



São Paulo, 01 de março de 2021

À

Promotoria da Infância e Juventude da Capital

Setor de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos

A/c: **Excelentíssimo Sr. Dr. Promotor de Justiça Wilson Ricardo Coelho Tafner**

Ministério Público do Estado de São Paulo

Rua Riachuelo, 115, Centro

São Paulo - SP

01007-904

Ref.: Ofício nº 228/21. Ação Civil Pública nº
1132354-36.2018.8.26.0100. SISMP nº
41.0522.0000046/2017-1.

Exmo. Sr. Dr. Promotor de Justiça de Direitos Humanos. Wilson Ricardo Coelho Tafner,

o **Instituto Alana**, por meio de seu programa **Criança e Consumo**, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., em razão do Ofício nº 228/21, recebido em 3.2.2021, apresentar **MANIFESTAÇÃO**, nos termos a seguir expostos.

I. Instituto Alana e programa Criança e Consumo.

O **Instituto Alana** é uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, que aposta em programas que buscam a garantia de condições para a vivência plena da infância. Criado em 1994, o **Instituto Alana** é mantido pelos rendimentos de um fundo patrimonial desde 2013 e tem como missão “honrar a criança”.

Para divulgar e debater ideias sobre as questões relacionadas aos direitos da criança no âmbito das relações de consumo e perante o consumismo ao qual são expostas, assim como para apontar meios de minimizar e prevenir os prejuízos decorrentes de todo e qualquer tipo de comunicação mercadológica e exploração comercial do público infantil, criou o programa **Criança e Consumo** em 2006.

Por meio do programa **Criança e Consumo**, o **Instituto Alana** procura disponibilizar instrumentos de apoio e informações sobre os direitos do consumidor nas relações de consumo que envolvam crianças e adolescentes e acerca do impacto do consumismo e da exploração comercial na sua formação, fomentando a reflexão a respeito da força que a mídia, a publicidade e a comunicação mercadológica dirigidas ao público infanto-juvenil, inclusive no âmbito digital, possuem na vida, nos hábitos e nos valores dessas pessoas ainda em formação.

II. Considerações iniciais sobre a Ação Civil Pública.

A ação civil pública neste procedimento referenciada foi proposta em dezembro de 2018 pelo i. Ministério Público do Estado de São Paulo em face da empresa Google Brasil Internet Ltda. (“Google”), detentora da plataforma de compartilhamento de vídeos YouTube, como resultado do inquérito civil nº 31/17, instaurado a partir de representação enviada pelo **Instituto Alana** à Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de São Paulo.

A ação contou com pedido de concessão de tutela antecipada em razão da prática de publicidade indireta (*merchandising*) direcionada a crianças por meio de canais de youtubers mirins e adolescentes.

Por meio da ação, o Ministério Público pleiteava: (i) a retirada de vídeos disponíveis na plataforma que estivessem em desacordo com a legislação vigente no país; (ii) a adoção de medidas de vigilância e de padrão de uso que impedissem o uso do YouTube como meio

de burla às normativas nacionais sobre publicidade infantil; (iii) o impedimento da monetização de vídeos que violassem os direitos infanto-juvenis; (iv) a inserção de cláusula, nos Termos de Uso do YouTube, que impedisse a veiculação de vídeos que afrontassem direitos de crianças e adolescentes; e (iv) a condenação da empresa ao pagamento de dano moral coletivo.

Nada obstante ter sido concedida a tutela antecipada pleiteada na inicial, determinando a retirada dos conteúdos dos endereços eletrônicos informados, o processo teve como resultado a realização de acordo entre Conar - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, que constava como *amicus curiae* no processo, Google e Ministério Público.

O termo de acordo assinado pelas partes prevê a elaboração de “Manual de Boas Práticas com foco em publicidade infantil no ambiente digital”, o qual ficou a cargo da empresa Google e do Conar. Conforme o termo, especificou-se que referido documento deveria conter “princípios norteadores da publicidade direcionada ao público infantil na internet, bem como casos hipotéticos ilustrativos que representem um rol exemplificativo de formas adequadas de comunicação publicitária com o público infantil”.

Em 18 de junho do ano de 2020 a empresa Google apresentou o “Guia de Boas Práticas para a Publicidade Online Voltada ao Público Infantil”, elaborado em parceria com o Conar.

III. Preliminarmente: da ilegalidade e nulidade do acordo firmado.

A. Da nulidade da transação firmada: do caráter indisponível conferido aos direitos difusos e coletivos.

De início, convém destacar que, conforme apontado anteriormente, o objeto da ação civil pública proposta pelo i. Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Google era, justamente, a tutela de interesses difusos de crianças contra a publicidade infantil amplamente disseminada na plataforma YouTube por meio de canais de youtubers mirins e adolescentes.

Afinal, por definição, nos termos do artigo 1º da Lei nº 7.347/1985, a ação civil pública é instrumento processual que tem por finalidade a reparação de danos a *interesses difusos e coletivos*.

Em paralelo, e de forma específica, o artigo 201, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹ aponta que a ação civil pública é o instrumento acertado “para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, §3º, inciso II, da Constituição Federal”².

E os direitos difusos e coletivos, cuja proteção pode ser buscada por meio de ação civil pública, têm uma característica essencial: são indisponíveis. Isso se extrai da leitura do artigo 127, caput, da Constituição Federal, o qual estipula a essência da finalidade e atuação do Ministério Público:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbindo-lhe a defesa** da ordem jurídica, do regime democrático e **dos interesses sociais e individuais indisponíveis**. (grifos inseridos)

Assim, justamente, explica o autor MOTAURI CIOCHETTI DE SOUZA³, segundo quem “o Ministério Público somente poderá propor ação civil pública em defesa de interesses difusos ou coletivos *indisponíveis*” (destaque original).

Aqui, especificamente sobre a proteção da infância, não se pode deixar de trazer o artigo 227 da Constituição Federal. Segundo HUGO NIGRO MAZZILLI⁴, os principais direitos e interesses sociais relacionados e afetos a crianças estão elencados no referido dispositivo, cuja “indisponibilidade é sua nota predominante”. Dispõe a nossa Carta Magna:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

¹ “Art. 201 Compete ao Ministério Público: (...)

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;”.

² “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...)

§ 3º Compete à lei federal: (...)

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”.

³ DE SOUZA, Motauri Ciochetti. Ação Civil Pública e Inquérito Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p 69.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://mazzilli.com.br/pages/artigos/mpnoeca.pdf>. Acesso em 19.2.2021.

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Direitos indisponíveis, por definição, são direitos comuns de dimensão social, pertencente a todos e a ninguém ao mesmo tempo.

Assim, na medida em que correspondem a interesses da sociedade ou de parte dela, aos quais já é conferida ampla proteção pelo ordenamento jurídico, são direitos que se encontram em situação de descompasso entre quem tem sua titularidade e quem tem legitimidade ativa para defendê-los em juízo.

Esse fenômeno reforça sua indisponibilidade configurando-os enquanto categoria especial de direitos, cujo interesse público de efetiva proteção torna-os, além de indisponíveis, irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis por parte de seus próprios titulares.

Disso, conclui-se que, em razão da natureza indisponível dos direitos difusos e coletivos, concernentes a sujeitos indeterminados e a interesses sociais que têm como titulares toda uma coletividade, não se pode admitir a realização de transação que as tenha como objeto em sede de ação civil pública.

Isso porque a transação é um instituto por meio do qual as partes abdicam de parte de seus direitos e pretensões, buscando chegar a um denominador comum que venha a solucionar o litígio. Nos termos do art. 840 do Código Civil, trata-se de negócio jurídico que implica na realização de concessões recíprocas entre as partes:

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Entretanto, se é essa a regra aplicável nos litígios intersubjetivos, nos quais as partes cedem em relação a posições jurídicas que lhes tocam de maneira pessoal e direta, outra realidade se apresenta nos litígios de jurisdição coletiva. Nesses casos, como aponta RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO⁵, o objeto é indivisível e tomado em dimensão expandida, concernente a sujeitos indeterminados e a interesses sociais que têm como titulares toda uma coletividade.

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar / Rodolfo de Camargo Mancuso. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

Não à toa, o Código Civil é expresso ao afastar a possibilidade de transação sobre direitos indisponíveis. Segundo seu artigo 841⁶, somente podem ser objeto de transação “direitos patrimoniais de caráter privado”.

Pelos termos do acordo, acordou-se por transigir direitos indisponíveis – qual seja, a tutela de interesses difusos de crianças contra a exploração comercial infantil amplamente disseminada na plataforma YouTube por meio de canais de youtubers mirins e adolescentes –, o que configura a nulidade do negócio jurídico, em razão de ilegalidade.

Ainda, destaca-se o fato de que tal acordo foi realizado em processo que tramitou em segredo de justiça, sem a participação plural de terceiros interessados da sociedade, mesmo após o pedido de ingresso como *Amicus Curiae* por parte do Instituto Alana, o qual não foi apreciado.

B - Da nulidade da transação firmada: disposição do conteúdo material da demanda.

Ademais, o acordo homologado em juízo, além de submeter direitos indisponíveis à transação, também falha em proteger, efetivamente, as crianças das ações de publicidade abusiva realizadas na plataforma YouTube, as quais, inclusive, tinham sido devidamente comprovadas pelo i. Ministério Público do Estado de São Paulo em sede de inicial. Isso porque, por meio do termo de acordo, se manteve a possibilidade de direcionar a crianças publicidade abusiva disfarçada de conteúdo de entretenimento.

É dizer: a matéria pactuada no termo de transação não só é insuficiente, mas, em realidade, oposta à causa de pedir e aos pedidos da ação civil pública em que se inseriu.

Dessa forma, a transação pactuada em nenhuma medida previne ou põe fim ao litígio versado na ação civil pública, uma vez que seu objeto não se comunica diretamente com o objeto da controvérsia. Conseqüentemente, tem-se que a transação em nenhuma escala faz cessar a lesão do interesse difuso.

Trata-se, portanto, de transação que padece de vício insanável, facilmente percebido diante de um exercício comparativo entre a causa de pedir e os pedidos da petição inicial da Ação Civil Pública e os termos da transação.

⁶ “Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.”.

A petição inicial do i. Ministério Público parte do pressuposto de que toda publicidade direcionada ao público infantil veiculada por youtubers mirins é ilegal e abusiva, pois se aproveita da hipervulnerabilidade das crianças, argumento este referendado na decisão referente à tutela antecipada.

A partir do arrolamento de exemplos de diversos vídeos de youtubers mirins nos quais há comunicação mercadológica dirigida ao público infantil, a peça frisa, em diversos momentos, que a prática importa em expressa violação ao artigo 227 da Constituição Federal; aos artigos 3º, 4º, 5º, 15, 17, 18 e 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigos 6º, IV, VI; 36; 37, § 2º; e 39, IV do Código de Defesa do Consumidor; artigo 5º do Marco Civil da Primeira Infância; Resolução 163 do Conanda; e Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

“é inegável que a comunicação mercadológica como a propiciada pelas empresas através dos Youtubers mirins é abusiva, uma vez que desrespeita a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento atinente a crianças e adolescentes, espectadores dos Youtubers mirins, desrespeitando, assim, este mercado consumidor ao valer-se de sua hipervulnerabilidade para realizar venda de produtos” (fls. 15 da ACP) (grifos inseridos).

“Patente a abusividade da publicidade promovida pelas empresas através dos Youtubers mirins, uma vez que se aproveitam da deficiência de julgamento e da inexperiência das crianças e dos adolescentes” (fls. 16 da ACP) (grifos inseridos).

“Desse modo, as empresas que utilizam da ação de Youtubers mirins para divulgar a sua marca e os seus produtos encontram-se em desacordo com o estabelecido na referida Resolução, inclusive ao se valer de crianças e de adolescentes que são celebridades com forte apelo ao público infantil, como é o caso dos Youtubers mirins” (fls. 17 da ACP) (grifos inseridos).

“a prática de publicidade indireta por meio da ação de Youtubers mirins viola diversos direitos atinentes às crianças e aos adolescentes na condição de consumidores, cabendo a toda a sociedade zelar para que tais violações cessem, de forma a efetivamente propiciar proteção integral, em respeito à Constituição Federal, ao Estatuto da Criança e do Adolescente e ao Código de Defesa do Consumidor” (fls. 19 da ACP) (grifos inseridos).

Destaca-se que a petição inicial aponta expressamente que a lista de casos de publicidade infantil arrolada na inicial não seria exaustiva. Ou seja, que todas as outras produções de youtubers mirins nas quais há direcionamento de publicidade a crianças também estão abarcadas na ilegalidade e abusividade apontadas na petição inicial, compondo o objeto do litígio:

“É importante consignar que os vídeos acima indicados não excluem outros vídeos em que Youtubers mirins realizam publicidade indireta nem os Youtubers indicados acima excluem outros Youtubers mirins que realizam a mesma prática” (fls. 32 da Ação Civil Pública)

Não à toa, este i. Ministério Público concluiu que “tratando-se de publicidade abusiva, não se pode permitir que vídeos dessa natureza permaneçam violando direitos atinentes às crianças e aos adolescentes” (fls. 20 da ACP).

O objeto da ação civil pública é a ilegalidade da prática de publicidade direcionada ao público infantil veiculada em vídeos de youtubers mirins no ambiente digital. A demanda, assim, baseada em dispositivos constitucionais e legais, pretendeu proteger os direitos difusos de crianças em face desse tipo de estratégia de comunicação mercadológica, em reconhecimento à sua condição de hipervulnerabilidade.

Em paralelo, a transação originou o “Acordo de Boas Práticas em Publicidade Infantil”, com foco em publicidade infantil no ambiente digital.

Pois bem. Nos termos do item 1.1 da transação, “o Manual conterà princípios gerais norteadores da publicidade direcionada ao público infantil na internet, bem como casos hipotéticos ilustrativos que representem um rol exemplificativo de formas adequadas de comunicação publicitária com o público infantil”.

Fica evidente, da leitura de tal item, que o Manual parte de pressuposto completamente diferente daquele da petição inicial e enseja disposição do conteúdo material da demanda, pois **a própria indicação de que o documento reunirá práticas adequadas de publicidade infantil significa que ele desconsidera a ilegalidade e abusividade inerentes à prática nas quais se fundou a ação civil pública.**

Destarte, a rápida comparação dos trechos e pedidos da petição inicial acima transcritos com os termos da transação deixa evidente a inexistência de identificação entre o objeto do litígio e o da transação.

Em outras palavras: de um lado, o intuito da ação civil pública é fazer cessar a prática ilegal e abusiva de publicidade direcionada ao público infantil por meio de youtubers mirins, e, por outro lado, a transação pretende reunir o que chama de boas práticas de

publicidade direcionada ao público infantil no ambiente digital, práticas estas realizadas amplamente nos canais de youtubers na mesma plataforma.

O Manual previsto na transação opera em negação ao objeto da ação civil pública e da legislação vigente apontada na petição inicial. Ademais, não atende a nenhum dos pedidos da inicial, justamente porque não estipula nenhuma ação que pretenda acabar com a veiculação de publicidade dirigida ao público infantil no ambiente digital – ou, mais especificamente, no YouTube, em conteúdos produzidos por youtubers mirins e adolescentes.

Nota-se que, além de submeter direitos indisponíveis à transação e não se prestar a proteger as crianças das ações de publicidade infantil no YouTube, **o termo de acordo desrespeita o próprio conceito de transação, disposto no Código Civil.**

Isso porque, como já apontado acima, da definição do instituto da transação, previsto no artigo 840 do código, extrai-se que **qualquer transação deve pretender a prevenção ou solução do litígio no qual se insere.** O objeto de uma transação, além de possibilitar a autocomposição, deve, conceitualmente, comunicar-se de forma direta com a controvérsia a qual irá por fim.

Ocorre que o termo de acordo firmado não encerra o litígio veiculado na ação civil pública, posto que não funciona como instrumento capaz de fazer cessar a violação aos direitos difusos que a demanda pretende coibir. Ao contrário disso, o referido acordo pode ser um óbice para futuras demandas que busquem a responsabilização adequada de violações aos direitos de crianças e adolescentes no âmbito da plataforma digital, especialmente por prever no item 3. "a mais ampla e irrestrita quitação, para nada mais reclamar relativamente aos fatos e pedidos envolvidos na Ação Civil Pública, mais especificamente, porém não limitadamente, o uso da plataforma YouTube para a veiculação de publicidade direcionada ao público infantil".

Assim, em realidade, o termo de acordo abre brecha para a perpetuação de violações aos direitos do hipervulnerável público infantil no YouTube e, conseqüentemente, para a proliferação de litígios sobre o assunto, na medida em que desafia a fundamentação e os pedidos da petição inicial deste i. Ministério Público ao supor que existem práticas de publicidade infantil no ambiente digital que seriam adequadas.

Conclui-se, então, que os termos da transação não atendem, em nenhuma medida, aos pedidos da petição inicial da ação civil pública e se opõem aos próprios fundamentos da peça.

Dessa forma, o acordo firmado, além de importar em renúncia a direitos indisponíveis, tampouco serve como instrumento eficiente a solucionar o litígio em que se inseriu ou prevenir outros da mesma natureza, o que importa em insanável padecimento por vício de ilegalidade.

IV. Da ilegalidade da prática de publicidade direcionada ao público infantil.

Antes de passar aos termos do Manual previsto no acordo firmado em sede da ação civil pública, é importante que se discorra brevemente sobre a abusividade e consequente ilegalidade da prática de publicidade direcionada ao público infantil, inclusive no ambiente digital, sendo essa a que ensejou a propositura da ação civil pública, por este i. Ministério Público, e também o objeto do termo de transação aqui referido.

A criança, em razão de sua peculiar condição de desenvolvimento, deve ter assegurada a proteção de seus direitos com absoluta prioridade, em respeito à sua proteção integral e melhor interesse da criança. Diante disso, a legislação brasileira vigente proíbe a publicidade direcionada a crianças, considerando-a abusiva, tendo em vista que a proteção da infância é um valor social que precisa ser respeitado, inclusive nas relações de consumo.

A ilegalidade da publicidade que tem as crianças como público-alvo é o resultado de uma interpretação sistemática de diversos dispositivos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo 227 da Constituição Federal prevê a responsabilidade compartilhada entre família, sociedade e Estado de prever às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, diversos direitos, dentre eles a salvaguarda da exploração.

A prioridade absoluta conferida garante que a proteção desse grupo de pessoas deve ser sobreposta a quaisquer outros interesses, em especial, aos interesses exclusivamente comerciais como os que orientam a veiculação de publicidade dirigida ao

público infantil. Não é o caso, portanto, de qualquer mitigação, sopesamento ou atenuação dos referidos direitos.

Nesse sentido, a concretização das diretrizes constitucionais e infraconstitucionais que defendem a infância, em relação a regulação da publicidade infantil no ordenamento jurídico brasileiro é feita pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) em seus artigos 36, 37, § 2º, e 39, inciso IV, e pela Resolução nº 163 de 2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.

O artigo 37, §2º⁷ do CDC estabelece que a publicidade direcionada a crianças é abusiva, portanto ilegal, na medida em que se aproveita de sua deficiência de julgamento e experiências. Além disso, o art. 36⁸ acolhe o princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária, de maneira que o destinatário possa facilmente identificá-la.

Já o artigo 39, IV, do CDC proíbe práticas de fornecedores que buscam convencer o consumidor valendo-se de suas fraquezas ou ignorância em razão de sua idade ou conhecimento⁹.

Isso posto, deve-se ter em consideração que as crianças entre 6 e 8 anos de idade não diferenciam publicidade do conteúdo de entretenimento e não possuem o discernimento necessário para distinguir ficção de realidade. Entre os 8 e 12 anos, a criança possui capacidade de diferenciar esses conteúdos, mas não entende o caráter persuasivo da publicidade, nem consegue absorver com olhar crítico a mensagem comercial¹⁰¹¹. Isso significa que são mais facilmente influenciadas por esse tipo de estratégia.

⁷ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...)”

§ 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.”

⁸ “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

⁹ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)”

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;”

¹⁰ Parecer elaborado pelo Professor Yves de La Taille sobre PL 5921/2001 a pedido do Conselho Federal de Psicologia, ‘A Publicidade Dirigida ao Público Infantil – Considerações Psicológicas’. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/10/cartilha_publicidade_infantil.pdf. Acesso em 22.2.2021.

¹¹ Children and television advertising – Swedish Consumer Agency Erling Bjurström, sociólogo contratado pelo Governo Sueco em 1994-95. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/1994/02/Children-and-television-advertising.pdf>. Acesso em 22.02.2021.

Ainda, a Academia Americana de Pediatria se posicionou em julho de 2020 de forma a rechaçar as estratégias de marketing e publicidade infantil no ambiente digital, ressaltando que:

"As evidências sugerem que a exposição à publicidade está associada a comportamentos não saudáveis, como ingestão de alimentos e bebidas com alto teor calórico e baixo teor de nutrientes; uso de produtos do tabaco e cigarros eletrônicos; uso de álcool e maconha; e bronzeamento artificial. As crianças são especialmente vulneráveis aos efeitos persuasivos da propaganda por causa de suas habilidades imaturas de pensamento crítico e inibição de impulsos. Crianças e adolescentes em idade escolar podem ser capazes de reconhecer a publicidade, mas muitas vezes não conseguem resistir a ela quando ela está inserida em redes sociais confiáveis, incentivada por influenciadores de celebridades ou entregue junto com conteúdo personalizado. Este posicionamento público expressa preocupação com a prática de rastrear e usar o comportamento digital de crianças para informar campanhas de marketing direcionadas, o que pode contribuir para disparidades de saúde entre crianças ou populações vulneráveis."¹² (tradução livre)

A Resolução nº 163 de 2014 do Conanda, ao considerar abusivo o direcionamento de comunicação mercadológica à criança, detalhando o conceito e as características da prática, acaba por reunir em uma só norma, portanto, aquilo que diversos ditames legais vigentes já expressam.

Por isso, toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas, direcionada a criança é abusiva e, portanto, ilegal.

V. Considerações acerca do “Guia de Boas Práticas para a Publicidade Online Voltada ao Público Infantil”.

A - Considerações iniciais sobre o documento.

A par dos argumentos elencados anteriormente, sem que se represente contrariedade ao entendimento exposto, em resposta à solicitação de sugestões recebida desta i. Promotoria de Justiça, passa-se a analisar o conteúdo do Manual “Guia de Boas

¹² Digital Advertising to Children. Jenny Radesky, Yolanda (Linda) Reid Chassiakos, Nusheen Ameenuddin, Dipesh Navsaria and COUNCIL ON COMMUNICATION AND MEDIA. Pediatrics July 2020, 146 (1) e20201681; DOI: <https://doi.org/10.1542/peds.2020-1681> Disponível em: <https://pediatrics.aappublications.org/content/146/1/e20201681>. Acesso em: 26.2.2021.

Práticas para a Publicidade Online Voltada ao Público Infantil”, gerado como consequência do acordo firmado em sede da ação civil pública aqui referenciada.

O Guia é destinado a anunciantes, agências, influenciadores e demais atores que fazem parte do ecossistema da publicidade digital. Nos termos da transação, seu objetivo é servir de baliza para o desenvolvimento de “materiais críticos voltados ao público infantil em ambiente online” e se estrutura em cinco itens.

O primeiro destaca que a publicidade direcionada a crianças não deve ter como objeto produtos cujo uso por essa faixa etária é considerado inadequado (como álcool¹³ ou armas de fogo¹⁴) - indicação que já se constitui enquanto boa prática de mercado -, bem como que a publicidade direcionada a crianças deve ser identificável, em reprodução à determinação do artigo 36 do CDC.

No segundo e terceiro itens, o Guia destaca a supervisão das atividades digitais de uma criança por seu pai ou responsável deve ser fomentada, e também, a partir de inequívoca conclusão que se extrai do artigo 14 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e dos artigos 3º e 4º do Código Civil, que a participação de crianças e adolescentes em sorteios ou downloads na internet deve ser condicionada à autorização parental. Ambos os itens, conseqüentemente, entregam quase unicamente a mães, pais e familiares em geral o papel de proporcionar a pessoas com menos de 18 anos uma experiência digital positiva.

Já o quarto tópico aborda a importância da proteção dos dados pessoais das crianças e adolescentes e o tratamento diferenciado que a eles é conferido em razão da LGPD, em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

¹³ De acordo com o “Anexo A - Bebidas Alcoólicas” do Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária:

“A publicidade submetida a este Anexo: (...)

2. Princípio da proteção a crianças e adolescentes: não terá crianças e adolescentes como público-alvo. Diante deste princípio, os Anunciantes e suas Agências adotarão cuidados especiais na elaboração de suas estratégias mercadológicas e na estruturação de suas mensagens publicitárias. Assim: 1: crianças e adolescentes não figurarão, de qualquer forma, em anúncios; qualquer pessoa que neles apareça deverá ser e parecer maior de 25 anos de idade; 2: as mensagens serão exclusivamente destinadas a público adulto, não sendo justificável qualquer transigência em relação a este princípio. Assim, o conteúdo dos anúncios deixará claro tratar-se de produto de consumo impróprio para menores; não empregará linguagem, expressões, recursos gráficos e audiovisuais reconhecidamente pertencentes ao universo infanto-juvenil, tais como animais “humanizados”, bonecos ou animações que possam despertar a curiosidade ou a atenção de menores nem contribuir para que eles adotem valores morais ou hábitos incompatíveis com a menoridade;”

¹⁴ De acordo com o Anexo S do Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária: “(...) A publicidade de arma de fogo de uso civil atenderá, além dos princípios estabelecidos no Código, às seguintes recomendações especiais: (...) 4. O anúncio não será veiculado em publicação dirigida ao público infanto-juvenil.”

E, por fim, o documento indica em seu quinto item que anunciantes, agências, influenciadores e terceiros inseridos na relação contratual devem buscar conhecer e cumprir determinações legais, bem como “regras gerais e dos segmentos dos produtos divulgados”.

Isso posto, passa-se a analisar mais detidamente o documento produzido.

B – Do Manual objeto da transação: cláusulas abrangentes e insuficientes para garantir os direitos das crianças no ambiente digital.

Conforme consta dos autos da ação civil pública, a empresa Google apresentou ao Ministério Público do Estado de São Paulo, no dia 18.6.2020, o Manual previsto no item 1 do acordo sobre o qual se apresentam as presentes considerações, o qual nomeou de “Guia de Boas Práticas para a Publicidade Online Voltada ao Público Infantil”.

A respeito do Manual, para além de sua ilegalidade nata, anteriormente apontada, no entendimento deste **Instituto Alana**, sequer atende o documento aos termos do acordo que o previu, porquanto: (i) o título e o teor geral do documento é compreendido por textos que contrariam diretamente a legislação brasileira; (ii) os itens do Manual que não negam o ordenamento jurídico vigente se limitam a, simplesmente, repetir o teor de dispositivos legais ou recomendações de boas práticas de mercado; (iii) denota um contrassenso à previsão constitucional da responsabilidade compartilhada entre família, Estado e toda a sociedade pela proteção e promoção dos direitos de crianças e adolescentes; e (iv) apesar de constar no acordo a menção a exemplos de boas práticas em publicidade infantil, não há qualquer exemplo descrito no guia.

Um a um, passa-se a explicar os motivos acima elencados, os quais fazem concluir pela ilegalidade e insuficiência do conteúdo do Guia, resultado do acordo firmado em sede da ação civil pública ora referenciada.

De início, importante reforçar o quanto já apontado de que a proposta de criação de um documento que reúna balizas para o que seriam boas práticas em publicidade infantil, - ou “princípios gerais norteadores da publicidade infantil na internet”, como dispõe o item 1.1 do acordo -, não só pelas razões preliminares anteriormente indicadas, mas por ignorar o fato de que toda e qualquer prática de direcionamento de comunicação mercadológica a crianças é abusiva, representa um contrassenso ao ordenamento jurídico brasileiro.

É dizer, a proposta do Manual se mostra oposta às leis, ao desconsiderar a ilegalidade e abusividade da publicidade infantil em qualquer ambiente - inclusive o digital.

Em outras palavras, o teor do documento apresentado por Google e Conar enquanto produto do acordo firmado na ação civil pública é ilegal e insuficiente em sua concepção, uma vez que sua proposta nega o quanto disposto na Constituição Federal e em diplomas legais - sobretudo, no Código de Defesa do Consumidor.

Não bastasse isso, ao examinar-se um a um os cinco itens que compõem o Manual, nota-se que a maior parte deles se limita a indicar o que já dispõem as leis brasileiras. Veja-se, por exemplo, o que dizem os itens 1, 4 e 5 do documento: o primeiro, em seu último ponto, apenas repete o teor do artigo 36 do CDC; o segundo, reproduz passagens do artigo 14 da LGPD; e o terceiro, da mesma forma, indica que o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária devem ser observados:

“1 A publicidade destinada ao público infantil (...) D deve informar claramente seu conteúdo publicitário. Não importa qual formato ou plataforma, se houver conteúdo publicitário, a mensagem deve ser identificada como tal - observadas as possibilidades técnicas de cada formato.”

“4 Dados pessoais de menores de idade possuem tratamento diferenciado na legislação sobre proteção de dados que irá entrar em vigor;
A O tratamento de dados pessoais de crianças irá requerer o prévio consentimento dos pais ou responsável legal”

“5 O anunciante, a agência e eventuais terceiros por eles contratados, incluindo influenciadores, deverão buscar conhecer e cumprir as regras gerais e dos segmentos dos produtos divulgados, em especial do Código de Defesa do Consumidor e do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária”

Ora, o estrito cumprimento de determinações legais não pode ser equiparado a uma “boa prática”. O conhecimento e o respeito à lei, especialmente quando ela denota um dever de proteção à infância, são deveres de todo e qualquer cidadão, inclusive de empresas e plataformas digitais, independentemente de o teor de dispositivos legais se encontrar transcrito ou explicitado em manuais.

Nesse sentido, não parece em nenhuma medida suficiente o conteúdo do Manual apresentado, uma vez que a maior parte dele apenas reúne deveres legais já previstos em diplomas vigentes. Em consequência, a utilidade do Guia, considerando sua proposta de

informar e apoiar todos os atores envolvidos no ecossistema da publicidade digital, tende a zero.

Vale pontuar, ainda, que o guia também se concentra em grande medida em reforçar a importância da participação dos pais ou responsáveis nas atividades online da criança online. Todavia, não menciona de que maneira isso pode ser realmente feito, sequer sugerindo caminhos ou ferramentas que podem ser empregados para atingir esse objetivo.

Não apenas, mas o que se extrai dessas passagens é que o Manual de Google e Conar pretende transferir a mães e pais de maneira desproporcional a responsabilidade pela criação ou pelo consumo de conteúdos digitais de suas crianças.

Por certo que em nenhuma medida pretende-se aqui negar a importância da participação de adultos responsáveis no dia a dia digital de uma criança. Entretanto, é essencial retomar a responsabilidade compartilhada determinada no artigo 227 da Constituição Federal. Dela, extrai-se que toda a sociedade tem dever de proteção e promoção dos direitos infantis.

Ora, considerando-se que o Manual tem como público-alvo anunciantes, agências e influenciadores - e não famílias cujas crianças acessam o YouTube ou a internet para o consumo de vídeos, de modo geral -, é mesmo proporcional que o documento, em dois de seus apenas cinco itens, reforce a tese de que os únicos - ou os principais - responsáveis por uma experiência digital saudável e proveitosa de crianças são suas mães e pais?

Não só parece que tal escolha é desproporcional, mas também que ela acaba por desconsiderar a ampla realidade brasileira, na qual a cultura de segurança digital e proteção de dados não é disseminada, inclusive entre os adultos; e na qual diversos arranjos familiares, especialmente por motivos de vulnerabilidade socioeconômica, não reúnem condições para que mães, pais ou responsáveis sempre acompanhem crianças em seu uso de tecnologias digitais.

Novamente, não se pretende em nenhuma extensão negar a importância da mediação de adultos responsáveis a crianças durante a navegação da internet. Contudo, o fato de o Manual trazer a responsabilidade parental de maneira tão ampla, enquanto pouco versa sobre a responsabilidade de agentes privados contra a exploração comercial digital infantil - ainda que esses sejam o principal público-alvo do documento - denota

desproporcionalidade de seu conteúdo, além de contrariedade à tônica do artigo 227 da Constituição Federal.

Enfim, nessa esteira, destaca-se ainda que o Manual não traz nenhum exemplo de publicidade adequada ao público infantil - o que, frise-se, não existe, pois toda comunicação mercadológica dirigida a crianças é ilegal e abusiva, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda assim, entretanto, o acordo firmado prevê no item 1.1 que o Manual conteria “casos hipotéticos ilustrativos que representem um rol exemplificativo de formas adequadas de comunicação publicitária com o público infantil”, o que, por certo, não foi atendido pelo documento apresentado nos autos.

Desta sorte, vê-se que o conteúdo do Manual apresentado pela empresa Google ao Ministério Público do Estado de São Paulo, além de eivado de nulidade por ser instrumento que dispõe de direitos indisponíveis, também é ilegal e insuficiente em seu conteúdo, sequer atendendo às exigências previstas no item 1.1 do acordo que o previu.

VI. O parecer técnico elaborado pelo Núcleo de Assessoria Técnica Psicossocial (NAT).

Após a apresentação do Manual pela empresa Google, foi emitido parecer de análise pelas áreas da psicologia e assistência social do Núcleo de Assessoria Técnica Psicossocial (NAT) do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Em síntese, as considerações dos pareceristas apontam sugestões de alteração de nomenclatura e conteúdo do Manual, além de indicarem sugestões com vistas à concretização dos objetivos perseguidos pelo acordo. Ao final, discorrem também sobre o modelo de negócio em que se insere a publicidade infantil online.

Inicialmente, o **Instituto Alana** endossa o quanto sugerido pelo NAT de que, ao conceituar-se o objeto do Manual como “materiais criativos voltados ao público infantil em ambiente online”, acaba-se mascarando a prática que de fato é realizada, qual seja, a comunicação mercadológica.

Isso porque o termo “materiais criativos”, ao não ser específico, pode confundir os interlocutores, parecendo englobar, por exemplo, conteúdos educacionais ou informativos - quando, em realidade, o objeto do Manual são, estritamente, ações de comunicação publicitária.

Ademais, o **Instituto Alana**, por meio do programa **Criança e Consumo**, rechaça, assim como bem destacado pelo NAT, o uso de termos como “menores de idade” e “menores”, os quais carregam conotação incompatível com a categoria de sujeito de direitos ocupada por crianças e adolescentes, bem como com a proteção integral e prioridade absoluta a eles outorgadas pela Constituição Federal.

Para além de tais concordâncias, destaca-se outros três apontamentos realizados pelo NAT, os quais devem ser examinados mais atentamente.

O primeiro deles é a sugestão de que os vídeos que veiculem publicidade infantil no YouTube contem com o indicativo padronizado, em letras grandes e por 5 segundos antes do vídeo publicitário, de que há publicidade.

Ainda que a sugestão de fato seja um passo maior para o atendimento da norma disposta no artigo 36 do CDC, que prevê a fácil identificação da publicidade, o **Instituto Alana** frisa, uma vez mais, que o direcionamento de qualquer tipo de publicidade para crianças constitui-se como prática abusiva e, portanto, ilegal.

Nesse sentido, não há maneiras de atenuar sua ilegalidade, ainda que haja identificação mais expressa de que o conteúdo é publicitário - retomando-se, conforme anteriormente consignado, a hipervulnerabilidade da criança frente aos estímulos do mercado de consumo, sendo que em razão de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento biopsíquico e social, não possui as mesmas formas de interpretar e reagir à mensagem publicitária que os adultos.

Isto é, a indicação de que o conteúdo é publicitário, ainda que de forma mais expressa, não fará com que os impactos da publicidade na criança sejam atenuados. Porquanto, tal sugestão é ineficaz para a proteção dos direitos da criança e do adolescente, o que só ocorrerá, conforme defende o **Criança e Consumo**, com o fim da publicidade direcionada a crianças, inclusive no ambiente digital.

Além do mais, dirigir conteúdo comercial para crianças na plataforma digital YouTube significa, em última instância, dizer que o Google, empresa que a detém, vende espaço para formação de convencimento de crianças que estariam usufruindo de seu ambiente digital, o que é contrário à política do YouTube - a qual, de acordo com seus Termos de Uso, prevê que o serviço deve ser utilizado apenas por maiores de 13 anos.

Em segundo lugar, destaca-se a interessante sugestão do NAT de reserva da plataforma *YouTube Kids* para disponibilização de todos os conteúdos infantis, um ponto que deve atrair atenção deste órgão.

Segundo estudo realizado em 2019 pela Mobile Time e Opinion Box¹⁵, 77% das crianças brasileiras entre 7 a 9 anos acessam a plataforma principal do YouTube, contra 55% que utilizam o YouTube Kids. Para as crianças entre 10 e 12 anos a discrepância é ainda maior: 82% usam o YouTube, contra apenas 34% que usam o YouTube Kids. Os números denotam que, apesar de a plataforma exclusivamente direcionada a crianças ser mais protetiva, possui baixa aderência de seu público-alvo.

Referida plataforma, pensada primariamente para o público infantil, é livre de anúncios e conta com práticas reduzidas de exploração comercial baseada na coleta e tratamento de dados pessoais dos usuários. Por esses motivos, a presença de conteúdos com publicidade infantil na plataforma é reduzida.

Portanto, pode-se dizer que os conteúdos que estimulam o consumo de produtos ou serviços para crianças ainda são, via de regra, direcionados via plataforma principal do YouTube - e não no YouTube Kids.

Assim apontado, concorda-se que a plataforma YouTube Kids deve ter seu uso fomentado, de maneira que crianças tenham um ambiente digital pensado para crianças. Retomando-se que, para atingir-se o objetivo de proteção das crianças, não deve ser tolerada a publicação de nenhum conteúdo que veicule comunicação mercadológica a elas direcionada.

Nesse sentido, até o próprio Google realizou acordo com a Federal Trade Comisson (FTC) nos EUA, no qual foi estipulado multa de US\$ 170 milhões ao Google e seu serviço

¹⁵ Crianças e smartphones no Brasil. MOBILE TIME; OPINION BOX. Outubro, 2019. Disponível em: <https://www.mobiletime.com.br/pesquisas/criancas-e-smartphones-no-brasil-outubro-de-2019/>. Acesso em 1.3.2021.

YouTube, pelo recolhimento ilegal de dados de crianças na plataforma de vídeo. A empresa foi acusada de violar a lei americana de proteção à privacidade on-line de crianças (COPPA), que proíbe a coleta de dados pessoais de menores de 13 anos sem o consentimento dos pais. A multa aplicada foi calculada com base na estimativa de lucro da empresa ao utilizar esses dados para segmentar anúncios em vídeos direcionados ao público infantil.

Após a referida multa, o Google anunciou em janeiro de 2020 uma série de mudanças. As principais delas são: (i) todos os conteúdos infantis serão identificados pela plataforma; (ii) não deve haver mais direcionamento de anúncios personalizados para vídeos infantis; e (iii) os dados de crianças não devem ser coletados na plataforma para fins de publicidade segmentada a esse público.

Tais mudanças reforçam a ilegalidade da exploração comercial da criança no ambiente digital, inclusive com relação à publicidade infantil.

Por fim, destaca-se a sugestão do Núcleo Técnico da criação de “categorias de risco no oferecimento de publicidade inadequada/abusiva ao público infantil e adolescente” em que aqueles usuários seriam classificados a partir de seus comportamentos. Assim, quanto maior o risco oferecido, mais incisivo seria o monitoramento deste usuário pela Plataforma, podendo chegar, nos casos de maior risco, à obrigação de informar ao CONAR e ao MPSP situações detectadas que requeiram apuração por estes Entes em suas respectivas atribuições”.

Por um lado, entende-se positiva a preocupação do Núcleo com a atuação do Conar e do i. MPSP no sentido de combater a abusividade da publicidade ao público infantil. Todavia, mais uma vez retoma-se a interpretação de que toda publicidade direcionada ao público infantil é abusiva - sendo irrelevante, portanto, a categorização de comportamentos.

Como já mencionado, a publicidade infantil deve ser combatida porquanto a sua mera existência acarreta malefícios para as crianças. Assim, não apenas a publicidade de produtos alcoólicos, armas de fogo ou alimentos não saudáveis, por exemplo, deve atrair a atenção do Ministério Público ou Conar, mas toda comunicação mercadológica que tenha como público-alvo crianças, uma vez que essas peças se valem da inexperiência e ausência de compreensão dos objetivos da publicidade para induzir nas pessoas com menos de 12 anos desejos de consumo.

Inclusive, merecem destaque as novas práticas de publicidade no ambiente digital, baseadas no tratamento massivo de dados pessoais. A partir do uso de técnicas de inteligência artificial, tal tratamento é realizado para fins de perfilamento dos usuários, e consequente direcionamento de conteúdos e anúncios microssegmentados. A hipervulnerabilidade das crianças frente a tais apelos comerciais, cuja persuasão é específica e opaca, é sobremaneira exacerbada.

Por outro lado, entende-se que todos os esforços para o fim da prática do direcionamento de qualquer tipo de comunicação mercadológica a crianças são urgentes e de extrema importância. Portanto, a criação de um canal de comunicação entre Google e Conar, conforme consta no Termo de Acordo firmado, caso promova a colaboração entre as entidades, no sentido de facilitar a célere remoção desses conteúdos abusivos e, portanto, ilegais, da plataforma YouTube, pode ser positiva.

Entretanto, reforça-se a importância de que, ocorrendo, tal cooperação tenha como objeto todo e qualquer conteúdo publicitário na plataforma cujo público-alvo seja crianças, direto ou indireto, de identificação ostensiva ou não, considerando todos os argumentos aqui já expostos.

Ademais, destaca-se também a importância de que tal cooperação em nenhuma medida represente prejuízo à atuação do Ministério Público e de outros órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, em São Paulo e em todo o Brasil, para ensejar responsabilização e sanções contra atores que falhem em seu dever de proteger as crianças da exploração comercial no ambiente digital.

VII. Conclusão e pedidos.

Diante do exposto, em atenção ao Ofício nº 228/21, respeitosamente, sugere o **Instituto Alana**, por meio do programa **Criança e Consumo**, a esta i. Promotoria de Justiça:

(i) A consideração da ilegalidade do acordo firmado diante da nulidade da transação, em razão da indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos de crianças e adolescentes que compuseram seu objeto, bem como o fato de que os termos da transação não se relacionam com os pedidos da petição inicial ou com as causas de pedir da ação civil pública referenciada;

(ii) Subsidiariamente, se assim não entendido, sejam acatadas as sugestões apresentadas, a fim de determinar-se a refação do Manual, por Google e Conar, de forma que, desde sua concepção, atenda aos pedidos da petição inicial da ação civil pública - portanto, considerando que toda e qualquer comunicação mercadológica direcionada a crianças é abusiva e, portanto, ilegal -, não limitando-se à reprodução de dispositivos legais já vigentes, efetivamente direcionando a maior parte de suas recomendações práticas a anunciantes, agências e influenciadores, e apresentando exemplos de práticas que preservam o limite da legalidade, como é o direcionamento da comunicação mercadológica de produtos infantis a adultos, seres civil e financeiramente capazes de tomar decisões.

No mais, o **Instituto Alana**, por meio do programa **Criança e Consumo**, coloca-se à disposição para apoiar esta i. Promotoria de Justiça na defesa dos interesses de crianças frente à exploração comercial e comunicação mercadológica, em qualquer espaço, inclusive o digital.

Atenciosamente,

Pedro Hartung
OAB/SP 329.833

Marina Meira
OAB/SP 438.450

Thaís Roberta Rugolo
Acadêmica de Direito