

## -RELATÓRIO DO CASO "OVOS DE PÁSCOA"



### • Problema:

O uso de publicidade "sedutora", direcionada a crianças, em que se induz o consumo excessivo de alimento rico em açúcares e gorduras (chocolate), por meio de artifícios (brindes atrelados ao produto principal). A criança ao ficar iludida e maravilhada com a promessa publicitária enganosa e abusiva passa a consumir em excesso o chocolate, não porque possui plena vontade, mas devido ao desejo criado pela campanha de se obter o brinquedo que acompanha o ovo de chocolate, que é menos ressaltado do que o brinde em si. Todavia, além de utilizar-se de táticas ardilosas e extremamente danosas ao consumidor infantil, a publicidade em tela ainda se beneficia da saúde deste, uma vez que ao induzir o consumo excessivo do produto no anúncio prejudica, na mesma proporção, o bem-estar e a mentalidade saudável das crianças, que com o consumo desenfreado podem, a longo prazo, apresentar problemas de saúde como obesidade, diabetes, doenças arteriais, do coração, entre outras.

Trata-se, além de um caso de publicidade enganosa e abusiva, segundo os moldes definidos pelo CDC, de publicidade clandestina, na qual o intuito é vender o chocolate, contudo a mensagem publicitária estando voltada para o brinde acaba omitindo esse verdadeiro intuito, o que é extremamente prejudicial para o consumidor infantil que possui discernimento reduzido. A publicidade nesse caso deve ser o mais clara possível sem a utilização de artifícios, de forma que o "consumidor médio" possa entender o verdadeiro conteúdo e, conseqüentemente, o intuito publicitário.

Pelo fato de a criança ser o alvo da publicidade em tela e, portanto, possuir certa deficiência de julgamento e experiência da realidade de forma a prejudicar o real entendimento de uma publicidade como esta, maquiada pela sobreposição do brinde em relação ao produto principal, a criança acaba consumindo um excesso de chocolate devido a euforia de comprar o brinde, ou os brindes, para colecioná-los ou pelo simples prazer de tê-los. Tudo isso devido ao jogo sujo de marketing empregado pela publicitária. A criança sendo hipossuficiente merece uma proteção a mais.

Diante desse quadro, a situação da venda casada, também altamente empregada nesse tipo de publicidade, fica pequena e até supérflua perto dos danos superiores causados por outras técnicas ardilosas. Põe-se em dúvida o que realmente está sendo vendido: o brinde ou o ovo? Qualquer criança responderia, com certeza, o brinde.

### • Princípios

No caso em tela alguns dos princípios consagrados na doutrina foram feridos, entre eles:

- a) **Princípio da identificação:** é a necessidade de o público destinatário do anúncio poder identificá-lo como tal. No caso não se verifica, pois as crianças, impressionadas com as características do brinde anunciado, compram o ovo não pelo chocolate, mas por causa do brinquedo. Assim elas

não percebem que o verdadeiro intuito publicitário é a venda de chocolate ou pelo menos deveria ser, mas é camuflada com a sobreposição do brinde.



b) **Princípio da veracidade:** O fornecedor, segundo esse princípio, deve informar os dados fáticos, técnicos e científicos que envolvem a publicidade e o produto que será vendido, o que não ocorre no caso em tela porque as quantidades de açúcares, gorduras e outros nutrientes, bem como os males trazidos pelo consumo excessivo do ovo de páscoa não são informados.

c) **Princípio da ordem pública:** a publicidade por ser enganosa, abusiva e clandestina fere a ordem pública, uma vez que visa lesionar, e não resguardar a criança, que sofre muito com as práticas publicitárias abusivas, devido a sua fragilidade de discernimento, como também sua fragilidade física, que será abalada com a apologia ao consumo em excesso, prejudicial à sua saúde se consumido dessa forma.

## • Legislação

1) **CDC, art. 2º:** *Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*

**Parágrafo Único.** *Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.*

No caso em tela, o alvo da publicidade, que está sendo apurada, é a criança. Esta, por sua vez, representa uma coletividade determinável, pois os vícios contidos na publicidade analisada podem ser reconhecidos por um consumidor adulto, e que está sendo lesionada com tal prática, sendo, portanto, pertinente a instauração do presente PPIC e a interferência do MP como órgão protetor dos interesses difusos e coletivos.

Ademais, “o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do Código do Consumidor é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se, assim, abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou, então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos e serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que se possam obter a justa e mais complexa possível reparação dos responsáveis”<sup>1</sup> (grifo nosso).

Assim, estabelece-se que os possíveis lesados pela prática abusiva de publicidade envolvida na venda de ovos de páscoa são tanto as crianças que, efetivamente, compram tais produtos, como também aquelas que apenas submetem-se a veiculação da publicidade, sendo, portanto, toda e qualquer criança suscetível aos vícios contidos na prática publicitária, elevando esse grupo ao patamar de

<sup>1</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 2000.

consumidores em potencial. Logo, a publicidade abusiva alvo do PPIC atinge o direito de um número indeterminado de titulares, pois engloba também consumidores infantis em potencial.



**2) CDC, art. 4º, "caput" e incisos I, II, "d" e III:** *A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus direitos econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*

- I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;*
- II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:*
  - (...) d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;*
- III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;*

Como vimos, o ordenamento jurídico resguarda a segurança e saúde dos consumidores, tendo em vista que representam a parte vulnerável da relação de consumo. Em se tratando do consumidor infantil, a proteção a sua saúde e segurança deve ser ainda maior, uma vez que, a sua fragilidade aqui é contabilizada em dobro: é consumidor e criança, condições que caracterizam uma enorme e desarrazoada hipossuficiência. Logo, a publicidade que se aproveita dessa situação, como é o caso daquela envolvendo ovos de páscoa, deve ser banida, pois põe em risco a saúde e segurança de pessoas que se tornarão consumidoras em potencial no futuro.

A publicidade em tela, ao sobressaltar as características do brinde atrelado ao produto principal, além de estar mascarando o verdadeiro intuito publicitário, que é a venda do produto principal e não o acessório, induz o consumidor mirim em erro, uma vez que este ao se encantar com as maravilhas oferecidas pelo brinde vindo no interior dos ovos de páscoa, sem notar a tática utilizada pelo publicitário, passa a consumir em excesso e desnecessariamente um produto que é rico em açúcares e gorduras, e, que porventura pode trazer danos a sua saúde. No entanto, esta não é tida como principal preocupação das empresas publicitárias, uma vez que a principal meta visada por elas é o lucro obtido com a venda daqueles ovos de páscoa.

Isso precisa tudo mudar, já que o diploma legal do consumidor visa proteger este em face a sua vulnerabilidade no mercado de consumo no qual se encontra inserido, bem como os padrões mínimos e necessários de segurança dos produtos oferecidos pelo mercado, de forma não desestabilizar o vínculo entre consumidor e fornecedor.

A boa-fé deve estar presente também nessa relação "conturbada", pois o ordenamento visa a proteção do consumidor vulnerável e hipossuficiente, o que, no entanto, não se verifica no caso em questão, porque é nítida a má-fé das empresas de chocolate ao tentar mascarar as vendas dos ovos de páscoa e, assim, aumentá-las de forma desproporcional e às custas da fragilidade do consumidor alvo da campanha publicitária, por meio de brindes, que às vezes apresentam características superiores e sobressalentes ao alimento e podem chegar, até mesmo, a custar mais que o produto em si!!! Evidencia-se, portanto, o abuso contido na publicidade.

**3) CDC, art. 6º, incisos I, III, IV e VI:** *São direitos básicos do consumidor:*

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

(...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

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

(...) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;



Tendo em vista o artigo em pauta, podemos concluir que a publicidade envolvendo ovos de páscoa fere alguns dos direitos básicos do consumidor, no caso infantil.

O primeiro deles está relacionado ao inciso I, do art. 6º do CDC, uma vez que, a prática abusiva da publicidade que visa à venda do produto fornece risco à saúde do consumidor mirim, pois induz esse ao consumo excessivo de chocolate, que é um alimento extremamente calórico e rico em gorduras e açúcares, que se consumidos em excesso podem acarretar em problemas como obesidade infantil, diabetes, aumento da pressão arterial, colesterol (triglicéides), entre outros. O comercial veiculado para atrair as crianças está eivado de vícios, entre eles a alta valorização dada ao brinde que acompanha o produto, de forma que estimula o consumo excessivo e desnecessário daquele por causa da vontade criada no consumidor infantil, que não possui discernimento de poder perceber tal tática, em adquirir o brinde. Logo, a verdadeira causa da publicidade, que é vender o ovo de páscoa, acaba ficando em segundo plano e sendo mascarada e beneficiada pela utilização do brinde, o que não pode ser visto como um artifício de boa-fé.

Além disso, pode-se observar que a publicidade não se utiliza da prática de um ato que poderia beneficiar o consumidor, que é aquela prevista no inciso III do art. 6º do CDC, ou seja, a informação por parte do anunciante das quantidades de gorduras e açúcares presentes no alimento vendido, bem como as conseqüências (efeitos colaterais) que podem ser apresentadas caso o produto seja ingerido em excesso. Isso poderia ser feito não de maneira implícita, como comumente é feito hoje em dia em que informações que podem afastar os consumidores da compra do produto anunciado são postas em notas de rodapé, em letras minúsculas e em cor dificilmente perceptível, mas de maneira expressa, ou até mesmo educativa, uma vez que, estamos tratando de crianças, categoria consumidora que merece ainda mais uma atenção especial. Podemos exemplificar o caso com o anúncio de um brinquedo que explique, por meio de imagens, sons, ou outro meio parecido, que caso seja utilizado de maneira excessiva poderá trazer enjôos ao usuário, como no caso de cordas, videogames, gira-gira, etc. Tudo isso porque é direito do consumidor a veiculação de publicidade clara e precisa, de forma que possa influenciar no seu poder de escolha.

Outro tópico de extrema importância que merece ser destacado no PPIC é a utilização de propaganda abusiva e clandestina pelas empresas responsáveis pela divulgação de ovos de páscoa. Isso porque, a propaganda contém vícios que devem ser sanados de modo a não atingir mais o público-alvo que é frágil em relação às práticas abusivas.

Entende-se que “a publicidade clandestina, oculta ou dissimulada pode ser, com algum esforço, percebido pelo destinatário, embora a mensagem omita, deliberadamente, seu intuito publicitário. É o caso de reportagens sobre férias, passeios, cuidados com a saúde, e tantos outros temas que, em meio à matéria jornalística,

disfarçam mensagens publicitárias sobre hotéis, produtos, clínicas de tratamento, etc. (grifo nosso). Nesse caso, a publicidade relacionada à venda de ovos de páscoa encaixa-se perfeitamente, podendo então ser considerada um tipo clandestino de publicidade pois a mensagem principal, que é a venda de chocolate, é disfarçada pelos brindes vindos conjuntamente com o produto, de forma que somente com muito esforço do consumidor infantil é que se pode perceber que por trás do brinde está regulada a venda do ovo de chocolate. Isso, já e inadmissível ao consumidor adulto, sendo ainda mais enganado e manipulado e não possui o mesmo senso de escolha e discernimento que um adulto!!!

Ademais, podemos ainda afirmar que tal publicidade ainda é enganosa, pois conforme entende-se a doutrina majoritária "é aquela que, por qualquer forma, induza em erro ou seja suscetível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afeta e cujo comportamento econômico pode afetar, em virtude de seu caráter enganador, ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente"<sup>3</sup> (grifo nosso). Nesse caso, a publicidade pode ser considerada dessa espécie, pois induz em erro a criança, ao tentar disfarçar o verdadeiro intuito publicitário pela utilização de artifícios, como, por exemplo, brindes e a utilização de personagens conhecidos no universo infantil, fazendo com que aquela primeiro perceba o acessório para comprar, sem decididamente querer o que acompanha este, ovo de páscoa. Além de forçar a compra por tabela deste produto, a responsável pela publicidade induz ao consumo desnecessário de chocolate, alimento rico em nutrientes, que se consumidos em excesso podem ser prejudiciais à saúde, uma vez que, o consumo é direcionado primeiramente ao brinde e não ao produto principal em si.

Tais práticas são, portanto, abusivas, por que além de utilizar-se de artifícios de má-fé, aproveita-se da deficiência de julgamento e experiência do público-alvo da campanha publicitária.

Logo, as empresas responsáveis pela publicidade relacionada a ovos de páscoa devem ressarcir os danos causados pela utilização de práticas abusivas, utilizadas por vários anos durante a época da Páscoa, pois inúmeras crianças sofrem com tais práticas efetivamente ou estão sofrendo os seus efeitos no caso de doenças decorrentes do consumo excessivo de chocolates e já apontados anteriormente.

Nesse sentido, a jurisprudência entende: (Procurar Jurisprudência).

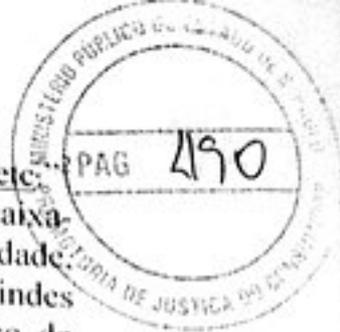
**4) CDC, art. 8º:** *Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.*

**Parágrafo único.** *Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produtor.*

A campanha publicitária em questão acarreta riscos ao público infantil a partir do momento que induz este ao consumo excessivo e reiterado de um produto rico em nutrientes que podem trazer danos a saúde. Podemos observar então que nesse caso o

<sup>2</sup> LOPES, Maria Elizabete Vilaça. *O Consumidor e a Publicidade*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

<sup>3</sup> LOPES, Maria Elizabete Vilaça Alves. *O Consumidor e a Publicidade*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.



risco à saúde do consumidor não é normal e previsível de sua normal fruição, uma vez que, não é o consumo moderado que irá trazer em curto prazo o desenvolvimento de doenças relacionadas ao consumo, o que somente ocorre quando há a propagação do consumo reiterado e dissimulado do produto como é o caso.

Logo, devem as empresas responsáveis pela publicidade dos ovos de páscoa fornecer as possíveis conseqüências do consumo exagerado de chocolate, indicando as possíveis alterações no organismo infantil, bem como auxiliar na conscientização do consumo adequado e moderado do alimento de forma educacional, pois o público-alvo da campanha necessita de tal educação devido a sua fragilidade física e legal.



**5) CDC, art. 12, "caput":** *O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.*

Tendo em vista este artigo podemos responsabilizar as empresas responsáveis pela publicidade abusiva e enganosa concernente aos ovos de páscoa, pois danos foram causados as crianças por um defeito no acondicionamento desses produtos, bem como a insuficiência de informações quanto ao uso racional e saudável daqueles. Os danos poderão ser analisados através da apresentação da estatística relativa ao crescimento do número precoce de crianças com diagnósticos de doenças como diabetes, colesterol e problemas de pressão arterial, todas associadas ao consumo exagerado e dissimulado difundidos por empresas que trabalham no setor alimentício e que precisam lucrar em cima do consumo, sem, contudo, se importarem com as condições de saúde de seu público-alvo.

**6) CDC, art. 14, "caput":** *O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

A responsabilidade civil das empresas que optam por trabalhar com a publicidade enganosa e abusiva é **objetiva** segundo o CDC, não sendo necessário a comprovação do dano ou da existência de culpa, uma vez que, nesse caso é visível e inescusável, tendo em vista o número de vítimas infantis que poderão ter sua saúde abalada com tal prática.

**7) CDC, art. 18, § 6º, incisos II e III:** *São impróprios ao uso e consumo:*  
*(...)* II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos, ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;  
III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados para ao fim a que se destinam.

A partir do momento em que a campanha publicitária utiliza-se de artifícios enganosos e abusivos e que acabam indiretamente prejudicando a saúde dos consumidores, por meio de fraude, e, conseqüentemente, acaba desvirtuando o seu fim,

que deveria ser o consumo consciente e racionalizado, podemos afirmar que o consumo de ovos de páscoa pode ser impróprio para as crianças.

Além disso, o "fim a que se destina" citado pela lei está camuflado pela utilização de um brinde que se sobrepõe ao produto, quando destacado na campanha publicitária, e que muitas vezes possui valor de produção superior ao custo do ovo de páscoa, e que no fim acaba influenciando no preço de venda deste.

Sendo impróprio para o público infantil, devem as empresas responsáveis revogar a prática de fraudes, por meio do aproveitamento da deficiência de experiência de julgamento da criança e artifícios que recaem sobre estes, pois aquelas não só atingem-nas como consumidores, mas também a sua integridade física (saúde), algo que é tão importante quanto à proteção de práticas abusivas.

**8) CDC, art. 31:** *A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.*

Frente à disposição desse artigo, seria aconselhável às empresas responsáveis pela publicidade envolvendo ovos de páscoa que dispusessem informações tanto às crianças quanto aos seus responsáveis relativas a composição, quantidade e riscos apresentáveis a saúde dos consumidores de forma clara e precisa. Os artifícios utilizados impedem isso, ao contrário de se preocuparem com o bem estar daqueles que consomem os produtos, uma vez que a fragilidade apresentada no caso é dupla: fragilidade por ser consumidor e por ser criança. As artimanhas publicitárias poderiam, então, ser utilizadas para o bem, enquanto práticas educativas inovadoras, dispendo sobre a quantidade e composição do produto e os males que acarretaria caso consumido em excesso.

**9) CDC, art. 36, "caput":** *A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.*

Sabendo que o brinde vindo com o ovo de páscoa é destacado muitas vezes mais que o produto principal, de forma a induzir o maior consumo deste, e que esta prática não é assumida nem indicada pelo publicitário ao público-alvo, que mereceria, por ser consumidor e criança, maiores explicações sobre as técnicas publicitárias utilizadas, é evidente que a publicidade está longe de ser clara e direta.

Assim, deve a empresa publicitária se comprometer a mostrar com mais clareza seus objetivos, sem que estes se aproveitem de terceiros inocentes (crianças), tanto a nível intelectual quanto físico, o que ocorre no caso em tela.

Tudo isso deve ser aclarado ao consumidor infantil, pois este muitas vezes se perde em seu mundo inocente e imaginário sem se dar conta de distinguir o que é real ou ilusório, e a partir do momento em que se cria à criança a oportunidade de explorar um tipo de consumo consciente e não dissimulado, poderá dizer-se que haverá uma prática publicitária limpa e racional.

**10) CDC, art. 37:** *É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*

§1º *É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características,*



qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

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

A publicidade em questão é enganosa, por omissão, bem como abusiva. Além dessas classificações, a doutrina elenca outros tipos de publicidade: a clandestina e a subliminar, que serão explicadas mais adiante.

Primeiramente, é necessário explicar que a publicidade estudada é enganosa, uma vez que, induz o consumidor infantil em erro a respeito da natureza do produto que está sendo anunciado: ao invés de a empresa anunciar diretamente que a publicidade é realizada com o intuito de fornecer o chocolate às crianças, ela utiliza-se de subterfúgios, como é o caso, por exemplo, com o fornecimento de brindes, para promover a venda daquele produto, confundindo o consumidor, que não possui discernimento para visualizar tal prática, por meio do anúncio meramente do brinde, exaltando suas inúmeras qualidades, mas não do produto que realmente deseja ser vendido. Além disso, pode-se considerar que a publicidade induz ao erro a criança a partir do momento que não informa, adequadamente, as quantidades, tanto calóricas, quanto a de nutrientes, e a estimula, mesmo assim, a consumir de forma desenfreada o alimento anunciado, pois o brinde é tão atrativo aos olhos do consumidor que o faz comportar dessa maneira, sem, contudo informar detalhadamente o *quantum* consumido de calorias e nutrientes por aquela criança.

Em segundo lugar, pode-se dizer que a publicidade é enganosa por omissão porque "o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é"<sup>4</sup>. No caso em tela, fica evidenciado, por uma visível tática de *marketing*, que o anunciante não informa que o principal intuito é a venda do ovo de chocolate, mas deixa a entender que é a venda do brinde em si o verdadeiro intuito, induzindo dessa forma o desavisado e inocente consumidor infantil.

Nessa esteira, vale a pena ressaltar que "não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial ("capacidade de indução ao erro"); é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente (...) o *standard* de enganabilidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos)"<sup>5</sup>. Sendo, portanto, a **enganabilidade suficiente para afetar a capacidade de decisão de compra**, como ocorre no caso em tela, será aquela relevante, não importando, efetivamente, os efeitos reais da publicidade.

Logo, "a regra é, pois, que na caracterização da publicidade enganosa analise-se a natureza da mensagem publicitária e a **vulnerabilidade do consumidor**. Usa-se, portanto, um duplo critério de avaliação. O primeiro, *objetivo*, tem a ver com o conteúdo do próprio anúncio. O segundo, *subjetivo*, relaciona-se com o tipo de

<sup>4</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 2000.

<sup>5</sup> Idem.



consumidor atingido ou atingível. Por conseguinte, uma mensagem não enganosa em relação a um determinado alvo pode vir a sê-lo em função de outro público”<sup>6</sup>.

A publicidade é abusiva, por sua vez, pois se favorece de uma fraqueza apresentada pelo público-alvo, caracterizado pela sua deficiência e inexperiência. A doutrina entende que “abusivo seria aquilo que ofende a ordem pública (*public policy*), o que não é ético ou o que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores”<sup>7</sup>.

Portanto, com base na interpretação dada pela doutrina, podemos verificar que a publicidade estudada é abusiva, uma vez que atenta com a ordem pública, consistente na massa de consumidores atingidos com a veiculação do material publicitário, causando, assim um dano substancial aos consumidores infantis, e, é antiética, pois tenta se beneficiar de uma “deficiência” presumida em relação ao tipo de consumidor atingido.

Com efeito, “a noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em conseqüência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de uma certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo”<sup>8</sup>.

Em uma pesquisa realizada em 2000 pelo jornal *O Estado de São Paulo* foi possível determinar que as crianças somam mais de 14 milhões de consumidores ativos no Brasil, o que demonstra que a utilização de crianças em publicidade é uma realidade em nosso País. Hoje esse número é ainda maior. Tendo em vista essa realidade, as empresas não pouparam em evitar interagir com esse tipo de público, que por sua vez é uma opção bem lucrativa para os seus negócios, sem ao menos se preocupar com os métodos utilizados para “fisgar” esse público-alvo, o que ocorre no caso estudado. Contudo, “o Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados”<sup>9</sup>.

“Assim, tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores, etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade”<sup>10</sup>. Todavia, é exatamente o contrário disso que se verifica no caso em tela, em que a publicidade induz diretamente a criança a comprar o produto anunciado, por meio de artifícios convidativos, bem como instiga o consumidor infantil a persuadir seus pais para a aquisição do produto, forçando ao mesmo tempo que os atingidos pelo material publicitário comportem-se de forma *sui generis* e dissimulada das demais que não foram expostas àquele.

**11) CDC, art. 39, incisos I e IV: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços dentre outras praticas abusivas:**

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> FTC v. Sperry and Hutchinson Co., 405 U.S. 233 (1972).

<sup>8</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:*

*comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 2000.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem.



1 - *condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;*  
(...) *IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;*



**12) CDC, art. 63, "caput":** *Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade;*

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

**13) CDC, art. 66, "caput":** *Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços;*

*Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.*

**14) CDC, art. 67:** *Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva;*

*Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.*

**15) CDC, art. 68:** *Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança;*

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

Como se pode observar, face à tamanha recriação da publicidade enganosa e abusiva pelo ordenamento jurídico, somada a preocupação com o amplo resguardo do consumidor, o CDC tipifica como crime as condutas apresentadas pela anunciante no caso em tela, o que demonstra a grande reprovação em sua tentativa de enganar tal categoria de consumidor, extremamente frágil, e que merece ser punida por tanto.

## **Código de Auto-Regulamentação Publicitária**

### **Seção 11 - Crianças e Jovens**

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

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

e) associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;

f) empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;

# ... mas publicidade é informação?

Eugênio Bucci



É democrático estabelecer limites legais para as mensagens de publicidade? Ou será censura?

De tempos em tempos, essas perguntas vêm à tona. Agora, por exemplo. No mês passado, seria votado no Congresso Nacional, em regime de urgência, um projeto de lei, encaminhado pelo governo, que resultaria em restrições à propaganda de cerveja. De repente, por um acordo de parlamentares, a urgência foi retirada do projeto e, até agora, não há mais previsão de data para a votação. A manobra reacendeu as velhas perguntas. Uns invocam a liberdade de expressão e dizem que qualquer restrição é censura. Outros exigem que o Estado imponha limites. Quem tem razão?

Na semana passada, no dia 10 de junho, o debate ganhou novo fôlego com a realização do Primeiro Fórum Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária na Comunicação Social, em Brasília. Quem controla a publicidade? Quem protege a sociedade e as crianças de eventuais excessos dos comerciais? Organizado pela Comissão de Ciência e Tecnologia da Câmara dos Deputados, o fórum girou em torno da experiência de auto-regulamentação do Conselho Na-

cional de Auto-Regulamentação Publicitária (Conar), que completa 30 anos agora em 2008. Sem dúvida, a prática pioneira do Conar tem muito a ensinar aos comunicadores, mas não se pode esperar que o órgão dê todas as respostas. Sendo uma entidade enraizada no mercado anunciante, representa os interesses desse mercado. É uma parte, portanto. Nesse sentido, quando combate desvios ou abusos de alguns anúncios - e efetivamente os combate -, ele o faz para proteger, mais do que a sociedade em geral, a credibilidade da propaganda, ou, em outras palavras, para proteger o negócio da propaganda contra seus próprios abusos.

Nada de errado com isso, evidentemente. Trata-se de uma ação altamente educativa e legítima. Com efeito, é legítimo que dirigentes do Conar se insurjam contra qualquer tentativa de restringir a veiculação de anúncios. Defendem o vigor do mercado que representam, e fazem isso de boa-fé. E com bons argumentos. Alegam, por exemplo, que o direito de anunciar é a contrapartida do direito fundamental do consumidor à informação. Segundo advogam, qualquer restrição à propaganda agrediria, indiretamente, o direito fundamental à informação, constituindo uma modalidade de censura.

O argumento merece atenção. De fato, a tradição democrática assegura o direito do cidadão à informação. Esse direito só é uma garantia fundamental porque, desde o advento da democracia moderna, o

realiza quando a sociedade a conduz. A propaganda, quando a sociedade lhe obedece. São totalmente distintas.

É verdade que, não raro, o jornalismo se deixa seduzir pelo proselitismo - e, aí, afasta-se de seus ideais. Ainda assim, no entanto, mesmo se rebaixa nesse desvio, ele não se iguala à propaganda. O jornalismo, bom ou mau, aflora dos debates naturais do espaço público - refletindo versões, opiniões, doutrinas e narrativas diversas - e a ele retorna. Nasce da opinião pública e para ela se dirige. De outro lado, a propaganda se organiza como operação de venda, seus fins são comerciais, ela se dirige ao consumidor, não ao cidadão. O seu discurso é a fala do vendedor. Tanto que as mensagens publicitárias são difundidas em espaços e horários pagos: os anunciantes compram fragmentos do olhar e da atenção do público para oferecer a ele suas mercadorias. É óbvio que, se prestasse atendimento a algum direito do leitor ou do telespectador, a publicidade não teria de com-

**Seu discurso é a fala do vendedor, é interessado, parcial, unilateral**

prar minutos do seu olhar.

Em suma, por melhor que seja, a publicidade não se subordina ao direito fundamental à informação. Ela serve, sem nenhum demérito, aos ob-