificação da publicidade

Previsto pelo artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, informa que a publicidade deve ser fácil e rapidamente identificável, não admitindo assim, formas de publicidades subliminares<sup>15</sup>, tão presentes no dia a dia. Em decorrência do princípio da identificação publicitária, são proibidas também no ordenamento jurídico brasileiro a publicidade clandestina<sup>16</sup> e a dissimulada<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> COHEN, Dorothy. *Publicidad Comercial*. México: Editorial Diana, 1984, p.50

<sup>14</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 11ª edição rev, atual, reform. Rio de Janeiro:Forense, p.333.

<sup>15</sup> “Aquele que tenta persuadir o consumidor ao consumo de determinado produto ou serviço, através de estímulos imperceptíveis aos destinatários” Vide MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.247.

<sup>16</sup> Aquela que há “integração ao roteiro de uma situação de uso ou consumo normal de um produto com a exposição

Note-se que a modalidade de publicidade que frontalmente ofende o princípio da identificação da publicidade é o *merchandising*, definido por Herman e Benjamin como “aparicação de produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca. Portanto, a comunicação é subliminar.”<sup>18</sup>

No Brasil é comum a utilização de *merchandisings* em novelas e filmes, nos quais muitas vezes, além de ferir o princípio consumerista, o anunciante fere direitos constitucionais de crianças e adolescentes, a exemplo do uso de cigarros em filmes destinados ao público juvenil.

### 1.3.2 Princípio da vinculação contratual da publicidade

Este princípio trata do aspecto contratual da publicidade, definindo que a publicidade veiculada gera obrigações ao fornecedor, devendo integrar ainda contrato eventualmente firmado a partir desta.

Decorre deste princípio a disposição do artigo 35 do Código, no qual é previsto que, não sendo cumprido o veiculado, o consumidor tem direito a alternativamente, exigir cumprimento da obrigação, aceitar outro produto ou serviço que o equivalha ou rescindir o contrato, conferindo-se-lhe neste caso, além de outros, direito a perdas e danos.<sup>19</sup>

### 1.3.3 Princípio da veracidade da publicidade

Este princípio foi previsto pelo legislador no parágrafo primeiro do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê proibição à publicidade enganosa, definindo-a como

---

de sua marca ou fatores de identificação”. Vide PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86

<sup>17</sup> “Aquele que, aparentando ser uma informação isenta dentro de um veículo de comunicação, é na verdade, uma informação com fins publicitários ocultos” *Ibidem*, p.245.

<sup>18</sup> BENJAMIN, Antônio Hermann de Vasconcellos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 11ª edição rev., atual, reform. Rio de Janeiro: Forense, p.338

<sup>19</sup> BENJAMIN, Antônio Hermann de Vasconcellos. *Op. Cit.* p.339.

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.<sup>20</sup>

O Parágrafo terceiro do mesmo artigo prevê ainda a figura da publicidade enganosa por omissão, definindo-a como ato de omitir informação sobre dado essencial do produto ou serviço.

#### 1.3.4 Princípio da não abusividade da publicidade

Considerada por Herman um “meio irmão”<sup>21</sup> do princípio da veracidade, este princípio foi extraído do parágrafo segundo do citado artigo 37, no qual a inteligência da lei prevê a vedação à publicidade abusiva, não definindo-a, mas exemplificando-a como aquela que seja discriminatória, desperte desejo de violência, explore medo ou superstição, se valha da deficiência de julgamento e experiência da criança, entre outras hipóteses.

A distinção entre as características de abusividade e enganabilidade das mensagens publicitárias também foi feita pelo Código de AutoRegulamentação Publicitária, a seguir estudado.

Importante ressaltar ainda, que o artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor prevê punição para os atos de “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”, estabelecendo para os infratores pena de detenção de três meses a um ano, cumulada com multa.

#### 1.3.5 Princípio da inversão do ônus da prova

Este princípio é previsto sequencialmente à conceituação de publicidade enganosa e abusiva, com estas tendo certa relação, o que se pode extrair da leitura do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê que cabe ao patrocinador a

---

<sup>20</sup> BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 1990. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 17 de agosto de 2017.

<sup>21</sup>BENJAMIN, Antônio Hermann de Vasconcellos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 11ª edição rev., atual, reform. Rio de Janeiro: Forense

prova da veracidade e correção da informação ou comunicação que veicular.

Relevante destacar-se ensinamento do ministro Herman a respeito do princípio da inversão, no qual o autor esclarece que o dever de correção além do princípio da veracidade, abrange ainda, de uma só vez princípio da não abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da mensagem publicitária.<sup>22</sup>

Note-se ainda que, diferentemente do previsto pelo artigo 6º, inciso VIII o princípio da inversão do ônus da prova tratado pelo artigo 38 prescinde de decisão judicial, tendo caráter obrigatório por força da lei.

#### 1.3.6 Princípio da transparência da fundamentação da publicidade

Previsto pelo artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor e conexo ao princípio da inversão do ônus da prova, como se denota da leitura do parágrafo único, este informativo prevê a necessidade de que a publicidade seja facilmente identificada como tal, o que não ocorre em relação à publicidade dirigida a público infante juvenil, como será demonstrado adiante.

#### 1.3.7 Princípio da correção do desvio publicitário

Havendo infrações ao Código de Defesa do Consumidor pelos veiculadores de mensagens publicitárias, além da responsabilização no campo cível e eventualmente penal, impõe o legislador haja produção da denominada “Contrapropaganda”, sanção administrativa prevista pelo inciso XII do artigo 56 do Código, como possibilidade de extinção/redução do impacto negativo produzido pela publicidade desviante.

Herman e Benjamin alerta para a inadequação técnica do termo “contrapropaganda”, uma vez que a figura da propaganda não é regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas tão somente a da publicidade, pelo que a

---

<sup>22</sup> Antônio Herman V. Benjamin, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 11ª edição rev., atual, reformada. Rio de Janeiro: Forense, p.372.

expressão adequada seria “contrapublicidade”<sup>23</sup>

### 1.3.8 Princípio da lealdade publicitária

Previsto pelo artigo 4º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, de autoria do citado autor Herman e Benjamin, implica na coibição e repressão pelo microsistema consumerista de abusos eventualmente praticados no mercado, incluindo a concorrência desleal.

Para alguns autores, o princípio da lealdade publicitária favorece apenas aos anunciantes uma vez que não há compatibilização de interesses destas classes no que tange à tutela de concorrência.

Nessa esteira, Maria Elizabete sustenta que a lealdade publicitária “constitui axioma cuja valoração não está na proteção dos consumidores, mas na proteção dos fornecedores.”<sup>24</sup>

Ocorre que o fornecedor exposto a práticas publicitárias abusivas será tutelado não por via mediata de proteção mercadológica contra concorrência desleal, mas sim porque integrará também o conceito de consumidor<sup>25</sup> nessa hipótese.

### 1.4 Considerações acerca da Publicidade Abusiva

Ao contrário da publicidade enganosa, bem definida pelo legislador no artigo 37 parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade abusiva não possui conceito definido, sendo apenas exemplificadas suas hipóteses no parágrafo segundo do mesmo artigo, a saber: aquelas que induzam a um comportamento violento, explorem medo ou a superstição, se valham da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeitem valores ambientais, possibilitem a indução de comportamento prejudicial/perigoso à saúde ou segurança do consumidor ou seja discriminatória.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.371.

<sup>24</sup> LOPES, Maria Elizabete Vilaça. **O consumidor e a publicidade**. Revista de Direito do Consumidor, n01, p.163.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p.166.

A respeito da incompletude do conceito de abusividade no Direito do Consumidor, já se manifestou a doutrina consumerista<sup>26</sup>, considerando-se como abusivo, em última análise, todo trabalho que desrespeite a Constituição e seu sistema valorativo, não sendo definido enquanto enganoso.

No tocante aos exemplos de publicidades abusivas trazidos pelo artigo citado, destaque-se às dirigidas às crianças e adolescentes, os quais no Brasil ainda continuam à mercê dos apelos publicitários, não obstante as diversas legislações proibitivas sobre o assunto. Segundo estudo conjunto do Centro Universitário São Camilo e Universidade Presbiteriana, 64% dos comerciais dirigidos às crianças (usavam linguagem e personagens infantis, 43% usavam músicas cantadas por vozes infantis e mais de 20% vinculavam a compra de alimentos ao recebimento de brindes.<sup>27</sup>

### 1.5 Controle da Publicidade no Brasil

Dada a importância da publicidade para o desenvolvimento socioeconômico de uma nação, haja vista a imprescindibilidade de veículos de massa para divulgação de produtos e serviços de massa, houve no Brasil interesse do legislador em regulamentar as atividades publicitárias, visando também a Defesa do Consumidor, conforme previsão constitucional dessa necessidade enquanto elemento de formação do Estado de Bem Estar Social, , nos termos do artigos 5º inciso XXXII e artigo 170 da Constituição Federal.

Destaque-se que o controle pretendido no Brasil não fere o dispositivo constitucional que veda a censura, na medida que busca coibir tão somente abusos decorrentes do desregramento publicitário, os quais terminam sendo lesivos a sociedade como um todo.

A esse respeito já se posicionou Nelson Nery Junior:

---

<sup>26</sup> Nesse sentido BENJAMIN , Antonio Herman V. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 11ª edição rev, atual, reform, Rio de Janeiro, Forense, p.355.

<sup>27</sup>UNIT, The economist Intelligence. **Os impactos da proibição da publicidade dirigida à criança no Brasil**. Agosto de 2017. Disponível em <[http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Relatorio\\_TheEconomist\\_.pdf](http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Relatorio_TheEconomist_.pdf)>. Consultado em 20 de agosto de 2017.

O controle legal da publicidade não é forma inconstitucional de censura, mas instrumento eficaz para evitar o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor. O art. 5º do Federal Trade Commission Act, dos EUA, com a emenda de 1983, já previa o controle da publicidade e nem por isso os EUA deixaram de ser o país onde mais e melhor se desenvolveu a atividade e criação publicitária<sup>28</sup>

O modelo de controle das atividades publicitárias adotado no Brasil é o modelo misto, no qual são adotadas tanto normas de auto-regulamentação dos entes privados quanto normas cogentes, emanadas do Ente Estatal. Desse modo, incentiva-se tanto o controle executado pelo Estado, como o realizado pelos partícipes publicitários.

O modelo misto foi o adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.<sup>29</sup>

Neste modelo, a defesa do Consumidor pode se dar por três vias: repressiva, reparatória ou preventiva. A prevenção contra abusos publicitários obviamente consiste no melhor recurso, dependendo muitas das vezes da vontade política dos atores estatais para sua consecução.

Cabe ressaltar-se que o direito à publicidade existe por se basear no princípio da livre iniciativa, guardando certa relação com o direito de propriedade<sup>30</sup>, este sim assegurado constitucionalmente. Assim sua limitação não se constitui limitação ao direito à liberdade de expressão prevista pelo caput do artigo 220 da Constituição Federal.

Enquanto decorrência do princípio da livre iniciativa que regulamenta a atividade empresarial, o direito à publicidade, assim como à propriedade, condiciona-se a limites constitucionais e à função social inerentes a todos os direitos previstos nesse modelo de organização político e econômico, entre estes a função social da propriedade, defesa do consumidor, livre concorrência e defesa do meio ambiente, (artigo 170 da Constituição Federal, incisos III, IV, V e VI).

---

<sup>28</sup> JUNIOR, Nelson Nery. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, n.03, p.67.

<sup>29</sup> Benjamin, Antônio Herman V. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 11ª edição rev, atual, reform, Rio de Janeiro: Forense, p.321.

<sup>30</sup> Neste sentido também BENJAMIN, Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 01/08/2017.

Havendo entendimentos diversos, no sentido de se reconhecer à atividade publicitária os direitos previstos pelo artigo 220 da Constituição Federal, pode-se compatibilizar o aparente conflito gerado a partir da utilização do método hermenêutico concretizante, o qual investe o intérprete da norma na tarefa de buscar o sentido desta no caso concreto, observando sempre a escala valorativa constitucional.<sup>31</sup>

Destaque-se por fim, que além de misto, o sistema de regulamentação da Publicidade no Brasil é também denominado descentralizado ou desconcentrado, uma vez que as normas que o balizam não são expedidas por um único órgão.

#### 1.5.1 Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária- CONAR, constitui-se como sociedade civil sem fins lucrativos, fundada em 1980. Responsável pela fiscalização dos aspectos éticos e legais de quaisquer espécies de publicidade veiculadas no território brasileiro, é formada por publicitários e profissionais diversos, também zelando pelo direito ao exercício publicitário e tratando dos interesses econômicos da classe publicitária.

Em tese, o Conselho visa ainda a atender denúncias, bem como a aplicar o Código de Auto-Regulamentação Publicitária, coibindo divulgação da publicidade enganosa ou abusiva.

O CONAR é composto por quatro órgãos: Assembléia Geral, Conselho Superior, Conselho de Ética e Conselho Fiscal.

Ao tema tratado, relacionam-se mais estreitamente o Conselho Fiscal e o Conselho Superior.

O Conselho Fiscal é órgão responsável por fiscalizar, julgar e deliberar quanto ao cumprimento do Código de Auto-Regulamentação Publicitária, a este competindo ainda receber e julgar representações por infrações ao Código, aplicando medidas aos infratores. É ainda de competência do Conselho a mediação entre

---

<sup>31</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ensaio sobre a Publicidade e o seu Regime Jurídico no Direito Brasileiro.**

anunciantes, agências e veículos de comunicação, competindo-lhe também aprovação de súmulas de jurisprudência e deliberação sobre sua alteração e cancelamento.<sup>32</sup>

O Recurso Ordinário é o instrumento para ataque de despachos e acórdãos proferidos pelos Conselhos de Ética, interposto junto à Câmara Especial de Recursos. Das decisões da Câmara, caberá Recurso Extraordinário, de acordo com artigo 47 do Estatuto.

Quanto ao Conselho Superior do CONAR, conforme artigo 32 também de seu Estatuto, constitui-se órgão normativo e de Administração da Sociedade, formado por representantes das entidades fundadoras e com atuação enquanto mandatário destas. Cabe ao Conselho Superior entre outras atribuições, promover alterações no Código de Auto-Regulamentação Publicitária e legislar sobre normas de funcionamento do CONAR.

Como pontos negativos do CONAR, pode-se citar o fato de não realizar prévio controle deste sobre a publicidade veiculada, o que impediria propagação de inúmeros danos às crianças e adolescentes, e à sociedade em geral, e limitar-se as decisões do órgão aos seus membros associados, não sendo estas ainda dotadas de cogência, vez que transgressões não acarretam em consequências no campo judicial.<sup>33</sup>

A título de ilustrativo da grande limitação de atuação do CONAR, tem-se que este órgão não tem controle nenhum sobre os anunciantes que não são ligados à Associação Brasileira de Anunciantes (Aba), aos veículos de comunicação que não são ligados à Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) e às agências de publicidade que não são ligadas à Associação Brasileira das Agências de Propaganda (Abap), conforme elucidou Edgar Rebouças em entrevista à revista “Criança e Consumo” do Instituto Alana<sup>34</sup>.

---

RT/Fasc Civ. Ano 96. V.864. Outubro de 2007, p.20/44.

<sup>32</sup>CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em:<[www.conar.com.br](http://www.conar.com.br)> Acesso em: 03 de set de 2017.

<sup>33</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.12

<sup>34</sup>Criança e Consumo, Entrevistas. **Juventude e Bebidas Alcoólicas**. Disponível em

Ressalte-se ainda que a defesa do consumidor exercida por esse órgão é via mediata, uma vez que visa prioritariamente a defesa de interesses da classe publicitária, não possuindo assim força suficiente para coibir desvios da publicidade.

### 1.5.2 Conselho Executivo das Normas Padrão - CENP

O Conselho Executivo das Normas-Padrão pode ser definido como uma entidade de ética, com atuação nacional, fundada e mantida exclusivamente pelo setor privado para assegurar consecução de objetivos de Anunciantes, Agências de Publicidade e Veículos de Comunicação.<sup>35</sup>

Este conselho tem como base as normas-padrão da Atividade Publicitária, atuando permanentemente em quatro áreas: certificação de qualidade técnica da agência de publicidade, manutenção de depósito das listas de preços cobrados pelos veículos de comunicação, visando a inibição da concorrência desleal, credenciamento de serviços de informações de mídia e enquanto fórum de discussão técnico publicitária da área de publicidade, conforme informações disponíveis no site do órgão.

Embora seja ente de direito privado, foi reconhecido pelo legislador federal como instrumento de entes públicos que venham a utilizar a publicidade para se comunicarem.

### 1.5.3 Código de Auto-Regulamentação Publicitária

O Código de Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP) foi instituído em 05/05/1980 por entidades representantes do mercado publicitário. É um código destinado aos anunciantes, servindo de parâmetro para elaboração de mensagens publicitárias no país e para que sejam evitados abusos contra os consumidores.

Este diploma foi criado pelas seguintes entidades: ABAP (Associação Brasileira das Agências de Propaganda); ABA (Associação Brasileira de Anunciantes);

---

<<http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Crian%C3%A7a-e-Consumo-Entrevistas-Vol-4.pdf>>  
Acesso em 19/08/2017.

<sup>35</sup> Disponível em <<http://www.cenp.com.br/sobre-o-cenp/o-que-e-o-cenp>> Acesso em 13/08/2017.

ANJ (Associação de Jornais); ABERT (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão); ANER (Associação Nacional de Editores de Revista); Central de Outdoor e segue os princípios básicos das Câmaras Internacionais de Comércio (ICC-International Chamber of Commerce) e as diretrizes do Código Internacional da Prática Publicitária<sup>36</sup>.

#### 1.5.4 Atividade Publicitária e Contratos

Sob a óptica do Direito Contratual, a atividade publicitária se desenvolve a partir de uma série de contratos reciprocamente vinculados.

A leitura das normas-padrão editadas pelo CENP (Conselho Executivo das Normas Padrão) denota a existência das seguintes figuras no ramo publicitário: Anunciante ou cliente, agência de publicidade ou agência de propaganda, veículo de comunicação, fornecedor de serviços diversos, agenciador de propaganda, agenciador autônomo, balcão de anúncios e representante de veículo.

A partir da leitura do Decreto nº 57.690/1966<sup>37</sup> e Lei nº 4.680/1965 e das normas padrão mencionadas<sup>38</sup>, estas podem ser definidas da seguinte maneira:

O anunciante ou cliente é a pessoa física ou jurídica que quer tornar pública ideia, marca, produto ou serviço e pretende se utilizar da mensagem publicitária para atingir seu público alvo.

A agência de propaganda constitui-se pessoa jurídica que estuda, concebe, executa propaganda, dentre outras atividades requeridas pelo cliente, sendo especializada na técnica publicitária.

Veículo de comunicação caracteriza-se como qualquer meio de divulgação visual, auditiva ou audiovisual, conforme artigo 10 do Decreto 57.690/1966.

Fornecedor de serviços diversos trata-se do profissional que atua individualmente ou em sociedade prestadora de serviços, especializada no fornecimento de suprimentos para execução da publicidade, complementarmente ou em suporte às atividades de agência, anunciante ou do veículo.

---

<sup>36</sup> Código de Auto-regulamentação Publicitária. Disponível em <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Consultado em 20/07/2017.

<sup>37</sup> BRASIL. Decreto nº 57.690, DE 1º DE FEVEREIRO DE 1966. Brasília. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D57690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D57690.htm). Consultado em 20/07/2017.

<sup>38</sup>Disponíveis em <[http://www.cenp.com.br/PDF/NomasPadrao/Normas\\_Padrao\\_Portugues.pdf](http://www.cenp.com.br/PDF/NomasPadrao/Normas_Padrao_Portugues.pdf)>. Acesso em 20/07/2017.

Agenciador de propaganda: Pessoa física registrada e remunerada pelo veículo de comunicação, cuja função consiste em intermediar a venda do espaço o tempo publicitário.

Agenciador Autônomo: profissional independente, ou seja, sem vínculo empregatício com o anunciante, bem como agência ou veículo que encaminham publicidade por conta do anunciante.

Balcão de Anúncios: pessoa juridicamente independente, equiparada ao agenciador autônomo, a qual capta publicidade para distribuí-la aos veículos de comunicação

Representante do veículo: pessoa jurídica ou física especializada que cuida dos interesses comerciais de seus clientes.

Sendo inúmeros os envolvidos na criação e divulgação das mensagens publicitárias, inúmeras, conseqüentemente, são as relações jurídicas contratuais existentes na formação da atividade, ocupando a centralidade destas as agências de publicidade. Embora seja extenso o rol de atividades atribuídas às agências, estas geralmente não desenvolvem todas as ações sem auxílio de outras figuras.

As funções que em regra cabem quase que privativamente às agências são estudo para maior profusão de ideias, produtos ou serviços do anunciante e intermediação entre anunciante e veículo de comunicação, ocorrendo pagamento por meio do “desconto padrão de agência”, calculado no valor de vinte por cento sobre o preço para veiculação do anúncio (conforme artigo 2.5.1 das normas padrão).

Outras porcentagens e atividades realizadas pelas agências também são remuneradas, conforme artigos 3.6, 3.6.1 e 3.6.2 das Normas Padrão da CENP.

A previsão de pagamentos por porcentagem, não exclui a possibilidade de estabelecimento de preço fixo para remuneração, denominado “fee”. É possível ainda recebimento pela agência de “plano de incentivo” ou “bônus de volume” o qual se desenvolve a partir do reconhecimento pelos veículos de comunicação da superioridade qualitativa de criação publicitária.

Considerados os elementos e características próprias dos contratos existentes na área publicitária, a doutrina especializada<sup>39</sup> os classifica sob a espécie de

---

<sup>39</sup> Nesse sentido LEONARDO, Rodrigo Xavier. A Conexão Contratual no Mercado Publicitário e o Julgamento da APn 470/MG (Mensalão). Revista dos Tribunais, Julho de 2013, p.429.

Contratos Conexos em sentido estrito, com vinculação centrífuga, uma vez que possuem identidade de centro, qual seja o contrato realizado entre anunciante e agência de publicidade. Ainda conforme a doutrina, ao contrato central com a agência de publicidade, se interligam diversos outros contratos a partir nexos econômico e funcional estável, do qual decorrem consequências jurídicas particulares diversas das relativas aos contratos-componente.

Acertada a classificação da doutrina, tendo em vista que, além dos aspectos citados, os conjuntos contratuais destinados às operações econômicas publicitárias exercem ainda funções sociais distintas daquelas próprias aos contratos singulares que lhe são vinculados.

## CAPÍTULO II

### 2.1 Infância e Adolescência – Considerações e Viés Histórico

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, é o diploma normativo no Brasil que prevê a proteção integral de crianças e adolescentes, denominando, em seu artigo 2º, criança, “a pessoa até doze anos de idade incompletos” e adolescente, “aquela entre doze e dezoito anos de idade”. De acordo com o parágrafo único deste mesmo dispositivo, apenas em casos excepcionais e expressamente autorizados em lei, aplica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente para pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Já segundo a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em novembro de 1989, artigo 1º, “crianças são todas as pessoas menores de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.”

Embora atualmente de modo geral se vejam as crianças sob a óptica do protecionismo e da fragilidade, o estudo da História mostra que nem sempre estas foram vistas desse modo.

Philippe Ariès, historiador e medievalista francês, concluiu em uma de suas obras que o conceito de infância foi uma invenção da modernidade, tendo este sido elevado à condição de categoria social recentemente na história da humanidade. Para ele, a emergência do sentimento de infância, como uma consciência da particularidade infantil, é decorrente de um longo processo histórico, não sendo uma herança natural.<sup>40</sup>

Áriès ensina que nos séculos XVI e XVII havia concepção de infância centrada na inocência e na fragilidade infantil, tendo o século XVIII encarado a infância enquanto sinônimo de liberdade, autonomia e independência<sup>41</sup>. Até o século XIX as crianças eram vistas como miniaturas de adultos, já participando das mesmas atividades destes a partir dos 4 anos de idade, em média.

---

<sup>40</sup>ARIÈS, Phillipe. **A História social da criança e da família**. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Guanabara,

Alguns historiadores, a exemplo de Heywood, discordam da visão de Ayres, demonstrando que já nos séculos XVI e XVII existia “uma consciência de que as percepções de uma criança eram diferentes das dos adultos”<sup>42</sup>

Heywood ensina que o século XIX trouxe o conceito de criança desassociado de valor econômico, mas de valor emocional inquestionável, criando uma concepção de infância plenamente aceita no século XX<sup>43</sup>.

Em 1924 pela primeira vez, houve menção em texto legal acerca dos Direitos da Criança e do Adolescente, a partir da “Declaração de Genebra dos Direitos da Criança”, elaborada pela Liga das Nações. Esta declaração previa necessidade de prestação de auxílio ao desenvolvimento infantil, mas não estabelecia métodos para consecução deste objetivo.<sup>44</sup>

Em 1959 então é elaborado pela Organização das Nações Unidas “A Declaração Universal dos Direitos da Criança”, a qual eleva crianças e jovens à condição de sujeitos de direitos, atribuindo ao Estado a obrigação de oferecer proteção especial à criança com o objetivo de promover seu desenvolvimento físico, social e mental.

Embora de inegável importância, a Declaração também não possuía força normativa, não obrigando entes do Estado e da sociedade a cumprir suas diretrizes.

Em 1966 então, é assinado o Pacto dos Direitos civis e Políticos, no qual, em seu artigo 24, garante às crianças e aos adolescentes o direito à proteção do Estado, da sociedade e até mesmo da família, sendo sancionada em 1989, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, obrigando Estados signatários a promover seus direitos e a conferir-lhes proteção especial.<sup>45</sup>

---

1978, p.18.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p.42.

<sup>42</sup> HEYWOOD, Colin. **Uma História da infância: Da idade Média a Era contemporânea no Ocidente**. Tradução de Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2004, p.36.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p.45.

<sup>44</sup> JAMES, Alisson. **Constructing and reconstructing childhood** London: Routledge Falmer, 1997.

<sup>45</sup> Rossato, Luciano Alves, *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**, 6ª edição ver. atualiz. ampl. Revista dos Tribunais: 2014, p.58.

No Brasil, o cuidado com a infância teve início de fato no século XIX, intensificando-se nos séculos seguintes. A esse respeito, ensina Fontes:

é importante ressaltar que a história da infância no Brasil se confunde com a história do preconceito, da exploração e do abandono, pois, desde o início, houve diferenciação entre as crianças, segundo sua classe social, com direitos e lugares diversos no tecido social.<sup>46</sup>

Em 1927, surge uma denominação da criança desprovida de recursos: “menor”, utilizada pelo Código de Menores de 1927 (Decreto nº 17943-A, de 12 de outubro de 1927). Este decreto atribui ao Estado a responsabilidade legal pela tutela da criança órfã e abandonada, conforme leitura de seu artigo primeiro.

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, o termo “menor” foi abolido, passando a serem todas as crianças definidas como sujeito de direitos, com necessidades específicas, e que, por conta disso, devendo receber uma política de atenção integral a seus direitos

Quanto aos jovens, embora tenham a garantia de seus direitos pelo diploma legal, encontram-se nos dias de hoje em situação de grande vulnerabilidade social, dada a ênfase ao consumo exacerbado e ao mercado, conferida pela sociedade neoliberal.

## 2.2 Distinções -Vulnerabilidade e Hipossuficiência

A partir das constatações científicas das comunidades de medicina e psicologia tanto do Brasil quanto do exterior, o Direito, ciência eminentemente interdisciplinar, adotou também o conceito de Vulnerabilidade informado pela ciência médica. No entanto, este conceito de vulnerabilidade mencionado foi traduzido pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor enquanto “hipossuficiência” segundo alguns autores.

Nesse sentido já se posicionou Herman de Vasconcellos, ao diferenciar os conceitos de vulnerável e hipossuficiente.

Vulnerável é todo consumidor, *ope legis*. Hipossuficientes são certos

---

<sup>46</sup> FONTES, R. Criança. Revista Presença Pedagógica, v.11, n.61, p. 03-05, jan./fev. 2005,p.88.

consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os moradores de periferia. Percebe-se, por conseguinte, que a hipossuficiência é um *plus* em relação à vulnerabilidade. Esta é aferida objetivamente. Aquela, mediante um critério subjetivo, consumidor a consumidor, ou grupo de consumidores a grupo de consumidores

A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial.<sup>47</sup>

Parece confluir com a opinião de Herman, o princípio da vulnerabilidade, consoante entendimento do professor Bruno Miragem, “é aquele que se estabelece a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na relação de consumo”.<sup>48</sup>

Em sentido diverso é o entendimento de Claudia Lima Marques, a qual diferencia as espécies de vulnerabilidade, aproximando-se mais de seu conceito adotado pela ciência médica.

A autora enumera quatro espécies de vulnerabilidade: “a técnica, a jurídica, a fática e a vulnerabilidade informacional”.<sup>49</sup>

A vulnerabilidade técnica, segundo Cláudia, decorre da ausência pelo consumidor de conhecimentos técnicos específicos acerca do objeto que está adquirindo, a jurídica, ou científica, se define pela “falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”<sup>50</sup>; a fática, também chamada de socioeconômica, concentra-se no fornecedor, “que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> BENJAMIN, Antonio Hermann de Vasconcellos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 11ª edição revista atualizada e reformulada. São Paulo: Editora Forense, 2017, p.358.

<sup>48</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 125

<sup>49</sup> MARQUES, Claudia Lima, *Et.al.* **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.93.

<sup>50</sup> *Op. Cit.* p.94.

<sup>51</sup> MARQUES, Claudia Lima, *Et.al.* **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora

Ensina a autora que a vulnerabilidade informacional, por sua vez, é caracterizada pela deficiência informacional do consumidor. Trata-se de um dos maiores fatores de desequilíbrio da relação de consumo, sendo facilmente constatado em ocasiões como a de necessidade de informações pelo consumidor quanto a um produto geneticamente modificado, ou que ocasione, além de danos ao consumidor, vícios.

Superadas discussões terminológicas, insta ressaltar-se que no campo jurídico, os institutos vulnerabilidade e hipossuficiência se diferenciam de forma mais marcante em suas consequências, vez que a vulnerabilidade acarreta a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, se associada à comprovação da condição de destinatário final de um produto, enquanto que a hipossuficiência traz consequências exclusivamente processuais, conforme artigo 2º da Lei nº 1060 de 05 de Dezembro de 1960.

### 2.3 Hipervulnerabilidade das Crianças e Adolescentes frente às mensagens publicitárias – visão jurídica e psicossocial

Considerada a imensa desigualdade entre fornecedores e consumidores no mercado de consumo do país, esta de todas as ordens, reconheceu o legislador brasileiro a figura da vulnerabilidade do consumidor, a partir do artigo 4º inciso I do Código de Defesa do Consumidor. Anteriormente a isso, a Constituição já havia alçado a defesa do consumidor à condição de Direito Fundamental, conforme artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal.

Como é patente, o consumidor não possui elementos suficientes para competir em pé de igualdade com fornecedores de serviços, luta que em muito se agravou a partir do aumento de uso das técnicas na área de publicidade.

A despeito da legislação proibitiva, inúmeros são os artifícios abusivos e enganadores utilizados pelos publicitários para atrair e convencer possíveis clientes.

Com o avanço das técnicas publicitárias e inclusão de artifícios cada vez

mais sutis e sofisticados para ludibriar consumidores, notou-se na comunidade jurídica um enfraquecimento ainda maior de camadas da população já anteriormente declaradas vulneráveis ou hipossuficientes. A exemplo destas, citam-se os idosos, crianças, deficientes físicos e mentais e os analfabetos.

A estes reconhecem os doutrinadores uma vulnerabilidade agravada, ou também chamada “hipervulnerabilidade”, a qual segundo Cristiano Heineck Schmitt “pode ser definida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor”<sup>52</sup>

Também denominada de “vulnerabilidade agravada”, a hipervulnerabilidade constitui-se portanto como condição que potencializa danos para os sujeitos dela dotados, especialmente se advindos de produtos ou serviços que dado o contexto de cada hipervulnerável, signifique-lhe serviço essencial, tal como plano de saúde no caso dos adoentados e idosos e da publicidade no caso das crianças e adolescentes. Faz-se necessária a esses sujeitos, proteção especial, garantindo-se assim cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana.

Desde de 2010 o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a existência dessa categoria socialmente frágil e a necessidade de uma especial proteção, conforme observado no Recurso Especial nº 931.513/RS<sup>53</sup>

(..)a categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental (...)

Embora a deficiência apresentada pelas crianças e adolescentes frente a mensagens publicitárias não seja limitadora da riqueza de pensamentos e associações desenvolvidos por estas, sem dúvida tais indivíduos não possuem a sofisticação intelectual de um adulto, sendo por isso considerada pelo legislador a exploração desta redução da capacidade de julgamento como abusividade da atividade publicitária,

---

<sup>52</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217.

<sup>53</sup> Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias. Acórdão Ministro Herman Benjamim, Primeira Seção, j. em 25.11.2009, DJe 27.09.2010.

conforme previsto no artigo 37, parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Ressalte-se que o rol de atividades descritas no parágrafo segundo é eminentemente exemplificativo, haja vista as constantes e velozes modificações valorativas e tecnológicas por que passa a sociedade, as quais impactam diretamente as atividades publicitárias. Nesse sentido, Cavalieri Filho já se posicionou, mencionando ser o conceito de publicidade abusiva, “um conceito em formação”<sup>54</sup>.

Ainda, merece destaque o fato de que, embora atinja sensivelmente grupos hipervulneráveis como o infantojuvenil, à ofensa causada pela publicidade abusiva é reconhecido caráter difuso, “considerando os efeitos deletérios que muitos anúncios contendo publicidade abusiva podem causar à comunidade, à estrutura social, ao comportamento de crianças, ou ao sentimento de pessoas ou grupos.”<sup>55</sup>

A respeito da publicidade destinada ao público infantojuvenil, João Batista de Almeida ensina que:

o consumidor é induzido a consumir, bombardeado pela publicidade massiva que o cerca em todos os lugares e momentos de seu dia-a-dia. Como autômato, responde a esses estímulos, sem discernir corretamente. Age pela emoção, embotado em seu juízo crítico. É se tudo isso ocorre em relação à publicidade normal sobre o homem médio, pode-se imaginar os efeitos nefastos e devastadores da publicidade enganosa ou abusiva incidente sobre pessoas em formação, como crianças e adolescentes.<sup>56</sup>

Considerando-se ser a infância e adolescência período de considerável vulnerabilidade psíquica, no qual a autonomia intelectual e moral ainda está em construção, nefasta é a atuação da publicidade direcionada ao público desta faixa etária. Isto porque, até os 12 anos, o repertório de aprendizados da criança ainda está se formando, e a grande maioria destas ainda não é capaz de acioná-lo para realização de juízos críticos. Assim se é dito na mídia que um produto é sensacional, a criança tende a aceitar isto como verdade absoluta.<sup>57</sup>

Nesse sentido enuncia o estudo do Conselho de Psicologia do Estado do Rio

---

<sup>54</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p.120-121.

<sup>55</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**, 4ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p.249.

<sup>56</sup> Almeida, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.234.

<sup>57</sup> PSICOLOGIA, Conselho Regional de, do Rio de Janeiro, **Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança**. Rio de Janeiro: 2008, p.18.

de Janeiro que:

Dos dois aos sete anos em média, a criança ainda não possui as ferramentas intelectuais necessárias ao estabelecimento de demonstrações lógicas e para perceber e superar as contradições, quando presentes, nos raciocínios próprios e nos dos outros. E, dos sete aos 12 anos, sempre em média, embora tais ferramentas já tenham sido construídas, permanecem apenas aplicáveis a situações concretas, concreto significando aqui referência a experiências vividas, e não a virtuais ou possíveis. Dito de outra forma, nessa fase a criança está no mundo do real, e não do possível. A partir dos 12 anos, suas estruturas mentais assemelham-se às do adulto, faltando-lhe, é natural, o acúmulo de conhecimento e experiências de vida que não deixará de ter.

[...], portanto, é correto dizer que a criança [...] não possui a sofisticação intelectual para abstrair as leis (físicas e sociais) que regem esse mundo e avaliar criticamente os discursos que outros fazem a seu respeito. [...] não devemos esquecer que a publicidade é um discurso, com frases e imagens. [...] Ora, para avaliar a distância que não deixará de haver entre as imagens mostradas na televisão e a realidade, é preciso as ferramentas intelectuais de que falamos, é preciso avaliar a relação entre o 'real' [...] e o possível [...]. Isto nem é sempre fácil para adultos, e menos ainda para crianças [...]. Logo, é certo que certas propagandas podem enganar as crianças, vendendo-lhes gato por lebre, e isto sem mentir, mas apresentando discursos e imagens que não poderão ser passados pelo crivo da crítica. [...].<sup>58</sup>

Quanto ao adolescente, os prejuízos trazidos pela publicidade não se devem tanto à sua falta de estrutura cognitiva, mas sim à falta de experiências de vida de objetivos claros, que lhe são peculiares. Ao publicitário é fácil incutir novas ideias e despertar desejos em pessoas que ainda não tem metas definidas.

Em virtude de estarem ainda em fase de afirmação da personalidade e consolidação do caráter, os jovens tendem a seguir tendências e comportamentos ditados pelos meios de comunicação social, tanto para se adequarem ao meio em que vivem como para afirmarem sua individualidade. Ocorre que as tendências midiáticas se prestam muito mais a estimular o consumismo exacerbado do que a auxiliar no crescimento psicossocial dos adolescentes. Nesse sentido, é a consideração de Nascimento:

As representações sociais que se formam a partir das inúmeras informações, mediadas, sobretudo pela mídia, não fornecem condições para que o adolescente planeje e articule ações como uma forma de superação da condição ou situação vivida, uma vez que estas informações se destinam muito mais à construção de modelos estereotipados de comportamentos para atender

as demandas de consumo.<sup>59</sup>

Demonstrada as diferenças de capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade de crianças e adolescentes, bem como o caráter persuasivo das mensagens publicitárias, conclui-se pela ilegalidade da veiculação destas ao público infanto-juvenil. É imperioso, portanto, o respeito às suas particularidades, extirpando da sociedade ações publicitárias voltadas para este grupo.

#### 2.4 A proteção integral da Infância e da Adolescência na legislação brasileira

No Brasil, o Direito da Criança e do Adolescente encontra fundamento jurídico essencial na Convenção sobre os Direitos da Criança, na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas convenções internacionais de proteção aos direitos humanos.

Para adequada compreensão e aplicação das normas, faz-se necessário conhecer os princípios fundamentais que as informam.

Segundo Lima<sup>60</sup> merecem destaque os princípios constitucionais estruturantes e concretizantes. O autor inclui entre os princípios estruturantes a vinculação à teoria da proteção integral, a universalização, o caráter jurídico garantista e o interesse superior da criança. Como princípios concretizantes, estabelece a prioridade absoluta, a humanização no atendimento, a ênfase nas políticas sociais públicas, a descentralização político-administrativa, a desjurisdicionalização, a participação popular, a interpretação teleológica e axiológica, a despoliciação, a proporcionalidade, a autonomia financeira e a integração operacional dos órgãos do poder público responsáveis pela aplicação do Direito da Criança e do Adolescente.

Uma vez que a citada “teoria da proteção integral”, também denominada de princípio pelo legislador, é base de todos os demais princípios, e dada a natureza do

---

<sup>59</sup> NASCIMENTO, I. P. **As representações sociais do projeto de vida dos adolescentes: um estudo psicossocial**. 2002. 380 f. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Educação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p.71.

<sup>60</sup> LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 62

presente trabalho, ater-se-á a esta.

A doutrina da proteção integral tem como base a previsão do artigo 227 da Constituição Federal, no qual previu o legislador como dever da família, do Estado e da sociedade como um todo, prioridade absoluta no asseguramento de direitos fundamentais à criança, adolescente e jovem, a saber: 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, atribuindo-lhes ainda dever de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Destaque-se que o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, houve detalhamento da doutrina da prioridade absoluta extraída da Constituição, prevendo-a o legislador como sinônimo de primazia no recebimento de proteção e socorro, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e consecução das políticas sociais públicas, privilégio da destinação de recursos públicos nas áreas de proteção à infância e à juventude.

A respeito da importância da proteção integral, principalmente considerada a hipervulnerabilidade de crianças e adolescentes, já se manifestou Dalmo Dallari<sup>61</sup>:

Aí está o fundamento da solidariedade e da responsabilidade. Como as crianças e os adolescentes são mais dependentes e vulneráveis a todas as formas de violência, é justo que toda a sociedade seja legalmente responsável por eles. Além de ser um dever moral, é da conveniência da sociedade assumir essa responsabilidade, para que a falta de apoio não seja fator de discriminações e desajustes, que por sua vez, levarão a prática de atos anti-sociais

A leitura do artigo 227 da Constituição Federal permite perceber ter este servido de base para a elaboração do artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual também é prevista a proteção integral destes como fundamento basilar e objetivo do diploma legal, o qual inclusive deve nortear sua interpretação, consideradas as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e

---

<sup>61</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. In: Cury, Munir *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p.25.

coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, conforme previsão do artigo sexto do referido diploma.

Já no tocante à proteção das crianças e adolescentes dos assédios do mercado publicitário, destaque-se haver na Lei 8069/1990 ainda, artigos que, aliados à Constituição e ao Código de Defesa do Consumidor, remetem à importante questão da prevenção de danos ao público infanto-juvenil, principalmente ante a fragilidade destes frente ao mercado de consumo em massa.

A prevenção de danos causados pelo assédio publicitário aos tutelados pelo Estatuto encontra guarida principalmente nos artigos 7º, 15, 17, 70 e 71, destacando-se este último, o qual prevê o direito de crianças e adolescentes de obterem produto e serviço que “respeite sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”<sup>62</sup>

Merece ainda até mesmo transcrição integral a previsão do artigo 76 do Estatuto da Criança, a qual em consonância com a doutrina da proteção integral, prevê:

Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.<sup>63</sup>

As discrepâncias da lei encontradas na prática são inúmeras e permitem concluir pelo completo desrespeito de inúmeras empresas aos direitos e à formação sadia do público infantojuvenil, bem como pela conseqüente ilegalidade da atuação destas, como será ilustrado no capítulo seguinte.

No campo da proteção contra os abusos da publicidade, pode-se citar ainda o artigo 37 do Conselho Nacional de AutoRegulamentação Publicitária, o qual prevê

---

<sup>62</sup> BRASIL. Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). >. Consultada em 13/09/2017.

<sup>63</sup> Idem. Consultada em 13/09/2017.

respeito às peculiaridades do público infanto-juvenil e proíbe destinação de mensagens publicitárias a este.

## CAPÍTULO III

### 3.1 Enganosidade e Autonomia da Vontade frente à Publicidade Infantojuvenil

Uma vez que o conceito de autonomia da vontade no processo decisório não pode ser aplicado aos consumidores da atualidade<sup>64</sup> ante ao fenomenal avanço das técnicas publicitárias, pode-se concluir ser esta inexistente em crianças e praticamente nula em adolescentes. A estes pela falta de experiências e objetivos definidos, o que lhes confere enorme sugestibilidade, e àqueles pela falta de recursos cognitivos tanto para realização de escolhas quanto para identificação da própria publicidade, a qual se passa por informação concreta para o público infantil, conforme já mencionado no Capítulo II.

Nessa esteira, tem-se até mesmo o voto o ministro Benjamin Herman<sup>65</sup>:

E também não me impressiona mais um argumento de que não houve uma única reclamação, não precisa, o Código de Defesa do Consumidor no que tange à regulação da publicidade não estabelece um sistema de infração de resultado, basta a infração em si mesma, ou melhor dizendo, a prática em si mesma para caracterizar a infração. E finalmente, que não houve risco à saúde e à segurança, esse não é o critério do Código de Defesa do Consumidor, não é o único valor protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, o código protege, sobretudo, a autonomia da vontade. E onde está a autonomia da vontade de uma criança?

Como bem destaca o autor citado, a autonomia da vontade é o valor precipuamente resguardado pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo o princípio base da relação de consumo justamente o princípio da informação, o qual é intrinsecamente ligado à autonomia da vontade.

Afinal, estando o consumidor mal informado, relativa ou absolutamente, não se pode dizer que possua autonomia de vontade plena para realização de qualquer negócio jurídico, dada a falta de seu pré-requisito básico.

Diante disso inegável a função informativa que deve ser dada à

---

<sup>64</sup> CORREIA, José Macário. **Um novo desafio: a defesa dos consumidores**. Lisboa: Secretaria de Estado do Ambiente e Defesa do Consumidor, 1990. ISBN 972-601-054-3.

<sup>65</sup> Recurso Especial nº 1558086/SP disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&>

publicidade<sup>66</sup>.

Nesse sentido, têm-se a lição de Calvão da Silva: “o consumidor tem o direito de não somente não ser enganado, mas também de ser informado verídica e lealmente sobre os pontos fundamentais que determinarão ou poderão determinar a sua decisão.”<sup>67</sup>

A posição do autor português é também adotada no ordenamento brasileiro, o qual classificou o direito à informação como direito básico do consumidor (artigo 6º, inciso III) a este vinculado a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, ambas figuras intrinsecamente relacionadas à desvirtuação da oferta apresentada ao consumidor.

Também no Código Civil de 2002, a ausência da autonomia da vontade em sua plenitude por falha na transmissão de informação é destacada como condição de anulabilidade do negócio jurídico, conforme artigo 138 e seguintes.

A partir do destaque à autonomia da vontade das partes em negócios jurídicos em geral como condição *sine qua non* persegue-se reavivar a reflexão do caráter persuasivo da publicidade versus seu indissociável caráter informativo, o qual é completamente suprimido no que tange à publicidade infantojuvenil, ante a reduzida capacidade de compreensão destes pelas razões já ventiladas.

Não havendo possibilidade de exercício da autonomia da vontade por crianças e adolescentes frente à publicidade e considerada a legislação cível e consumerista vigentes, denota-se possuir esta não apenas necessário caráter abusivo, por se aproveitar da deficiência de julgamento, mas também e disfarçadamente, caráter enganoso, dada sua capacidade de indução a erro desta classe de consumidores.

### 3.2 CONANDA e a Resolução 163/2014

Antes de se tratar um pouco mais acerca da resolução, cumpre esclarecer

---

[num\\_registro=201500615780](#)>. Consultado em 21/07/17.

<sup>66</sup>SILVA, João Calvão da. **A publicidade na formação do contrato**. In FDUL-Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1371-0, p.700.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p.689.

que Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente –CONANDA é um órgão colegiado permanente de caráter deliberativo e composição paritária, previsto no artigo 88 da lei no 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Este órgão pertence a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.<sup>68</sup>

Ao CONANDA compete dentre outras atribuições:

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;

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<sup>69</sup>

Da leitura dos incisos pode-se denotar ser esse Conselho responsável pelo controle de todo o Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil, do qual é composto pelas instituições de Estado e sociedade.

A resolução editada pelo CONANDA visando definir os princípios da publicidade aplicáveis à criança e ao adolescente foi publicada no Diário Oficial da União em 04 de abril de 2014.

Apesar de se basear no artigo 37 parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor e artigo 227 da Constituição Federal, a Resolução inova na medida em que cumpre o Plano Decenal de Direitos da Criança e do Adolescente<sup>70</sup>, o qual em seu

<sup>68</sup> Fonte:<[http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir\\_artigo.asp?cod=1071](http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=1071)> consultada em 10/07/2017.

<sup>69</sup> Artigo 2º, incisos I, II e III da Lei nº 8.242 de 12 de outubro de 1991, disponível em <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103483/lei-8242-91>>. Consultado em 23/09/2017.

<sup>70</sup> O Plano Decenal é uma extensão da 8ª. Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, cuja função é determinar as diretrizes da Política Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente para os dez anos consecutivos à sua publicação, disponível em <[http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/download/plano\\_decenal\\_conanda.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/download/plano_decenal_conanda.pdf)>. Consultado em 23/09/2017.

objetivo estratégico 3.8 prevê necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos de defesa das crianças e adolescentes para enfrentamento das ameaças ou violações de direitos facilitadas pelas Tecnologias de Informação e Comunicação.

A partir desse objetivo, a resolução 163/2014 em seu artigo 1º, previu a abusividade de direcionamento de publicidade e comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, definindo como comunicação mercadológica quaisquer atividades de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente da mídia utilizada.

Inovou ainda a Resolução ao elencar aspectos da comunicação publicitária considerados abusivos por claramente objetivarem o atingimento do público infantil, dentre estas, uso de linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores, trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança, representação de criança; pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil e promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil (Resolução CONANDA nº 163 DE 13/03/2014, artigo segundo, inciso I a V e VIII)

A Resolução contribuiu também para proteção de crianças ao elencar os aspectos abusivos das publicidades, uma vez que muitos profissionais do ramo publicitário destes se utilizavam em mensagens aparentemente não direcionadas ao público infantil, mas com interesse de atingi-lo por meio destes subterfúgios.

Ainda, a diferenciação no tratamento da publicidade dirigida às crianças daquelas dirigidas aos adolescentes, se alinhou com o princípio do *envolving capacities*<sup>71</sup> da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização da Nações Unidas (ONU), o qual assegura tratamentos distintos face às peculiaridade de cada fase de desenvolvimento da pessoa até 18 anos, prevendo a diminuição da necessidade de proteção desta à medida que aumenta a sua capacidade decisória em assuntos de seu interesse.

Pode-se entender, no entanto, que a Resolução não é inovadora, uma vez que o caráter abusivo da publicidade dirigida às crianças já era previsto pelo artigo 37,

parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor, o qual previa a ilegalidade de publicidade que se aproveitasse de deficiência de experiência e julgamento da criança, considerando-a abusiva. Somando-se a isso o fato de o rol do artigo 37 ser meramente exemplificativo, tem-se que embora contributiva, a resolução seria desnecessária se considerada apenas o aspecto de caracterização da ilegalidade da prática de direcionamento da publicidade a crianças e adolescentes.

Para exemplificar a relevância da Resolução, cita-se o caso da multa aplicada pelo órgão de defesa do consumidor PROCON à empresa Arcos Dourados, representante do Mcdonalds no Brasil, no valor de R3.000.000.00 (três milhões de reais) por veiculação de publicidade abusiva por se utilizar de personagens infantis, bem como vincular compra de lanches não saudáveis do ponto de vista nutricional ao ganho de brinquedos. Como a previsão do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, parágrafo segundo era considerada norma de eficácia limitada, e não havia ainda regulamentação desta, a empresa não foi obrigada ao pagamento da multa imposta.

No caso, houve reversão judicial vez que os julgadores consideraram que:

MULTA ADMINISTRATIVA – Sanção cominada pelo PROCON em razão de publicidade considerada abusiva – Veiculação da comercialização de lanches e brinquedos atrelados a ocasiões de convívio – Kit "Mc Lanche Feliz" – Abusividade não verificada, não comportando interpretação literal o disposto na Resolução nº 163/2014 do CONANDA – Responsabilidade familiar pela educação dos filhos que não pode ser absorvida pelo Estado em todas as hipóteses, em paternalismo injustificável – Precedente jurisprudencial – Apelação do PROCON não provida.<sup>72</sup>

Inacreditavelmente, nessa ação o colegiado ignorou os malefícios da alimentação dispensada pelo Mcdonalds a incapacidade do público infantil de resistir aos apelos de consumo direcionados a estese principalmente o denominado “fator amolação”, o qual é estimado por Susan Linn como “fator responsável por 46% das

---

<sup>71</sup>Disponível em <https://www.unicef-irc.org/publications/384>> . Consultado em 24/08/2017.

<sup>72</sup> TJ-SP - APL: 00182341720138260053 SP 0018234-17.2013.8.26.0053, Relator: Fermino Magnani Filho, Data de Julgamento: 29/06/2015, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/06/2015.

vendas em negócios chaves direcionados às crianças”<sup>73</sup> e explorado irresponsável e ilegalmente por grande número de anunciantes.

A estratégia da “amolação” desenvolvida por uma gama de profissionais das áreas de ciências humanas como psicólogos e antropólogos a pedido da indústria da publicidade, explora a capacidade de persuasão da criança junto a seus pais. Convencidas de que bens materiais são essenciais para sua felicidade e integração em seu grupo de coleguinhas, estas passam a insistentemente pressioná-los para os obterem, quase sempre sendo bem sucedidas, o que se explica por uma série de fatores, destacando-se: falta de qualidade na atenção dos pais dada aos filhos, supostamente compensada com a compra de itens materiais, cansaço dos pais frente à insistência e às demandas da vida moderna, permissividade dos genitores e desejo inato destes de fazerem os filhos felizes<sup>74</sup>.

Caracteriza-se, portanto, o uso desse expediente como violação ao princípio da boa-fé contratual pelos publicitários que dela se utilizam.

Tem-se ainda que o “fator amolação” corresponde à estratégia que mais afeta o poder familiar e o que mais perturba a liberdade dos pais no exercício da educação para o consumo consciente dos filhos<sup>75</sup>, havendo doutrinadores que entendem ser impossível aos pais mantê-los longe das mensagens publicitárias, considerada a quase onipresença destas nos dias atuais.

Assim, considerados os aspectos psicológicos de pais e filhos bem como as estratégias de publicidade da atual sociedade de informação e consumo de massa, desarrazoado seria se responsabilizar exclusivamente a família pelo padrão de consumo de suas crianças, o que contrariaria princípio da proteção integral e prioritária destas e dos adolescentes.

### 3.3 Publicidade de alimentos para público infante-juvenil

---

<sup>73</sup> LINN, Susan. Crianças do Consumo- **A infância Roubada**. São Paulo: Insituto Alana, 2006, p.152.

<sup>74</sup> BRITO, Igor Rodrigues. **O Controle Público da Publicidade Infantil e a tutela das famílias no Brasil**. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo- Vol. 1. Nº 3./Setembro de 2011, p.122.

<sup>75</sup> *Ibidem*,p.124.

Uma vez que os alimentos constituem-se bens de demanda primária, possuindo imensa gama de consumidores em potencial, as empresas do ramo investem maciçamente para que novas necessidades sejam incutidas nestes, aumentando as vendas de novos produtos, frequentemente pobres do ponto de vista nutricional.

Ainda assim, ironicamente, a televisão é um dos fatores potenciais que estimulam a alimentação<sup>76</sup>

Até mesmo em relação aos adultos a televisão age na criação de ideais ilusórios associados a suas publicidades alimentícias, tais como felicidade, liberdade e bem-estar. A influência de tais publicidades é ainda maior em crianças e adolescentes, dadas suas condições peculiares de desenvolvimento já destacadas.

Borzekowski e Robinson, em estudo controlado realizado nos Estados Unidos, demonstraram que a exposição de crianças a apenas 30 segundos de comerciais de alimentos é capaz de influenciar a escolha de produtos realizada por estas, determinando preferências. Eles expuseram crianças com idade entre dois e seis anos, a vídeos com desenhos animados com e sem comerciais inseridos e, como esperado, as crianças expostas aos vídeos com comerciais escolheram com frequências bem maior os artigos anunciados.<sup>77</sup>

Bradley Johnston<sup>78</sup>, em estudo publicado no periódico científico *Obesity Reviews*, também apontou conclusão nesse sentido e espera publicar realizar ainda análise dos efeitos cumulativos da publicidade na alimentação infantil.

Nesse mesmo estudo, o autor demonstrou que crianças do Canadá estão expostas a mais de 40.000 comerciais por dia na televisão aberta, sendo prevalentes a veiculação de comerciais de alimentos de baixo valor nutricional e alto valor calórico.

Nesta esteira são os estudos de Sebastião de Sousa e outros autores, os

---

<sup>76</sup> GORE, S. A.; FOSTER, J. A., DILIOLO, V. G.; KIRK, K.; WEST, D. S. Television viewing and snacking. *Eating Behaviors*. v.4, n.4, 2003, p.399-405. Disponível em: <<http://periodicos.capes.gov.br>> Acesso em: 20/07/2017.

<sup>77</sup> ALMEIDA, S. S.; NASCIMENTO, P. C. B. D.; QUAIOTI, C. B. Quantidade e Qualidade de produtos alimentícios anunciados na televisão brasileira. *Rev. Saúde Pública*, v. 36, n. 3, 2002, p. 353-355.

<sup>78</sup> Disponível em <<http://www.medicaldaily.com/childhood-obesity-tv-commercials-unhealthy-foods>> visitado em 27/8/17.

quais, em obra a respeito da alimentação infantil, destacaram que a veiculação de propaganda de frutas e vegetais praticamente inexistente na mídia brasileira<sup>79</sup>. Com objetivo semelhante, Avila publicou estudo relacionando intervenção da mídia na saúde, em que concluiu que os comerciais de produtos alimentícios foram os mais frequentes na televisão brasileira, sendo a maioria também direcionada ao público infante-juvenil. Destacou também que “as redes de televisão avaliadas exibiam, predominantemente, alimentos industrializados com alto teor energético, com elevados teores de açúcar e/ou sal, deficientes em micronutrientes e fibra alimentar”<sup>80</sup>.

O estudo do tema tanto no Brasil quanto em outros países tem impulsionado iniciativas governamentais que visam disciplinar as propagandas de alimentos, principalmente aquelas destinadas a esse público.

Indubitavelmente, faz-se necessário um aprofundamento do diálogo do setor público com as indústrias de alimentos e dos meios de comunicação e marketing, com o objetivo de eliminar a promoção de produtos alimentícios e de bebidas que contribuam para o aumento do peso e outros danos a esta relacionados, as denominadas comorbidades.

Em 2010, a Organização Mundial da Saúde (OMS) decidiu tratar da questão ao publicar uma recomendação para que os governos limitassem propagandas de alimentos calóricos direcionadas a crianças.

No Brasil, a defesa dos interesses das crianças e adolescentes foi ainda mais incisiva. Em decisão considerada histórica, o Superior Tribunal de Justiça condenou a empresa Pandurata detentora da marca Bauducco ao pagamento de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) de indenização pelos danos causados à sociedade por abusividade na veiculação de comercial dirigido ao público infantil no ano de 2007. Na campanha “É hora do Shrek,” as crianças precisavam juntar cinco embalagens de qualquer produto da linha ‘Gulosos Bauducco’ e pagar mais R\$ 5,00 para ganhar um relógio exclusivo do filme.

---

<sup>79</sup> *Op. Cit*, p.354.

<sup>80</sup> AVILA, B. A. O.; POLONIO, M. L. T.; AZEVEDO, A. M. F.; MALDONADO, L. A. Relação mídia/ saúde: análise de propagandas de alimentos direcionadas ao público infante-juvenil. *Nutr. Brasil*, v. 5, 2006 p. 143-149.

De acordo com os ministros, o anúncio era abusivo porque configurava venda casada, proibida no Brasil; e também por ser direcionado às crianças.

Destaca-se o voto do i. Ministro Herman V. e Benjamin no caso citado:

O julgamento de hoje é histórico e serve para toda a indústria alimentícia. *O STJ está dizendo: acabou e ponto final.* Temos publicidade abusiva duas vezes: por ser dirigida à criança e de produtos alimentícios. Não se trata de paternalismo sufocante nem moralismo demais, é o contrário: significa reconhecer que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos é dos pais. E nenhuma empresa comercial e nem mesmo outras que não tenham interesse comercial direto, têm o direito constitucional ou legal assegurado de tolher a autoridade e bom senso dos pais. Este acórdão recoloca a autoridade nos pais.<sup>81</sup>

Cite-se ainda a Resolução nº 408 de 11.12.2008 do Conselho Nacional de Saúde<sup>82</sup> (órgão máximo de deliberação do Sistema Único de Saúde-SUS), ainda em vigor, que previu como diretriz de atuação a regulamentação da publicidade e do marketing direcionado ao público infantil, visando, como um dos objetivos da primeira, à coibição de práticas de publicidade que promovam consumo de alimentos prejudiciais à saúde, sendo um dos objetivos da segunda o estabelecimento de critérios que promovam a adequada informação da população, bem como de horários para veiculação de peças publicitárias. No mesmo sentido a nota técnica elaborada a pedido do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor (DPDC/SENACON)<sup>83</sup>.

Por derradeiro, destaque-se em óptica ampliada a respeito do assunto, a Conferência Regional da *Consumer's International*, realizada em setembro de 1995 na cidade de São Paulo, na qual se destacou como um dos quatro pilares da defesa do consumidor a necessidade de implementação de medidas visando à melhoria da qualidade de produtos de alimentação e nutrição, com foco no cuidado à saúde e segurança dos consumidores, as quais seriam ainda formalmente previstas em comitês do *Codex Alimentarius*, Código internacional regulamentador da qualidade e inocuidade

<sup>81</sup>Recurso Especial nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0). Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/4/art20160419-10.pdf>> Consultado em 23/08/2017.

<sup>82</sup> Disponível em <[http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso\\_08.htm](http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_08.htm)> Consultado em 23/08/2017.

<sup>83</sup> Nota Técnica nº 3/2016/CGEMM/DPDC/SENACON. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nt-003-2016.pdf>. Consultado em 10/08/17.

dos alimentos. Os comitês deveriam ser implementados pela legislação dos países, inclusive do Brasil, o qual deveria dispor de meios fiscalizatórios destes.<sup>84</sup>

A partir de diretrizes e decisões como as citadas denota-se a possibilidade de se combater a veiculação de publicidades similares com a devida aplicação das leis vigentes, ainda que sob a ótica da ilegalidade oblíqua, promovendo o ajustamento de conduta das empresas que veiculam tais comerciais, uma vez que notoriamente nocivos a uma parcela especialmente vulnerável da população.

### 3.3.1 Regulamentação da Publicidade de Alimentos para o público infante-juvenil – entraves políticos

O estudo dos bastidores políticos do país demonstra que a exaustiva comprovação científica dos malefícios e riscos trazidos pela publicidade de alimentos de baixo valor nutricional a crianças e adolescentes, não são e não serão suficientes para que os órgãos relacionados à publicidade para público infante-juvenil se abstenham de veiculá-las. A comprovação desta triste realidade social se deu com a condenação da Anvisa em ação movida pela ABIA em seu desfavor.

Em 29 de junho de 2010 a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) publicou a resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 24/2010, primeiro regulamento específico para a publicidade de alimentos “abrangendo a divulgação e a promoção comercial de alimentos com elevadas quantidades de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional”<sup>85</sup>, considerado o aumento alarmante de doenças crônicas relacionadas ao consumo destes elementos.

No entanto, em 2012, a agência foi condenada em ação que lhe foi movida pela ABIA (Associação Brasileira de Indústria de Alimentos), sob fundamento de suposta incompetência desta para legislar acerca de publicidade, interpretação do

---

<sup>84</sup> AVILA, B. A. O.; POLONIO, M. L. T.; AZEVEDO, A. M. F.; MALDONADO, L. A. Relação mídia/ saúde: análise de propagandas de alimentos direcionadas ao público infante-juvenil. *Nutr. Brasil*, v. 5, 2006 p. 146.

<sup>85</sup> Brasil, 2010. Resolução da Diretoria Colegiada (RDC nº 24), de 15 de junho de 2010. *Dispõe sobre a regulação da publicidade de alimentos*. Diário Oficial da União, 29 junho de 2010.

parágrafo terceiro, artigo 220 da Constituição Federal do Brasil.<sup>86</sup>

A influência de lobbies empresarias com interesses puramente econômicos não pode ser descartada como fator preponderante para a condenação imposta<sup>87</sup>, haja vista atuação de diversos atores do cenário político e empresarial no sentido de evitarem a regulamentação pela Anvisa. Estranhamente, dias após a audiência pública referente à norma, os presidentes da ABIA e da Associação Brasileira de Anunciantes (ABA) assinaram um Compromisso Público, seguidos por vinte e quatro empresas do setor alimentício, no qual se determinavam a limitar a publicidade de alimentos e bebidas a crianças menores de 12 anos, em claro intuito de demonstrar a desnecessidade de regulamentação do tema.

Felizmente, apesar de todos os obstáculos políticos e econômicos, a Anvisa persistiu em incluir o tema publicidade de alimentos em sua agenda 2013-2016, tendo este sido novamente proposto pelo Conselho Federal de Nutricionistas para o triênio 2017-2020<sup>88</sup>.

### 3.3.2. Outros entraves: Lei Murad e Lei Serra

Cite-se ainda como exemplo da prevalência de interesses políticos no país, em prejuízo da saúde de crianças e adolescentes e do cumprimento da própria Constituição, a dificultosa tramitação da Lei nº9.294 de 15.7.1996, conhecida como “Lei Murad”, que regulamentou a previsão do artigo 220, parágrafo quarto da Constituição Federal da Constituição Federal.

Tamanho foi o poder da influência política da indústria de tabaco, agências de publicidade e veículos de comunicação na aprovação do texto, que este acabou por permitir a publicidade abusiva do tabaco em mídias de grande acesso por crianças e

---

<sup>86</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Anvisa não tem competência para regulamentar propaganda e publicidade comercial. 25.02.2013. Disponível em:<[http://www.cjf.jus.br/cjf/outras-noticias/2013/fevereiro/anvisa\\_-\\_nao-tem-competencia-para-regulamentar-propaganda-e-publicidade-comercial](http://www.cjf.jus.br/cjf/outras-noticias/2013/fevereiro/anvisa_-_nao-tem-competencia-para-regulamentar-propaganda-e-publicidade-comercial)>. Consultado em 21/08/2017.

<sup>87</sup> A respeito do tema vide: BAIRD, Marcello Fragano. Rev. Sociol. Polit. vol.24 no.57 Curitiba Mar. 2016, in <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782016000100067](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000100067)> Consultado em 28/8/2017.

<sup>88</sup> “CFN defende temas para agenda regulatória da Anvisa”.06/09/2017. Disponível em <http://www.cfn.org.br/index.php/cfn-defende-temas-para-agenda-regulatoria-da-anvisa>. Acesso em 10/092017.

jovens: televisão e rádio.

A respeito do assunto, consideração importante Herman e Benjamin, ao destacar que a Lei Murad, por entraves políticos, “não disciplinou os anúncios de estilo de vida, os mais elaborados e inteligentes, pois passam sua mensagem de forma eficazmente insinuante e disfarçada. São os anúncios que vinculam comportamentos (p.ex., o ar despojado e de irresponsabilidade juvenil do *Free*) e *status* (p.ex. a sofisticação do Carlton) ao ato de fumar.”<sup>89</sup>

De fato, das publicidades subliminares, a denominada de “estilo de vida” parece ser a mais danosa aos adolescentes, vez que como demonstrado neste trabalho, encontram-se estes em momento de fixação de valores e de personalidade, não tendo ainda plenitude de convicção dos valores aprendidos em sociedade. Não obstante a danosidade da publicidade *lifestyle* é esta a que menos sofre restrições pelos órgãos reguladores como o CONAR e o Ministério Público, ante a sutileza de sua mensagem abusiva e da dificuldade de percepção de seu público alvo.

Felizmente, mesmo com a quase inutilidade da Lei Murad, que não chegou sequer a proibir o uso personagem infantil como o Camelo utilizado no Camel ou a associação do cigarro a aventuras, explorada por marcas como Marlboro e Hollywood, todas com forte apelo em crianças e jovens, no ano 2000 o Ministro José Serra heroicamente conseguiu aprovar a Lei nº 10.167 de 27 de dezembro de 2000, conhecida como “Lei Serra”.

A Lei Serra previu tríplex controle jurídico do anunciante, frente a necessidade de proteção do interesse público, tendo em conta a ótica do consumidor real ou potencial, usuário do espaço público e da pessoa humana e família (Lei nº 9.294/96), possibilitando a punição dos infratores em três esferas distintas pelo mesmo ato ilícito, sem que se caracterize o *bis in idem*<sup>90</sup>.

Após a promulgação da Lei 10.167/2000 a publicidade de tabaco ficou restrita a pôsteres, painéis e cartazes, e ainda assim localizados na parte interna dos

---

<sup>89</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 11ª edição rev, atual, reform, Rio de Janeiro, Forense, p.365.

estabelecimentos de venda.

Dada a sutileza da publicidade estilo de vida, novamente estas foram esquecidas pelo legislador, não tendo sido proibidas. Herman destaca que esse fato não impede que haja controle de sua veiculação pela própria previsão do Código de Defesa do Consumidor a respeito da proibição de publicidades abusivas e enganosas.

### 3.4 Publicidade On line dirigida ao público infantojuvenil

Uma das mais atrativas e perversas armas da publicidade atual consiste no uso da internet para anúncio da publicidade, a conhecida “publicidade *on line*”.

O acompanhamento do vertiginoso crescimento do uso de aparelhos eletrônicos pelo público infanto-juvenil e a enorme frequência de acesso deste grupo às mídias digitais levou ao aumento da publicidade *on line*, a despeito da ilegalidade, sob medida para crianças e jovens, se apresentando pelo aparecimento dos *pop ups*, vídeos no youtube, mensagens no *facebook* e nos jogos *on line*, em meios muito mais sutis complexos de comunicação mercadológica, e por essa razão notadamente abusivos.

Atualmente a que mais se destaca é a mensagem publicitária veiculada a partir dos chamados blogueiros mirins, youtubers e voglers, figuras antes adstritas ao mundo adulto e adolescente, mas que já tem inúmeros adeptos entre crianças, em uma tendência crescente de hiperexposição da vida íntima e da busca por visibilidade e até mesmo sucesso.

Como se denota da observação da prática e das publicações pertinentes, parecem ser fatores contributivos para o impulsionamento das publicidades a partir destas figuras: o numeroso contingente de consumidores mirins atingidos, a dificuldade das ações fiscalizatórias a conferência de maior credibilidade aos produtos (pois veiculados por pessoas da mesma faixa etária do público alvo), a ausência de necessidade de autorização judicial para uso da imagem da criança e do adolescente, e o baixo custo do uso da plataforma (bem menor que o do minuto na televisão) que

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 366.

acaba resultando na fabricação de vídeos bem mais longos que os televisivos.

Assim, com tantos fatores favoráveis, aumenta a cada dia o número de crianças estrelando publicidades infantis. Conforme destaca a advogada do Instituto Alana<sup>91</sup> e especialista em Direito do Consumidor Dra Ekaterine Karageorgiadis, a escolha da figura mirim pela agência de publicidade é feita com base no números de seguidores que esses possuem em redes sociais como Youtube, Facebook, Instagram e Snapshat, pois isso determina o número de visualizações de suas postagens.

Assim, uma vez conhecida nos meios digitais, a criança/adolescente passa a receber produtos das mais variadas empresas, tanto para usá-los em si mesmos na gravação dos vídeos (no caso de acessórios), como para utilizá-lo como parte da decoração do ambiente da gravação, ou no desenvolvimento de comentários antes de lançamento oficial (como no caso de muitos brinquedos).

A partir disso, a fama das estrelas mirins cresce a cada postagem sobre novo produto, promovendo-se a presença da criança/jovem em denominados “encontrinhos”, promovidos por empresas, nos quais se reúnem youtubers, blogueres e outras figuras famosas entre o público infantojuvenil para recebimento dos fãs e recebimento de presentes. A rentabilidade da prática é tamanha que já existem agências especializadas em conectar figuras mirins aos empresários anunciantes.<sup>92</sup>

Recentemente foi instaurado Inquérito Civil para apuração de suposto abuso publicitário na campanha do Macdonald’s “Hora de Aventura”. Na campanha a empresa se utilizou de *youtubers* mirins, enviando-lhes brinquedos que posteriormente se tornariam brindes da campanha do MacLanche Feliz. A denúncia da prática abusiva foi formulada pelo projeto do Instituto Alana “Criança e Consumo” e em resposta ao ofício do Ministério Público acerca do controle de publicidade infantil em sua base, o *Youtube* limitou-se a declarar que a plataforma não é destinada a crianças<sup>93</sup>, em sentido

---

<sup>91</sup> Karageorgiadis, Ekaterine. <Precisamos cuidar das crianças no meio ambiente virtual” de 05/07/2016. <Fonte:<http://conexaoplaneta.com.br/blog/criancas-youtube-ambiente-virtual/>. > Visitado em 12/09/2017.

<sup>92</sup> Conforme “Precisamos cuidar das crianças no meio ambiente virtual” de 05/07/2016. <Fonte:<http://conexaoplaneta.com.br/blog/criancas-youtube-ambiente-virtual/>. > Visitado em 12/09/2017.

<sup>93</sup> Geração *YouTube*: um mapeamento sobre o consumo e a produção infantil de vídeos para crianças de zero a 12 anos no Brasil, de 2015 a 2016. Disponível em < <http://pesquisasmedialab.espm.br/criancas-e-tecnologia/>>.

diametralmente contrário ao que se verifica na prática.

Conforme pesquisa "Geração *YouTube*: um mapeamento sobre o consumo e a produção infantil de vídeos para crianças de zero a 12 anos no Brasil, de 2015 a 2016" citada no jornal Estadão em 12/10/2016<sup>94</sup>, a audiência de canais de youtubers mirins aumentou cerca de seis vezes em um ano no Brasil, tendo aumentado em 550% o número de inscritos nos canais de youtubers mirins e em 564% o número de visualizações dos canais feitos por crianças entre agosto de 2015 e agosto de 2016.

Em entrevista ao Estadão, Luciana Correa, coordenadora da área de pesquisa sobre Famílias e Tecnologia do ESPM Media Lab, explica que atualmente são sete os canais destinados ao público infantojuvenil na internet: "Minecraft (jogo eletrônico que permite a construção usando blocos), que são aqueles voltados para o público de games, canais de conteúdo da televisão que se reflete no YouTube, Tem conteúdo, como a Galinha Pintadinha, que tem linguagem de desenho animado, mas não foi exibido na TV. Há os *unboxings*, vídeos em que as crianças tiram brinquedos da caixa e avaliam. Tem ainda as categorias do youtuber teen, dos mirins e da educação com apelo para entretenimento. "<sup>95</sup>

Assim como os atuais youtubers mirins copiaram o modelo de youtubers adolescentes, a preocupação atual é também com crianças a partir de 2 anos de idade, os chamados "nativos digitais", no sentido de evitar sua exposição ainda mais precoce nas mídias digitais.

Fala-se em ausência de regulamentação sobre a atividade de youtubers mirins. Parece haver sim um mau emprego das legislações já existentes, em especial do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, os quais se por si sós, vedam completamente a publicidade para crianças e adolescentes.

---

Consultado em 20/08/2017.

<sup>94</sup> DIOGENES < Julia. **Youtubers Mirins tem vida popstar**. O Estado de São Paulo. 12 /out, 2016. Disponível em :<<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,youtubers-mirins-tem-vida-de-popstar,10000081618>> Acesso" em 12/08/2017.

<sup>95</sup> Idem.

### 3.5 Responsabilização pela Publicidade Ilícita no Brasil

Uma vez que no Brasil é adotado o controle misto da atividade publicitária (ainda que exercida apenas no campo da ética pelo CONAR), também nesse sistema de mescla é prevista a responsabilização dos entes envolvidos em publicidades ilícitas.

Caracterizando-se o Código de Defesa do Consumidor como um microssistema que visa a harmonização das relações de consumo, a tutela da publicidade no Brasil é tratada sob três ângulos: civil, penal e administrativo.

Neste tópico tratar-se-á especificamente da responsabilização no campo das publicidades promocionais.

Havendo desvios da publicidade, o anunciante em regra, responde objetivamente no campo cível, conforme previsão do Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso VI, o qual prevê ser direito básico do consumidor a efetiva reparação dos danos que sofrer na relação de consumo.

Em se tratando de publicidade enganosa ou abusiva, embora o legislador não tenha mencionado expressamente como seria a atribuição da responsabilidade, pode-se inferir ser responsável o fornecedor do produto ou serviço, nos termos do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê que “o ônus da prova da veracidade da prova e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”<sup>96</sup>

Pelo mesmo diploma, artigo 7º, há ainda possibilidade de responderem solidaria e objetivamente agência e veículo<sup>97</sup>, além da própria celebridade, tendo entendimento nesse sentido autores como Guimarães Scartezini<sup>98</sup> e Rizzato Nunes.

Em sentido parecido, é o Estatuto do CONAR, o qual prevê em seu artigo 3º, a responsabilização não só das agências, como do anunciante e até do próprio veículo

---

<sup>96</sup> BRASIL. Lei nº8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em 23/09/2017.

<sup>97</sup> Idem.

<sup>98</sup> GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. Revista dos Tribunais: 2007, p.194.

de comunicação social por danos eventualmente causados à sociedade, posição que parece ser a mais acertada, principalmente considerando-se o parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor.

De outro lado, pela adoção da “teoria da responsabilidade limitada” para as agências, dadas as peculiaridades destas<sup>99</sup>, tem-se Benjamin Herman, o qual considera que estas só responderiam solidariamente ao veículo, mesmo no campo cível, em caso de restar comprovada existência de dolo ou culpa.

Os defensores da adoção da teoria da responsabilidade limitada para as agências justificam que, principalmente na publicidade promocional, as agências apenas prestariam serviços aos anunciantes, estes sim, fornecedores de produtos e serviços de consumo, não tendo o trabalho da agência, portanto, caráter finalístico hábil a enquadrar-lhe também como fornecedora nos termos do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Entre as penalidades previstas pelo artigo 56 do Código pela produção de publicidades ilícitas, destacam-se a imposição de multa (inciso I) e a imposição de contrapropaganda (XII), tecnicamente denominada contrapublicidade como explicado no primeiro capítulo, a qual consiste em publicidade obrigatória e legalmente adequada, cujo objetivo é restaurar tanto quanto possível, as informações enganadoras ou abusivas veiculadas.<sup>100</sup>

Quantos aos tutelados contra os abusos publicitários, cabe ressaltar a previsão do artigo 29 do diploma consumerista, o qual prevê proteção cível, penal e administrativa a todos os expostos às práticas comerciais, difusamente considerados.

Em relação às consequências em âmbito penal, o artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor prevê pena de detenção de 3 meses a um ano e multa, para agentes que fizerem ou promoverem, publicidades que saibam ou devam saber enganosas ou abusivas.

---

<sup>99</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 11ª edição rev, atual, reformada. Rio de Janeiro, Forense, p.370.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p.371.

Destaque-se por derradeiro, a importância do Marco Civil da internet no tocante à responsabilização por divulgações de dados e informações na rede mundial de computadores.

## CONCLUSÃO

Embora a Publicidade tenha função social agregadora no sentido de promover e estimular o desenvolvimento socioeconômico, muitos dos métodos utilizados pelos publicitários para criar e aumentar demandas de consumo precisam ser revistos, especialmente no tocante à publicidade direcionada a crianças e adolescentes.

O estudo dos princípios que norteiam a publicidade permite melhor visualizar a ilegalidade das práticas publicitárias voltadas ao público infanto-juvenil, vez que estas os contrapõem diametralmente, principalmente se consideradas as peculiaridades de desenvolvimento deste público.

Afinal, além de vulnerável por suas condições peculiares de desenvolvimento, a população infantojuvenil tem sua vulnerabilidade reconhecidamente agravada em se tratando de relações de consumo, tanto pela falta de experiência de vida, quanto por características biopsíquicas, ensejando aplicação da doutrina protecionista integral, mormente no tocante à aplicação dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo exame apurado revela preciosos direcionamentos na área, a exemplo do artigo 71 do referido diploma.

O reconhecimento da hipervulnerabilidade do público infantojuvenil aliada à interpretação do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, conduz não só a conclusão de serem as publicidades a estes dirigidas abusivas, como também enganosas, na medida que tem a capacidade de indução de crianças e adolescentes a erro, a exemplo da publicidade de alimentos a eles direcionadas, as quais os fazem crer em benefícios irreais dos produtos veiculados, em sua maioria de baixo valor nutricional e causadores de inúmeros prejuízos à saúde.

Como se denota da análise histórico social do país, inúmeras foram as conquistas alcançadas em favor da infância e adolescência, refletindo-se estas no avanço da legislação pertinente, com destaque para a Resolução 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Ainda assim, a vertiginosa evolução das técnicas de comunicação

mercadológica e completo desrespeito de empresários e empresas de publicidade pelos direitos de crianças e adolescentes, representa ameaça ao desenvolvimento sadio destes, solicitando maior atuação dos entes fiscalizatórios governamentais e não governamentais, principalmente no âmbito virtual, no qual são inúmeras as estratégias para captação de consumidores mirins.

A mera consulta a extensa legislação brasileira denota não faltarem previsões protetivas à saúde física e psíquica dos adolescentes e infantes brasileiros, sendo indispensável, no entanto atuação, verdadeiramente comprometida dos órgãos responsáveis e maior engajamento societário para superação da força dos lobbies formados pelos grandes empresários e representantes da publicidade, os quais ainda trabalham visando somente o auferimento de lucro, contribuindo com sua atuação mesquinha para aumento do aparecimento de doenças nesse grupo, bem como para adoção de comportamentos irresponsáveis e prejudiciais, como os de fumar e beber por exemplo.

A propósito desses hábitos ensejadores de vícios facilmente adquiridos por adolescentes, tem-se que o adequado manejo dos instrumentos legais deve levar ao preenchimento de lacunas na lei tanto para excluir das mídias a figura dos influenciadores mirins e de adolescentes, quanto dos *merchadisings* voltados para esse público, cujas utilidades consistem somente em abusiva e enganosamente veicular de modo sorrateiro mensagens publicitárias ao público infantojuvenil, estimulando práticas nocivas e adoção de comportamentos exageradamente consumistas.

A dificuldade de fiscalização no ambiente virtual promove a reedição de publicidades consideradas abusivas e até mesmo das já retiradas de circulação, merecendo por isso maior atenção das autoridades, juristas e da comunidade em geral, haja a vista que o dever de asseguramento dos direitos de crianças e adolescentes é também da sociedade.

Acerca da necessidade de fiscalização e repressão de abusos publicitários, destaque-se a farta regulamentação coibitiva de que dispõe o CONAR. A atuação do órgão, no entanto, atende muito mais aos interesses da classe publicitária que aos da sociedade, especialmente se considerados os grupos de menor poderio político e

econômico, como é o caso dos hipervulneráveis.

A análise da jurisprudência revela ainda que, por maiores que sejam os esforços das entidades não governamentais na denúncia de publicidades direcionadas a crianças e adolescentes, a responsabilização tríplice dos responsáveis não se verifica, limitando-se aos campos administrativo e cível, sem atingimento da esfera penal, o que termina por estimular a continuidade destas. Afinal, mesmo sendo vultosas as indenizações arbitradas em desfavor das empresas infratoras, estas certamente não superam o lucro auferido pela veiculação das mensagens publicitárias.

Por fim, como perspectiva de novos horizontes, aposta-se, assim como em outras áreas do cuidado humano, na eficiência de medidas de prevenção aos abusos publicitários, representadas principalmente por ações educativas da família, a fim de desestimular práticas consumistas e encorajar novos hábitos de lazer, diminuindo-se o número de horas de crianças e adolescentes em frente a televisões e computadores e estimulando a prática de atividades esportivas e interativas.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, S. S.; NASCIMENTO, P. C. B. D.; QUAIOTI, C. B. **Quantidade e Qualidade de produtos alimentícios anunciados na televisão brasileira**. Rev. Saúde Pública, v. 36, n. 3, 2002, p. 353-355.

ALVIM, Thereza. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

AVILA, B. A. O.; POLONIO, M. L. T.; AZEVEDO, A. M. F.; MALDONADO, L. A. **Relação mídia/ saúde: análise de propagandas de alimentos direcionadas ao público infante-juvenil**. Nutr. Brasil, v. 5, 2006.

ARIÈS, Phillipe. **A História social da criança e da família**. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Guanabara, 1978

BENJAMIN, Antônio Herman. **A repressão penal aos desvios do marketing**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 4, número especial, 1992.

BENJAMIN, Antonio Herman V. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 11ª edição rev., atual, reformada. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

BRASIL. Decreto nº 57.690, DE 1º DE FEVEREIRO DE 1966. Brasília, DF, 1 fev. 1966. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D57690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D57690.htm)> Consultado em 20/07/2017.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 11 Set. 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)> Acesso em: 17 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, 13 Jul. 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>Consultada em 13/09/2017.

BRITO, Igor Rodrigues. **O Controle Público da Publicidade Infantil e a tutela das famílias no Brasil**. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo- Vol. 1. Nº 3./Setembro de 2011.

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COHEN, Dorothy. **Publicidad Comercial**. México: Editorial Diana, 1984.

CORREIA, José Macário, **Um novo desafio: a defesa dos consumidores**. Lisboa: Secretaria de Estado do Ambiente e Defesa do Consumidor, 1990. ISBN 972-601-054-3.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Anvisa não tem competência para regulamentar propaganda e publicidade comercial**. 25.02.2013. Disponível em <[http://www.cjf.jus.br/cjf/outras-noticias/2013/fevereiro/anvisa\\_nao\\_tem\\_competencia\\_para\\_regulamentar\\_propaganda\\_e\\_publicidade\\_comercial](http://www.cjf.jus.br/cjf/outras-noticias/2013/fevereiro/anvisa_nao_tem_competencia_para_regulamentar_propaganda_e_publicidade_comercial)>. Consultado em 21/08/2017.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <[www.conar.com.br](http://www.conar.com.br)> Acesso em: 03 de set de 2017.

CRIANÇA E CONSUMO, Entrevistas. **Juventude e Bebidas Alcoólicas**. Disponível em <<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Crian%C3%A7a-e-Consumo-Entrevistas-Vol-4.pdf>>. Consultado em 19/08/2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: Cury, Munir *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

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

DIOGENES < Julia. **Youtubers Mirins tem vida popstar**. O Estado de São Paulo. 12 de out, 2016. Disponível em <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,youtubers-mirins-tem-vida-de-popstar,10000081618>>. Acesso em 12/08/2017

FONTES, R. Criança. **Revista Presença Pedagógica**, v.11, n.61, p. 03-05, jan./fev. 2005.

GORE, S. A.; FOSTER, J. A., DILIOLO, V. G.; KIRK, K.; WEST, D. S. **Television viewing and snacking. Eating Behaviors**. v.4, n.4, 2003, p.399-405. Disponível em: <<http://periodicos.capes.gov.br>> Acesso em: 20/07/2017.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini, **A Publicidade Ilícita e a responsabilidade das celebridades que dela participam**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HEYWOOD, Colin. **Uma História da infância: Da idade Média a Era contemporânea no Ocidente**. Tradução de Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2004, p.36.

JAMES, Alisson. **Constructing and reconstructing childhood** London: Routledge Falmer, 1997, p. 10.

JUNIOR, Nelson Nery. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, n.03, p.67.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A Conexão Contratual no Mercado Publicitário e o Julgamento da APn 470/MG (Mensalão)**. Revista dos Tribunais, Julho de 2013.

- LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.
- LINN, Susan. Crianças do Consumo- **A infância Roubada**. São Paulo: Insituto Alana, 2006, p.152.
- LOPES, Maria Elizabete Vilaça. **O consumidor e a publicidade**. Revista de Direito do Consumidor, n01.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações Contratuais**. 7. ed. rev. atual. Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES, Claudia Lima, *Et.al*. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NASCIMENTO, I. P. **As representações sociais do projeto de vida dos adolescentes: um estudo psicossocial**. 2002. 380 f. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Educação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- PASQUALOTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PSICOLOGIA, Conselho Regional de, do Rio de Janeiro, **Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança**. Rio de Janeiro: 2008, p.18.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ensaio sobre a Publicidade e o seu Regime Jurídico no Direito Brasileiro**. RT/Fasc Civ. Ano 96. V.864. Outubro de 2007.
- ROSSATO, Luciano Alves, *et al*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6ª edição atualizada, ampliada. Revista dos Tribunais: 2014.
- SANT'ANNA, Armando *et al*. **Propaganda, teoria, técnicas e prática**, 9ª edição revista. São Paulo: Cengage, p.03.
- SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2000.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217

SILVA, João Calvão da. **A publicidade na formação do contrato.** In FDUL-Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1371-0, p.700.

UNIT, The Economist Intelligence. **Os impactos da proibição da publicidade dirigida às crianças no Brasil.** Agosto de 2017. Disponível em <[http://criancaeconsumo.org.br/wpcontent/uploads/2014/02/Relatorio\\_TheEconomist\\_.pdf](http://criancaeconsumo.org.br/wpcontent/uploads/2014/02/Relatorio_TheEconomist_.pdf)>. Consultado em 20 de agosto de 2017.