



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A publicidade abusiva infantil no âmbito das relações de consumo e  
a responsabilidade civil

Cássio Monteiro Rodrigues

Rio de Janeiro  
2014

CÁSSIO MONTEIRO RODRIGUES

**A publicidade abusiva infantil no âmbito das relações de consumo e a responsabilidade civil**

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor.

Professores Orientadores:

Nelson C. Tavares Junior

Maria de Fátima Alves São Pedro

Ana Paula Teixeira Delgado

Rio de Janeiro

2014

## A PUBLICIDADE ABUSIVA INFANTIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Cássio Monteiro Rodrigues

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo:** O intenso consumismo é característica marcante da sociedade moderna. As mensagens difundidas através da publicidade influenciam crianças e adolescentes cada vez mais, capazes até de alterar comportamentos ou promover estilos de vida. Caso a publicidade seja exercida fora dos padrões e valores sociais, poderá gerar danos aos consumidores ou levá-los a adotar comportamentos prejudiciais a si mesmos, risco que se eleva bastante ao se tratar de publicidade dirigida ao público infantil, hipervulneráveis em relação à tal prática. Nesse caso, a responsabilidade civil do fornecedor vem à tona e o Poder Público deve intervir para regular ou vetar a mensagem publicitária e reparar os danos causados pela publicidade abusiva ou enganosa. Tendo em vista essa vulnerabilidade, será analisada a aplicação e eficácia da responsabilidade civil ante à prática de publicidade abusiva infantil.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Publicidade infantil. Publicidade abusiva. Direito do Consumidor. Acidentes de consumo.

**Sumário:** Introdução. 1. Publicidade infantil e a criança na ordem jurídica brasileira. 2. A criança como hipervulnerável e a publicidade abusiva. 2.1 Princípio da identificação da publicidade. 2.2 Princípio da não abusividade na publicidade infantil. 3. Aplicação e eficácia do instituto da responsabilidade civil nos casos de publicidade abusiva infantil. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo trata do tema da publicidade abusiva infantil nas relações de consumo e as questões acerca da aplicação e efetividade do instituto da responsabilidade civil, no ordenamento nacional, em coibir os abusos dos fornecedores e reparar os danos causados.

Procura-se debater, através de análise sob o enfoque do Direito do Consumidor, ao tomar a criança como sujeito vulnerável, a necessidade de regulamentação da publicidade dirigida ao público infantil e de aplicação das regras de responsabilidade civil, de maneira preventiva e repressiva, a fim de inibir a constante prática de publicidade abusiva pelos fornecedores.

Os breves apontamentos e conclusões aqui expostos foram obtidos através da utilização de metodologia bibliográfica – doutrinária e jurisprudencial –, qualitativa e parcialmente exploratória.

Ao final, objetiva-se concluir se há no país normas suficientes para combater, reduzir ou até mesmo vedar a prática publicitária abusiva de maneira eficaz e, ainda, propor a construção de parâmetros de aplicação das regras de responsabilidade civil nestes casos, para desenvolver o instituto e, assim, solidificar a proteção ao consumidor.

## **1. A PUBLICIDADE INFANTIL E A CRIANÇA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

A sociedade contemporânea, chamada de sociedade de massas, tem como característica dominante, no cenário de globalização, a comunicação, segundo Jacobina<sup>1</sup>. Diante de tamanha complexidade de relações e intenso desejo de consumo, há constante comercialização de diversos bens para diversos sujeitos e classes sociais.

Para que os consumidores possam obter seus bens, mister que consigam ter conhecimento das ofertas de produtos ou serviços disponíveis no mercado de consumo. Essa tarefa cabe à publicidade, que consiste em um conjunto de técnicas visando à promoção certa atividade econômica, com intuito lucrativo.

---

<sup>1</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 03.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) não define o que seria a publicidade, porém trata-a, em seu artigo 37<sup>2</sup>, especificamente quanto a sua utilização. Por outro lado, a Doutrina avalia de forma variada, dando-lhe enfoque conceitual, sob outra perspectiva.

Assim, Marques<sup>3</sup> a define como sendo “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”.

Por sua vez, O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP) define publicidade em seu artigo 8º, como sendo “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias”<sup>4</sup>.

Assim, considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) adotou, em seu artigo 227, a doutrina da proteção integral do menor<sup>5</sup>, e que a publicidade deve respeitar a vulnerabilidade do consumidor e seu direito à informação, o ordenamento jurídico pátrio concedeu maior proteção à criança, sujeito notoriamente mais vulnerável em relação aos demais, inclusive ao tratar da publicidade infantil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) definiu a criança, através de critério cronológico, em seu artigo 2º “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12

---

<sup>2</sup> BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. “Art. 37: É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. § 4º (Vetado).” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>

<sup>3</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 673.

<sup>4</sup>BRASIL. *Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.janela.com.br/textos/Auto-Regulamentacao.html>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

<sup>5</sup>HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva contra a criança*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 132/135.

(doze) anos de idade incompletos”<sup>6</sup>. O ECA tratou de tutelar os direitos da criança<sup>7</sup>, contudo foi incapaz de regular a totalidade de situações (como qualquer lei), em que as crianças são alvos de abusividades, como por exemplo no tocante à criança-consumidora.

No ordenamento pátrio inexistem leis que regulamentem especificamente essa relação de consumo. Há somente regulamentos do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR)<sup>8</sup>, através do CBARP, sem ter o escopo de tutelar a criança e seus interesses, mas apenas proferir recomendações aos fornecedores e anunciantes, sem possuir qualquer poder coercitivo para fazer valer suas orientações.

A criança não possui o discernimento aceitável para receber tanta publicidade, carecendo de certos amparos mínimos, por ser considerada pessoa em desenvolvimento. Assim, ela é bastante influenciada e, por isso, há necessidade de proteção estatal contra publicidade infantil lesiva.

Rossato<sup>9</sup> afirma a necessidade dessa proteção:

As crianças são titulares de direitos humanos, como quaisquer pessoas. Aliás, em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, fazem jus a um tratamento diferenciado, sendo correto afirmar, então, que são possuidoras de mais direitos que os próprios adultos.

Tem-se por publicidade ideal toda aquela que respeita o público ao qual é dirigida, levando em conta suas especificidades. Dessa forma, devem ser respeitadas as limitações estipuladas no ordenamento jurídico brasileiro, além dos princípios fundamentais do Direito<sup>10</sup>, para aplicação em conformidade com a CRFB/88.

---

<sup>6</sup>BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2013.

<sup>7</sup>Destaca-se ainda no ECA: o direito da criança à vida e à saúde, bem como ao desenvolvimento sadio e harmonioso (art. 7º); à proteção de sua dignidade (art. 18); e ao seu pleno desenvolvimento (art. 53).

<sup>8</sup>Maior regulamentação que existe da matéria se dá graças a este diploma, apesar da inexistência de coercibilidade, por não se tratar de lei, com destaque ao artigo 37, seção 11 do CBAP do CONAR.

<sup>9</sup> ROSSATO, Luciana Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

<sup>10</sup> Como exemplos mais óbvios, os princípios da Boa-fé (artigo 422, Novo Código Civil e o da Dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III, CRFB/88)

Considerando-se que a CRFB/88 também consagrou o princípio do melhor interesse do menor para tutelar a criança em todas as situações, sob o enfoque da doutrina da proteção integral, expandindo-se a todas as crianças e menores e em quaisquer situações, inclusive as concernentes à publicidade<sup>11</sup>.

Dessa forma quando se tratar da publicidade infantil, sempre se deve ter atenção à faixa de idade do público alvo e às muitas fases de seu desenvolvimento físico e mental. Ao se dirigir ao público infantil, o anúncio tem de observar a vulnerabilidade específica desta espécie de consumidor. O motivo é simples: a ausência de experiência e análise criteriosa das publicidades dirigidas à criança.

Por isso que a publicidade deve ser clara e identificada como tal, nos termos do art. 36 do CDC, e nunca pode valer-se de artimanhas como a invasão no mundo lúdico da criança, como no caso das redes de *fast-food*, a oferta de brinquedos junto com alimentos.

Nas palavras de Benjamin<sup>12</sup>, apesar da vulnerabilidade inerente a todo consumidor, apenas serão hipossuficientes determinadas categorias, por conta de suas peculiaridades, conclui que “a utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática”.

Não obstante, Henriques<sup>13</sup>, em sua tese de mestrado, ao comentar a matéria, afirma que qualquer publicidade dirigida ao público infantil tem característica abusiva, de forma presumida, pelo fato de se voltar para um sujeito sem discernimento necessário para identificar a publicidade como tal:

Qualquer publicidade dirigida às crianças – assim consideradas pessoas menores de 12 anos – são intrinsecamente abusivas, na medida em que, se elas não compreendem o caráter parcial da mensagem publicitária não têm condições de entendê-las como tal e, por isso, elas estarão sempre tendo a sua deficiência de julgamento e experiência explorada pela publicidade.

---

<sup>11</sup> Tal princípio estava previsto no Código de Menores de 1979 (art. 5º), porém vigorava a Doutrina da Situação Irregular do menor e não da Proteção integral, sendo utilizado somente nos casos de crianças em situação de risco.

<sup>12</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 382.

<sup>13</sup> HENRIQUES, op. cit., p. 11.

Assim, por conta do público alvo necessitar de proteção especial, a publicidade voltada a ele terá de seguir certos cuidados e parâmetros legais, além da razoabilidade, pois violações dessa espécie podem configurar prática abusiva por parte do fornecedor.

## 2. A CRIANÇA COMO HIPERVULNERÁVEL E A PUBLICIDADE ABUSIVA

Não há proibição à publicidade, mas o ordenamento pátrio se posiciona, de maneira mais ampla, contra aquela que seja lesiva ao consumidor, que o engane ou abuse de sua vulnerabilidade (artigos 4º e 37, CDC), sendo certo que também não se descuidou de combater outras quaisquer práticas mercadológicas enganosas ou abusivas<sup>14</sup>.

Considerando que o conceito de abusividade representa a afronta aos valores e princípios de boa-fé e bons costumes, ao tratar especificamente do abuso em publicidade, o ordenamento pátrio, através do CDC, considera abusiva toda e qualquer publicidade que gere ou seja capaz de gerar dano aos valores essenciais da sociedade<sup>15</sup>.

O próprio CDC não conceitua publicidade abusiva em seu artigo 37, § 2º. Depreende-se que a publicidade deva ser ética, sem violar os valores sociais. Ainda, ao se valer da expressão “dentre outras”, logicamente, estar-se-á diante de um rol exemplificativo, pois a abusividade nesta matéria é conceito indeterminado, flexível, devendo levar em conta os valores sociais a serem zelados.

Nesse sentido, Dias<sup>16</sup> afirma que

o referido § 2º não traz em seu texto normativo um conceito preciso de abusividade, mas, a partir das situações nele exemplificadas, pode-se definir como abusiva toda publicidade que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade, sobretudo nos mandamentos da Constituição (...). Nesse sentido, o § 2º do art. 37 do CDC, por oferecer um conteúdo vasto e flexível, a ser preenchido no caso concreto pelo julgador, introduz nas relações de consumo uma verdadeira *cláusula*

---

<sup>14</sup> Vide, por exemplo, as condutas reprimidas nos artigos 39, 46 e 51 do CDC.

<sup>15</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 225-226.

<sup>16</sup> DIAS, Lucía Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-163.



*geral de não abusividade.* (...) O rol do § 2º é, assim, meramente exemplificativo, de modo que pode surgir outras situações de abusividade, vis à vis o exame do caso concreto. (...) Nesse contexto, a pedra de toque para a configuração da ilicitude da publicidade abusiva é a verificação do seu *potencial abusivo*, no sentido de ser lesiva, ou potencialmente lesiva, à moral coletiva [...].

Cumprido ressaltar que a definição de abusividade não guarda relação com o produto ou serviço anunciado, mas apenas com a mensagem a ser vinculada. E mais, ainda que a publicidade seja verdadeira, nenhuma forma de abusividade será tolerada pelo ordenamento brasileiro, pois o objetivo da norma é garantir a liberdade de escolha do consumidor de maneira consciente<sup>17</sup>.

Marques<sup>18</sup>, para definir a questão, conceitua que “a publicidade abusiva é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores básicos, que fere a própria sociedade como um todo.”.

Por terem as crianças condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, nos termos do artigo 69 do ECA, tratou-se de conceder maior proteção a esses indivíduos, em todas as áreas. Toda criança, apesar de não ser plenamente capaz, é equiparada a consumidor para fins de oferta e publicidade (artigo 29, CDC), pelo simples fato de estar exposta a ela, com a roupagem da vulnerabilidade inata a sua condição de consumidor (artigo 4º, I, CDC).

Por vulnerabilidade, há de se entender a “fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda a vulnerabilidade técnica<sup>19</sup>”. Porém, existem situações em que, por conta de determinados fatos, o consumidor demonstra uma fragilidade ainda maior em relação aos fornecedores de produtos e serviços.

Qualquer criança necessitará de maior proteção por parte do ordenamento, pois suporta mais de uma forma de vulnerabilidade e, principalmente, não possui discernimento para

---

<sup>17</sup> MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 191.

<sup>18</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 680.

<sup>19</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 12.

absorver e resistir às práticas de publicidade abusiva, resultando em inexistência de liberdade de escolha, o que esvaziaria a finalidade da norma.

São justamente o que a boa parte da doutrina pátria denomina como consumidores hipervulneráveis, ou seja, os que em virtude de suas características, são mais sensíveis a determinados produtos ou serviços, e mais facilmente expostos a práticas comerciais lesivas dos fornecedores e do próprio mercado<sup>20</sup>.

Marques<sup>21</sup> afirma que

a jurisprudência brasileira reconhece a hipervulnerabilidade de alguns consumidores, por idade (idosos, crianças, bebês, jovens), (...) como especificam os arts. 37, § 2º, e 39, IV, do CDC. (...). Este reconhecimento significa que produtos e serviços destinados a estes consumidores hipervulneráveis, assim como a publicidade a eles destinada deve guardar parâmetros mais qualificados de boa-fé (...), além do que, se abusivos, dar azo a danos morais diferenciados como no caso de produtos alimentares para bebês (REsp 980860-SP, j. 23.04.2009, rel. Min. Nancy Andrigli) [...].

Essa especial condição de vulnerabilidade da criança repercute em diversos princípios que regem a matéria. Na visão de Dias<sup>22</sup>, esse foi o motivo pelo qual o legislador “tipificou como abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento ou experiência da criança para incentivar a venda de produtos ou serviços (art. 37, § 2º do CDC)”.

---

<sup>20</sup> Nesse sentido, veja-se o voto de Antônio Herman Benjamin, ao proferir o acórdão do REsp nº 586.316/MG, ao defender que os consumidores hipervulneráveis demandam maior atenção por parte do ordenamento jurídico, sempre sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, do qual se destaca o seguinte: “O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas.”

<sup>21</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 104-105.

<sup>22</sup> DIAS, op. cit., p. 183.

## 2.1. PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE

O princípio da identificação<sup>23</sup>, merece especial destaque e decorre dos deveres inerentes de toda relação de consumo, como boa-fé, transparência e lealdade. Está tipificado no ordenamento pátrio, no artigo 36 do CDC<sup>24</sup>.

Dessa forma, a identificação pelo consumidor deve acontecer sem esforço psíquico, independente de capacitação técnica e ao tempo em que for veiculada. Veda-se, assim, o uso de publicidade camuflada, subliminar ou até mesmo *teasers*, se forem potencialmente lesivos ao consumidor<sup>25</sup>, pois a finalidade é evitar a exposição à publicidade, sem que se tenha chance de resistir aos efeitos persuasivos característicos da mensagem publicitária<sup>26</sup>.

Na visão de Marques<sup>27</sup>:

A ideia básica do art. 36 é proteger o consumidor, assegurando-lhe o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidos não o são gratuitamente e, sim, têm uma finalidade específica que é promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço, [...] visa a garantir ao consumidor a ciência de que não se trata de informação imparcial, mas de informação finalística para o consumo de determinado produto ou serviço e o dever de conduta leal publicitária.

Desse modo, de suma importância que a tutela da publicidade infantil abusiva se dê através dos olhos desse princípio para coibir tais práticas lesivas por parte dos fornecedores e, assim, resguardar a criança e o adolescente, que não possuem discernimento e capacitação para filtrar o conteúdo das publicidades ao qual estão expostos.

<sup>23</sup> O CBAP do CONAR também consagra o princípio, em seu artigo 28, bem como assegura a identificação do caráter publicitário em outros dispositivos (artigos 9º, 10, 29, 30 do CBAP).

<sup>24</sup> Que preceitua que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

<sup>25</sup> Destaque-se aqui a lição de Lúcia Ancona Dias, ao afirmar que tais técnicas violem *per se* o princípio da identificação, em sua já citada obra *Publicidade e Direito*, 2006, p. 69: “Exatamente porque o CDC foi omissivo no tratamento da matéria é que a proibição genérica quanto a manifestações na “liberdade de anunciar” consistiria violação à livre iniciativa, princípio de ordem econômica que deve ser harmonizado na análise das relações de consumo, por força do disposto no art. 4º, III, CDC. Destarte, o que nos parece importante para a harmonização dessa relação é o estabelecimento, pela doutrina e jurisprudência, de limites que possibilitem a realização de referidas publicidades sem que delas, contudo, resulte violação aos direitos dos consumidores, i.e., violação à possibilidade de identificação da natureza comercial dos textos e imagens veiculados”.

<sup>26</sup> Nesse sentido, DIAS, op. cit. 2006, p. 67-68.

<sup>27</sup> MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 658 e 616.

## **2.2 PRINCÍPIO DA NÃO ABUSIVIDADE NA PUBLICIDADE INFANTIL**

O segundo princípio específico da publicidade que merece destaque, ao tratar de publicidade abusiva infantil, é o princípio da não abusividade da publicidade, consubstanciado nos artigos 31 e 37, § 2º do CDC.

Tal princípio possui íntima relação com o princípio da boa-fé e atua de forma a impedir que os consumidores adotem atitudes que lhe sejam prejudiciais à sua segurança, vida, saúde ou à própria vontade<sup>28</sup>.

Por seu conteúdo vasto, pode-se dizer que o artigo 37, § 2º, instituiu nas relações de consumo um princípio geral de não abusividade “que atente contra os valores éticos e morais da sociedade, em desrespeito ao consumidor, ou que possa induzi-lo a se comportar de forma prejudicial a sua saúde e segurança”<sup>2930</sup>.

Conclui-se que, ao tratar de tema tão delicado quanto publicidade abusiva dirigida ao público infantil, acertou o legislador em vedar tal prática e dar maior proteção à saúde física e psíquica da criança, que poderia passar a adotar condutas extremamente lesivas, como por exemplo, o consumo exagerado de alimentos que prejudiquem sua saúde e qualidade de vida.

## **3. APLICAÇÃO E EFICÁCIA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE PUBLICIDADE ABUSIVA INFANTIL**

Verificadas as razões que motivaram a tutela jurídica da publicidade infantil, impõe-se aferir como se dá a aplicação e eficácia do instituto da responsabilidade civil em casos de veiculação de publicidade abusiva.

---

<sup>28</sup> MALTEZ, op. cit., p. 338.

<sup>29</sup> DIAS, op. cit., p. 89.

<sup>30</sup> O Código Ético do CONAR possui idêntica preocupação ao coibir a publicidade que transgrida valores sociais ou abuse do consumidor por conta da falta de experiência ou superstição desse, em seus artigos 19 a 26.

A própria lei, inobstante o veto realizado<sup>31</sup>, já demonstrava existir a hipótese de se pleitear indenização por danos em decorrência de mensagem publicitária enganosa ou abusiva, cumpre aqui destacar as espécies de lesões amparadas pelo ordenamento nacional.

A inibição de publicidade ilícita tem a finalidade indiscutível de resguardar os consumidores, na sua esfera material e extrapatrimonial, ao tutelar seus legítimos interesses, sejam estes individuais ou coletivos. A pretensão indenizatória é inafastável, tanto pela via constitucional (art. 5º, inciso X), seja pela previsão do art. 6º, inciso VI do CDC.

Ao tratar da reparação de danos individuais ou difusos, o princípio basilar a ser observado é da inexigibilidade da prova da vontade, da enganosidade ou abusividade pelo fornecedor-anunciante, já que a regra do CDC é a responsabilidade objetiva. Contudo, deve-se aferir a ocorrência dos pressupostos da responsabilidade civil<sup>32</sup> e a extensão do prejuízo sofrido<sup>33</sup>, para configurar o dever de indenizar.

A principal diferença entre as espécies é que o dano individual oriundo de enganosidade ou abusividade não se presume de forma absoluta<sup>34</sup>, deve ser comprovado em seus contornos e profundidade, viabilizando assim a reparação correta e justa.

Para tanto, interessa a análise objetiva (fundamentada na teoria do risco do empreendimento) do anúncio questionado em si mesmo, colocando-se de lado qualquer indagação acerca da presença de culpa ou dolo por parte dos agentes vinculadores (fornecedor, agência publicitária e veículo de comunicação), focando nos efeitos gerados (mesmo que

---

<sup>31</sup> Que estaria expressamente instituída no CDC, se não fosse pelo estranho veto ao § 4º do art. 37.

<sup>32</sup> Não obstante, há ainda que pouco regulamentada, a responsabilidade do fornecedor administrativa (artigos 56, XII e 57 c/c o artigo 60, caput e § 1º, CDC) - trata-se aqui da sanção de contrapropaganda, com escopo de desfazer, corrigir, o mal causado pela publicidade abusiva ou enganosa, configurando uma espécie de reparação in natura, a qual também pode ser cumulada com pedido indenizatório, pelo princípio da reparação integral -, e penal (artigos 66 a 69 do CDC).

<sup>33</sup> Ao tratar da aferição do dano individual nos casos de publicidade, orienta BENJAMIN "a indução concreta em erro importa para a verificação do dever de indenizar o dano individual, não o dano difuso, de vez que, havendo enganosidade, este é presumido jure et jure" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto", Ed. Forense Universitária, 1991, pág. 193).

<sup>34</sup> Destaque-se que o ônus probatório é do fornecedor (artigo 38 do CDC), seja em hipóteses de pretensões à reparação de danos individuais ou difusos.

potencialmente) pela publicidade, pois o CDC se preocupa com o resultado<sup>35</sup>, já que o dever de indenizar, ou até o próprio dano<sup>36</sup>, não são automáticos<sup>37</sup>.

Ainda, inovou ao equiparar publicidade à oferta, como manifestação unilateral e pré-contratual, que vincula o fornecedor, e se obriga nos termos da publicidade. Ainda, possibilita ao consumidor a execução específica da oferta, através de seu cumprimento forçado ou da abstenção de sua prática (art. 35, I e 84, §1º), havendo também possibilidade exclusiva de resolução em perdas e danos<sup>38</sup>.

Há de se ressaltar, como já dito, que o anunciante é, para boa parte da doutrina<sup>39</sup>, o responsabilizado na *hastá cível*, porém há hipóteses em que a agência publicitária, o veículo de divulgação e as celebridades, respondam também nesta mesma esfera<sup>40</sup>, apenas quando agirem dolosa ou com culpa grave. Contudo, ressalte-se que o anunciante possui direito de regresso em face da agência que causou o dano (artigo 13, CDC).

Destaque-se que a agência publicitária pode vir a responder objetiva e solidariamente<sup>41</sup> pelo motivo de participar do processo criativo, de planejamento e de execução da publicidade de maneira ativa, apesar de não ser “coautora”. Mas, não estará responsável pelo cumprimento

---

<sup>35</sup> Também nessa linha, vide Marques, Cláudia Lima. *Contratos...*, cit., p. 677.

<sup>36</sup> Normalmente, reparação por danos materiais ocorre em casos de publicidade enganosa. Já a publicidade abusiva dá ensejo a indenização por danos morais.

<sup>37</sup> Assim, no pensamento de Dias “se a mensagem não apresentar efetiva capacidade de induzir os consumidores em erro, não haverá que se falar em publicidade ilícita, ausente o pressuposto do dano, ainda que potencial”. (DIAS, op. cit., 2006, p. 281).

<sup>38</sup> Nesse sentido vide o acórdão da Apelação Cível nº 2.0000.00.455302-2/0001, julgado em 02.04.2005 pelo TJ/MG.

<sup>39</sup> Destaque-se a existência de três correntes para se determinar o sujeito passivo no caso de publicidade abusiva: a primeira afirma que, por força do artigo 38 do CDC, apenas o fornecedor-anunciante responderia por eventuais danos causados; uma segunda corrente, defendida por Antonio Herman Benjamim, que não exclui totalmente a responsabilidade da agência de publicidade e do veículo de comunicação, já que estes responderiam em casos de atuação com dolo ou culpa grave ao veicular mensagem publicitária; e, por fim, há um terceiro posicionamento, defendido inclusive por Scartezzini Guimarães, que afirma que a responsabilidade de todos esses sujeitos, inclusive das celebridades atuantes na publicidade, seria objetiva e solidária à do fornecedor-anunciante, por inteligência dos artigos 7º, parágrafo único c/c o artigo 25, § 1º, ambos do CDC.

<sup>40</sup> Nesse sentido, v. REsp 604.172/SP, 3ª T., j. 27.03.2007, Min. Rel. Humberto Gomes de Barros.

<sup>41</sup> Cumpre ressaltar que no âmbito de controle autorregulamentar, o CBARP afirma a responsabilidade solidária da agência publicitária em atenção aos preceitos éticos estabelecidos e ao dever de cuidado ao se elaborar qualquer mensagem publicitária – artigos 27, § 1º e 45 do CBARP.

forçado da obrigação, já que não é o fornecedor. Este mesmo raciocínio aplica-se aos demais sujeitos mencionados no parágrafo anterior.

Como já destacado, a tutela da publicidade no ordenamento pátrio é minimalista<sup>42</sup> e extremamente dependente do órgão de autorregulamentação publicitária<sup>43</sup>. O CONAR, através de seu código de ética, traça parâmetros éticos que devem ser respeitados por toda mensagem publicitária. Caso ocorra o desrespeito dessas diretrizes, cabe ao consumidor prejudicado pleitear a indenização cabível na esfera judicial, nos moldes acima expostos.

Destaque-se recente alteração do CBARP em relação à publicidade infantil que, por exemplo, vetou a utilização de apelo imperativo direcionado ao menor, merchandising<sup>44</sup> ou personagens do universo infantil nas publicidades voltadas para o menor ou sociedade<sup>45</sup>.

Se a publicidade causar dano ao menor, aplica-se as regras materiais e processuais à espécie, estabelecidas no próprio CDC, orientando-se pelas instruções do CONAR, muito eficazes em aplicar sanções e recomendar alterações nas mensagens publicitárias para que se adequem aos parâmetros definidos como ideais.

---

<sup>42</sup> Em janeiro de 2013, o Poder Legislativo do Município do Rio de Janeiro aprovou a Lei municipal nº 5.528/2012, que prevê aplicação de multa no valor de R\$ 2 mil a estabelecimentos que venderem lanches com brindes ou brinquedos. Já em São Paulo, em 18 de dezembro de 2013, deputados estaduais aprovaram dois PL vitais para regulação da publicidade infantil e contra a obesidade infantil, os PL n. 1096/2011 e 193/2008. O primeiro proíbe a venda de alimentos acompanhados de brindes ou brinquedos, em todo o estado. Já o segundo regulamenta a publicidade infantil de alimentos e bebidas carentes em nutrientes e prejudiciais à saúde, ao determinar que nenhuma publicidade acontecerá entre 6h e 21h, em rádios ou televisão, e nunca no ambiente escolar. Ainda, há no texto vedação à utilização de celebridades ou personagens que pertençam ao mundo infantil.

<sup>43</sup> Além do CONAR, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) também se encarrega de tutelar o menor diante das práticas publicitárias do mercado. Em 04/04/2014, ocorreu a publicação da Res. nº 163/2014, válida a partir de sua publicação, que afirma ser abusiva toda e qualquer forma de publicidade ou artifício mercadológico direcionado à criança com o intuito de fazê-la consumir um produto ou serviço. Este é um importante passo para que o Poder Público exerça maior papel fiscalizatório e edite leis que regulamente o tema, concedendo a necessária força coercitiva às sanções impostas aos fornecedores.

<sup>44</sup> Vetado especificamente para a publicidade de alimentos e bebidas, segundo os termos do Anexo H do CBARP.

<sup>45</sup> Nesse sentido, vide o caso do “Hotel Panda”, que veiculou publicidade em busdoor, mostrando modelo seminua e um homem usando máscara de panda para divulgar as suítes românticas do local. O CONAR, por unanimidade, recomendou a sustação da publicidade por associar imagem sensual a ícone do universo infantil.

Contudo, a tutela da publicidade infantil carece de maior regulamentação legal<sup>46</sup>, pois os principais parâmetros de regulação publicitária infantil estão concentrados em (poucos) artigos do CBARP e, conforme narrado, tal diploma normativo não possui força coercitiva.

Além disso, nem a legislação ou a Jurisprudência definem parâmetros mais objetivos para aplicação da responsabilidade civil nos casos de publicidade abusiva infantil, o que dificulta ao consumidor receber a reparação integral do dano sofrido, já que os danos morais por abusividade, ao violar valores sociais, tornam-se cada vez mais difíceis de identificar e quantificar nos dias atuais, em que se percebe um esvaziamento dos valores éticos e morais da própria sociedade.

## **CONCLUSÃO**

Conforme exposto, no Brasil, quanto ao tema aqui tratado, tem-se somente a regulação legal da matéria pelo CDC, em único dispositivo que diz que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, sob pena de ser abusiva. (artigo 37, § 2º, CDC). A criança não consegue compreender o apelo de consumo ou se proteger, restando clara violação à liberdade de escolha do menor.

Patente a necessidade de tutelar a responsabilidade civil para coibir ilícitos por veiculação de mensagem publicitária. A regra do CDC é a responsabilidade civil objetiva e, assim, cabe ao anunciante cumprir com o proposto e reparar todos os danos experimentados pelo consumidor, em sua totalidade.

---

<sup>46</sup> Existe Projeto de lei (PL) na Câmara dos Deputados tramitando por mais de 12 anos. Trata-se do polêmico PL nº 5.912/2001, com proposta de regulamentar a publicidade dirigida ao público infantil, que desde 2001 já sofreu inúmeras alterações. Em 2008, houve sugestão para que a lei não só considerasse ilícita a publicidade de produtos infantis, mas qualquer espécie de publicidade dirigida ao menor, como anúncios veiculados na televisão que apelassem para desenhos infantis. Também existem no Congresso Nacional, PL's que tratam da publicidade para o público infantil, ainda aguardando aprovação.



Percebe-se que há necessidade de regime jurídico próprio da publicidade, pois esta possui características intrínsecas e peculiares que deverão ser consideradas. Tal necessidade se acentua ainda mais na esfera da publicidade infantil, pois direcionada a público hipervulnerável.

No tratamento da publicidade abusiva, o rigor deve ser maior. A publicidade atua de forma muito intensa na sociedade atual, inclusive no dia a dia da criança. Qualquer depreciação dos valores socialmente defendidos pode causar prejuízos irreparáveis para o bem estar ou saúde do menor.

Conclui-se que, há necessidade de maior regulamentação da matéria em questão, seja pela via legislativa ou jurisprudencial, para reforçar o caráter repressivo e, principalmente, o preventivo da aplicação do instituto da responsabilidade civil do fornecedor (ou demais agentes que atuem com dolo ou culpa na veiculação de mensagem publicitária). Há um controle disperso, dividido entre Ministério de Justiça, Procon e o Ministério Público.

Faz-se necessário exigir do Poder Público o estabelecimento de marcos jurídicos mais rígidos e objetivos de proteção à criança e seus interesses, como já é realidade em diversos países desenvolvidos (Países como Canadá, Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, Noruega, Irlanda, e Suécia, entre outros, já têm leis que restringem ou proíbem publicidade infantil ).

Isso poderá ocorrer tanto por promulgação de lei específica para tutelar o tema, que trouxesse em seu corpo normativo parâmetros mais objetivos (e com força cogente), pela via jurisprudencial, já que é função do juiz integrar a norma e aplicá-la para melhor alcançar sua finalidade de coibir ilícitos (frise-se, uma aplicação mais objetiva na identificação do dano e sua quantificação), ou até mesmo pela mudança de conscientização da sociedade, fornecedores e operadores do Direito de que a evolução é necessária, para se alcançar a tutela plena dos interesses do menor, de forma legítima, sob a ótica pretendida pela CRFB/88.

## REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.janela.com.br/textos/Auto-Regulamentacao.html>>. Acesso em: 23 nov. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Código de Proteção e 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 nov. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2013.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva contra a criança*. Curitiba: Juruá, 2006.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ROSSATO, Luciana Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14.
- SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. *Publicidade enganosa e abusiva*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11909](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11909)>. Acesso em 14 jan 2014.