

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR
E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Betina Kirsch Mattes Sperb

A PUBLICIDADE OCULTA DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL:
O Caso dos Youtubers Mirins

Porto Alegre

2017

Betina Kirsch Mattes Sperb

A PUBLICIDADE OCULTA DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL:
O Caso dos Youtubers Mirins

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof. Dra. Claudia Lima Marques

Coorientadora: Prof. Ms. Lúcia Souza d'Aquino

Porto Alegre

2017

Dedico este trabalho aos meus pais,
Martin e Mariane, que sempre me auxiliaram
em minha jornada acadêmica.
Ao meu marido Bernardo, por seu
apoio e companheirismo, e também pelas
caronas até Porto Alegre

“A ética da infantilização perverte a infância, levando-nos a tratar as crianças como instrumentos – não como pequenos seres humanos a serem servidos pelo grande capitalismo, mas como sendo elas próprias servas do grande capitalismo” (BARBER, 2009).

RESUMO

O presente trabalho busca examinar a publicidade oculta direcionada à criança, por meio da internet, tendo como premissa a hipervulnerabilidade dos infantes em relação às mensagens publicitárias. Através de uma análise interdisciplinar, busca-se compreender o fenômeno da publicidade, sua conceituação jurídica e os princípios a ela aplicáveis, bem como analisar a publicidade oculta, que não atende ao princípio da identificação. Esta análise será feita em relação à utilização das novas mídias, como a internet, buscando-se compreender como a publicidade camuflada é veiculada por meio da rede. Em seguida, será analisada a hipervulnerabilidade do consumidor criança, bem como o direcionamento da publicidade oculta a ele. Por fim será abordada a questão da publicidade oculta por meio da internet, direcionada especificamente ao infante, buscando-se responder se os vídeos feitos pelos *youtubers* mirins podem configurar publicidade camuflada.

Palavras-Chave: Publicidade oculta. Publicidade dirigida à criança. Publicidade na internet. Hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

The present work aims to examine the hidden advertising directed to children, through the internet, using the hypervulnerability of children towards advertising as a premise. Through an interdisciplinary analysis, the work aims to understand the phenomenon of advertising, its legal conceptualization and the principles applied to it, as well as analyze the hidden advertising, that does not comply with the principle of identification. This analysis will be made regarding the use of new media, like the internet, searching to comprehend how this hidden advertising is broadcasted through this network. Afterwards, the hypervulnerability of the children consumers will be analyzed, as well as the targeting of the hidden advertising towards them. Lastly, the work will examine the camouflaged advertising made through the internet, directed specifically to children, hoping to answer if the videos made by infant youtubers could configure hidden advertising.

Keywords: Hidden advertising. Advertising to children. Advertising on the internet. Hypervulnerability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O DIREITO DO CONSUMIDOR E A PUBLICIDADE OCULTA.....	11
2.1 A PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.2 A ILITICUDE DA PUBLICIDADE OCULTA E OS NOVOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO.....	24
3 A HIPERVULNERABILIDADE DA CRIANÇA CONSUMIDORA FRENTE À PUBLICIDADE	37
3.1 A CRIANÇA E A PUBLICIDADE	38
3.2 A PUBLICIDADE OCULTA DIRIGIDA À CRIANÇA NA INTERNET: O CASO DOS YOUTUBERS MIRINS	48
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia encontra como justificativa a problemática envolvendo a publicidade oculta direcionada à criança, especificamente aquela veiculada por meio da internet, e se os vídeos veiculados pelos *youtubers mirins* podem configurar publicidade oculta.

A sociedade de consumo, conforme aduz Bauman, tem como sua característica mais proeminente, ainda que cuidadosamente camuflada, a “transformação dos consumidores em mercadorias”¹. Barber pontua que “o jogo de marcas tem como alvo os consumidores, mas também ajuda a apagar as fronteiras entre o consumidor e o que é consumido. Pensando que conquistou o mundo das coisas, o consumidor é, na verdade, consumido por essas coisas”².

As crianças estão inseridas nesta sociedade de consumo. Quer dizer, “tão logo aprendem a ler, ou talvez bem antes, a ‘dependência das compras’ se estabelece nas crianças. [...] Numa sociedade de consumidores, todo mundo precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação”³.

Barber menciona que o mercado se dedica à “delicada tarefa de capacitar as crianças como consumidores adultos, porém sem permitir que eles abram mão de seus gostos infantis”⁴, e que “fazer isso exige não apenas traçar estratégias de propaganda e merchandising, mas reformular instituições culturais, educacionais e civis para ajudar a sustentar um etos favorável à infantilização – a condição para vender mercadorias uniformes em todo o mundo”⁵.

A publicidade se insere neste contexto, sendo técnica essencial “à manutenção do *status quo* da sociedade de consumo e de sua ânsia consumista, em um modelo no qual se produz mais do que se necessita, do que se verdadeiramente quer e do que se pode consumir”⁶.

E por ser considerado um público alvo extremamente promissor, o mercado bombardeia as crianças e adolescentes com as mais diversas publicidades de diversos produtos e alimentos que, na maioria das vezes, sequer são bons para elas. Outra estratégia do mercado é fidelizar

¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 20.

² BARBER, Benjamin R. **Consumido**: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 47.

³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 73.

⁴ BARBER, Benjamin R. **Consumido**: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 32.

⁵ BARBER, Benjamin R. **Consumido**: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 39.

⁶ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112-127. p. 120.

consumidores ainda crianças, criando uma ligação positiva do indivíduo com a marca para que, quando adultos, continuem fiéis a ela⁷.

Além disso, é sabido pelo mercado que as crianças possuem grande influência nas compras da família. Como aduz Schor, “estima-se que as crianças entre 4 e 12 anos influenciaram diretamente a decisão de compra correspondente a 330 bilhões de dólares, e de modo indireto, de outros 340 bilhões em 2004”⁸. O mercado conseguiu criar conexões diretas com as crianças, influenciando-as a tornarem-se consumidores autônomos e com mais autoridade, e a convencer os seus pais a gastarem dinheiro⁹.

Estes são os motivos pelos quais o direcionamento da publicidade à criança cresceu exponencialmente. No ano de 2006, o orçamento de marketing para o grupo de consumo das crianças era estimado em 15 bilhões anuais, “cerca de 2,5 vezes mais do que foi gasto em 1992”¹⁰. A capacidade de consumo das crianças também cresceu vertiginosamente, cerca de 400% no período de 1989 a 2002¹¹.

Porém, este bombardeamento de publicidade acaba por prejudicar as crianças consumidoras, que não identificam o caráter persuasivo da publicidade.

Há muitos esforços no sentido de proteger os infantes das mensagens publicitárias. Além de existirem diversos projetos de lei tramitando no Congresso a respeito do tema¹², o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente) editou a Resolução 163 em 2014, que dispôs sobre “a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente”¹³, e foi muito criticada pela indústria publicitária¹⁴.

⁷ LINN, Susan. **Crianças do consumo**: a infância roubada. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006. p. 69-70.

⁸ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar**: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009. p. 19.

⁹ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar**: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009. p. 9-10.

¹⁰ LINN, Susan. **Crianças do consumo**: a infância roubada. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006. p. 21.

¹¹ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar**: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009. p. 18.

¹² INSTITUTO ALANA. **Caderno Legislativo**. Publicidade Infantil: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. 2016. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/caderno_legislativo.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

¹³ BRASIL. **Resolução nº 163**, de 13 de março de 2014. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. Disponível em: <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

¹⁴ ABERT. **Nota Pública** – Publicidade infantil. Disponível em: <<http://www.abert.org.br/web/index.php/notmenu/item/22580-nota-publica-publicidade-infantil>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

Mesmo assim, os anunciantes continuam a direcionar a publicidade aos infantes, inclusive por meios inovadores e nocivos, como por meio da internet, que atua como “instrumento potencializador”¹⁵ da sociedade pós-moderna, acabando por facilitar o incentivo ao consumo.

Um aspecto que chama atenção na publicidade veiculada por meio da internet é o claro intuito dos fornecedores em camuflar o intuito publicitário destas mensagens. Por vezes se utilizam de *terceiros* como intermediadores das mensagens, para que não fique claro se tratar de uma publicidade.

Quer dizer, atualmente se percebe uma fusão entre conteúdo e publicidade¹⁶, que passa muitas vezes despercebida pelos consumidores, inclusive pelas crianças. Estas, aliás, estão cada vez utilizando a internet mais cedo, na maioria das vezes sem qualquer supervisão de um adulto.

Nesse aspecto, salta aos olhos a nova modalidade de entretenimento direcionada às crianças, que passaram a utilizar o *Youtube*, plataforma de vídeos online, para visualizar conteúdo. Este conteúdo, muitas vezes, consiste em vídeos produzidos pelos chamados *youtubers* mirins, crianças usuárias da plataforma, que obtiveram alto nível de popularidade com a criação de vídeos sobre os mais diversos assuntos. Muitos desses assuntos incluem, contudo, resenhas sobre produtos e brinquedos (muitas vezes enviados pelos próprios fabricantes), bem como o chamado *unboxing*¹⁷, que consiste em filmar o momento de abertura de um produto novo.

Em pesquisa realizada em março de 2016 sobre o mapeamento do comportamento infantil no *Youtube*, restou constatado que os 176 canais investigados, que fornecem conteúdo infantil, “representam 30 bilhões de views por crianças de 0-12 anos, nos 10 anos de existência do *YouTube* no Brasil”¹⁸. As categorias específicas relacionadas aos vídeos de *youtubers* mirins e *unboxing* deram um salto entre novembro de 2015 e março de 2016, passando de cerca de 2 bilhões de visualizações para quase 6 bilhões¹⁹.

¹⁵ CANTO, Rodrigo Eidelvein do. Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 87, p. 179-210, maio/jun. 2013. p. 187.

¹⁶ KEEN, Andrew. **O culto do amador**: como blogs, myspace, youtube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 84.

¹⁷ Que pode ser traduzido como *desempacotar*.

¹⁸ CORRÊA, Luciana. **O que tem dentro da caixa?** Crianças hipnotizadas pelo Youtube Brasil, as fronteiras entre entretenimento, conteúdo proprietário e publicidade. São Paulo. Disponível em: <http://pesquisasmedialab.espm.br/wp-content/uploads/2016/09/CORREA_Luciana_Propesq_2016.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2017. p. 3.

¹⁹ CORRÊA, Luciana. **O que tem dentro da caixa?** Crianças hipnotizadas pelo Youtube Brasil, as fronteiras entre entretenimento, conteúdo proprietário e publicidade. São Paulo. Disponível em: <http://pesquisasmedialab.espm.br/wp-content/uploads/2016/09/CORREA_Luciana_Propesq_2016.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2017. p. 4.

Não é possível fechar os olhos para esta realidade, e para estas novas formas de entretenimento do público infantil, que fusiona conteúdo e publicidade. O mercado, atento a este novo panorama, se utiliza destes novos expedientes para incentivar o consumo e promover seus bens.

Por isso, se mostra necessário melhor compreender o fenômeno dos *youtubers* mirins, e se esta prática pode camuflar uma publicidade direcionada à criança.

Para tanto, analisaremos o instituto da publicidade, e a sua conceituação jurídica, bem como os princípios aplicáveis à prática. Será feita uma abordagem da publicidade oculta, inclusive aquela veiculada por meio da internet.

No segundo capítulo, será estudada a hipervulnerabilidade da criança, inserida nesta sociedade de consumo, especialmente no que tange à publicidade direcionada ao infante. Por fim, será abordada a situação específica da publicidade oculta em relação à criança, especialmente o caso dos *youtubers* mirins.

2 O DIREITO DO CONSUMIDOR E A PUBLICIDADE OCULTA

Vivemos em uma sociedade de consumo, cuja existência é inegável²⁰. E inserida nela está a publicidade, cujo desenvolvimento é um fenômeno que trouxe grandes consequências para a evolução do mercado de consumo²¹.

É seguro dizer, portanto, que a publicidade desempenha um *papel fundamental* na sociedade massificada de consumo²². Conforme leciona Benjamin, “tão grande é essa conexão contemporânea entre marketing e massificação do consumo que não seria exagero dizer que onde existir sociedade de consumo, presente também estará a publicidade”²³.

Atualmente, pode-se dizer que a publicidade é onipresente, apresentando-se por diferentes formas e por meio de novas mídias.

Mas, se o objetivo precípua da publicidade é persuadir os consumidores a adquirirem o produto, é forçoso concluir que eles olham essas mensagens com ressalvas²⁴, atribuindo “maior confiança à mensagem recebida que não suspeitam ser publicitária”²⁵. Portanto, ao identificar a mensagem publicitária, o consumidor eleva as suas defesas contra o poder de persuasão que lhe é inerente, pois “se o intuito do anúncio publicitário é vender, a satisfação do consumidor pode eventualmente estar relegada a um segundo plano”²⁶.

Por isso, os fornecedores muitas vezes se utilizam da chamada *publicidade oculta*, *clandestina* ou *camuflada*²⁷, que tem a aparência de uma mensagem neutra e desinteressada, mas na realidade trata-se de mensagem publicitária.

Este capítulo se propõe a analisar o fenômeno da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, e a ilicitude da publicidade oculta, em razão de ferir o princípio da identificação da mensagem publicitária.

²⁰ D’AQUINO, Lúcia Souza. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 89-131, jul./ago. 2016. p. 91.

²¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 264.

²² BENJAMIN, Antonio Herman. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. p. 25-26.

²³ BENJAMIN, Antonio Herman. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. p. 26.

²⁴ EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 91-115, jan./mar. 2012. p. 91.

²⁵ MASSO, Fabiano Del. **Direito do consumidor e publicidade clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 89.

²⁶ EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 91-115, jan./mar. 2012. p. 91.

²⁷ DIAS, Lucía Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

2.1 A PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar de ser prática há muito existente²⁸, a publicidade passou a ter maior importância, adquirindo as características pelas quais é conhecida hoje após a segunda metade do século XIX, em decorrência da massificação da produção de bens de consumo, e diante da transição da *sociedade de produtores* para a *sociedade de consumidores*²⁹, onde todos precisam ser consumidores por vocação³⁰.

Ela passa a ser uma “exigência do capitalismo avançado”³¹, estando diretamente ligada à sociedade capitalista, que produz bens de consumo de forma massificada, de forma que “não há sociedade de consumo sem publicidade”³².

Se inicialmente a publicidade se configurava como uma “comunicação informativa entre vendedor e comprador”, refletindo o “conceito de seriedade e honestidade de que desfrutava o vendedor”³³, hoje em dia já não é mais assim. Com as mudanças de mercado ocorridas especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a mensagem publicitária passou a ter como função “orientar o consumo, estimulando necessidades e provocando demandas”³⁴.

Benjamin, Miragem e Marques conceituam a publicidade como “toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover, junto aos consumidores, a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”³⁵, sendo seu elemento caracterizador a sua *finalidade de consumo*³⁶.

Já Pasqualotto entende como publicidade “toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar

²⁸ Conforme refere Nunes Junior, já se cogitava de uma *publicidade falada* nas antigas civilizações hebraica, grega e romana. Aduz, ainda, citando Benjamin, que “[...] a partir de meados do Século XVII, jornais britânicos passaram a trazer uma grande variedade de anúncios”. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial*. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010. p. 603-624. p. 606.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 71.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 73.

³¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial*. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010. p. 603-624. p. 606.

³² BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 192.

³³ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 28.

³⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 28.

³⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 727.

³⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 727.

o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa”³⁷.

A sociedade de consumo tem, dentre as suas promessas, a satisfação dos desejos humanos, em busca do atingimento da felicidade. Mas, na realidade, esta promessa só é atrativa para o mercado enquanto esses desejos não forem plenamente e verdadeiramente atendidos. O intuito, portanto, é a não-satisfação permanente dos membros da sociedade de consumo, e uma das formas de se fazer isso é “satisfazendo cada necessidade/desejo/vontade de tal maneira que eles só podem dar origem a necessidades/desejos/vontades ainda mais novos”³⁸.

A publicidade se insere neste contexto, deixando de ter uma função primariamente informativa³⁹, passando a focar em persuadir o consumidor, criando novas necessidades que ele nem sabia que existiam.

Nesse sentido, Nunes Junior afirma que o ímpeto produzido pela publicidade comercial se mostra tão significativo que o indivíduo passa a consumir para responder a um signo social de sucesso. Ou seja, o consumo “passa da condição de resposta a uma necessidade humana para a de indicador da posição social do indivíduo”⁴⁰.

Ou seja, conforme afirma Bauman, o principal objetivo da sociedade de consumidores “não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas a comodificação ou recomodificação do consumidor: elevar a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis”⁴¹.

Por isso, de acordo com Pasqualotto, o produto é absolutamente secundário dentro da mensagem publicitária. Quer dizer, não é o produto o objeto de venda da publicidade, mas sim “muito mais os elementos ideológicos de diferenciação do mundo capitalista, que na realidade imediata não encontram satisfação”⁴².

³⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 25.

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 64.

³⁹ Segundo afirma Benjamin, “Até os anos 20, a publicidade era fundamentalmente informativa, contendo dados e elementos sobre produtos e serviços, com isso introduzindo novos bens, familiarizando o consumidor com marcas nacionais e educando sobre sua destinação e utilidade”. Mas, entre os anos 1920 e 1950, essa publicidade decaiu gradativamente, sendo substituída pela publicidade *estilo de vida*. BENJAMIN, Antonio Herman. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. p. 25.

⁴⁰ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Publicidade comercial. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 603-624. p. 607.

⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 76.

⁴² PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 29.

A evolução dos tipos de mídia também contribuiu para a ampliação do alcance da publicidade⁴³. Conforme leciona Masso:

a evolução da publicidade ocorre na medida em que evoluem os meios de comunicação. Inicialmente, a publicidade aproveitava-se dos padrões culturais e dos costumes para contextualizar suas mensagens de venda, geralmente apenas apresentando seu produto com suas finalidades. Agora a publicidade apresenta ao consumidor quais os costumes que se deve ter, devendo ele contextualizar sua vida em razão dos bens oferecidos⁴⁴.

Conforme leciona Marques, a publicidade possui dupla função: a de informar e a de estimular o consumo⁴⁵. Também Rocha pontua o que entende serem as duas finalidades da publicidade: informar e persuadir⁴⁶.

A publicidade possui em seu âmago a função de persuadir, convencer o consumidor a adquirir determinados produtos, podendo se utilizar dos mais diversos artifícios. Esse é um dos elementos-chave para se entender e conceituar a mensagem publicitária.

Importante é a diferenciação entre publicidade e propaganda. A propaganda se caracteriza pela difusão de ideias, enquanto que a publicidade se caracteriza pela promoção e incitação ao consumo⁴⁷. Não são sinônimos, pois a propaganda não possui intuito de lucro, não se trata de prática comercial que acontece dentro do mercado de consumo⁴⁸.

Também é importante pontuar que a publicidade não se confunde com o *marketing*, mas sim consiste em uma de suas muitas ferramentas⁴⁹. O conceito de marketing “envolve todas as atividades comerciais relacionadas à circulação de bens e serviços, desde a sua produção até o consumo final”⁵⁰.

⁴³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Publicidade comercial. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010. p. 603-624. p. 607.

⁴⁴ MASSO, Fabiano Del. **Direito do consumidor e publicidade clandestina**: uma análise jurídica da linguagem publicitária. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 52.

⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 883.

⁴⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. O controle jurídico da publicidade no CDC. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010. p. 176-182. p. 177.

⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 907.

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 265.

⁴⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 24.

⁵⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 24.

Em razão de sua importância, a publicidade encontra fundamento constitucional. Discute-se, entretanto, qual seria este fundamento, de acordo com as normas constitucionais em vigor.

De acordo com Dias, no plano constitucional, a proteção da publicidade se dá sobre dois aspectos principais: “i) como atividade econômica resguardada pela livre iniciativa, fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*, e parágrafo único, CF), e pela livre concorrência (art. 170, IV, CF) e ii) pelo princípio da liberdade de expressão (arts. 5º, IX e 220, CF)”⁵¹.

Ou seja, “a publicidade é protegida no que tange tanto à sua expressão como liberdade de iniciativa inserida na ordem econômica, quanto como expressão intelectual”⁵².

Já Miragem entende que, apesar de a publicidade envolver aspectos atinentes à “expressão de conceitos e ideias de indivíduos e grupos”⁵³, não se assemelha tanto às demais formas de expressão, em razão do intuito econômico da peça publicitária. Por este motivo, entende que a publicidade encontraria seu fundamento constitucional na livre iniciativa, e não tanto na liberdade de expressão⁵⁴.

Também Pasqualotto afirma que a liberdade de expressão que a constituição visa resguardar é aquela de natureza política, que é bem diferente da liberdade de anunciar: “A publicidade está associada às atividades empresariais, que buscam no lucro a sua justificativa”⁵⁵.

Nunes Junior também entende que a publicidade comercial faz parte da atividade econômica, sendo regulada pelas normas que regem a ordem econômica. Não haveria, portanto, um direito fundamental à liberdade de expressão comercial⁵⁶. Por isso, “embora atividade lícita, a publicidade comercial pode sofrer limitações em respeito a outros direitos constitucionalmente tutelados”⁵⁷.

Assim, o controle e limitação da publicidade não constituem qualquer censura, nem ofensa à liberdade de expressão, pois as peças publicitárias possuem em seu âmago a intenção

⁵¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35.

⁵² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 39.

⁵³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 267.

⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 267.

⁵⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 66.

⁵⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; TRETTEL, Daniela Batalha. Limites à publicidade comercial e proteção de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 63, p. 270-284, abr./jun. 2008. p. 278 e 282.

⁵⁷ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; TRETTEL, Daniela Batalha. Limites à publicidade comercial e proteção de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 63, p. 270-284, abr./jun. 2008. p. 282.

comercial, de vender o seu produto, persuadindo o consumidor. Neste trabalho, portanto, será adotada a linha pela qual a publicidade está inserida na proteção da ordem econômica, e não no conceito de liberdade de expressão de que trata o art. 5º, inciso IX, da CF.

Nesta linha é a conclusão de Nery Junior, o qual afirma que “o controle legal da publicidade não é forma inconstitucional de censura, mas instrumento eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor”⁵⁸.

Ou seja, o controle da publicidade tem o intuito de coibir abusos e prevenir danos no mercado, especialmente em razão da forte influência que a publicidade possui nos comportamentos sociais. Conforme ensina Rocha, “o poder da publicidade justifica o seu controle jurídico”⁵⁹.

Sobre o poder influenciador da publicidade, Carpena afirma que

Na cultura do consumo, a publicidade é tida por muitos como instrumento de controle social, manipuladora de opiniões, indutora de comportamentos, tornando-se patente o alcance e o alto grau dos riscos envolvidos nas questões referentes a desvios no exercício da liberdade de comunicação⁶⁰.

Já, para Marques, a publicidade tem o poder de perturbar a ordem e harmonia do mercado, podendo "violiar direitos de informação, de reflexão, de inviolabilidade moral e cultural dos consumidores e, sobretudo, [...] causar (sérios e difusos) danos econômicos aos consumidores que confiarem na informação veiculada pela publicidade”⁶¹.

Pasqualotto sustenta os *efeitos perversos* da publicidade, que tenta “entorpecer ou mesmo suprimir a vontade real, que é o elemento nuclear da autonomia privada”⁶². Sustenta, contudo, que a sociedade de consumo e a publicidade se mostram indissociáveis, não sendo o caso de excluí-la, mas sim controlá-la.

⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 44-77, jul./set. 1992. p. 66.

⁵⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. O controle jurídico da publicidade no CDC. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010. p. 176-182. p. 179.

⁶⁰ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 35, p. 123-131, jul./set. 2000. p. 127.

⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, p. 7-20, abr./jun. 1994. p. 15.

⁶² PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 33.

Contudo, como destaca Benjamin, este controle “não é um tema pacífico. Ao seu redor gira, continuamente, o debate sobre liberdade individual x paternalismo e livre iniciativa x intervenção do Estado”⁶³. Segundo referido autor,

quatro são os fundamentos principais apontados para o regramento do fenômeno publicitário. Não se excluem entre si, refletindo, ao revés, enfoques distintos de uma mesma preocupação. Controla-se a publicidade com o intuito de: a) favorecer e ampliar a concorrência entre os diversos agentes econômicos (modelo concorrencial); b) garantir um fluxo adequado de informações sobre produtos e serviços (modelo informativo); c) evitar abusos no exercício do seu poder de persuasão (modelo da manipulação de preferências); e, d) limitar seu potencial de modificação de padrões culturais (modelo cultural)⁶⁴.

Da mesma forma, Xavier defende limites fundados em *valores éticos* pontuando que a preocupação com a ética deve acompanhar as mensagens publicitárias em todas as suas fases, “garantindo o desempenho de seu papel-função social na exata medida, sem déficits ou excessos, permitindo uma mensagem clara, direta, honesta e transparente para os consumidores”⁶⁵.

Nesse sentido, também leciona Marques, a qual afirma que a publicidade “deve seguir certos parâmetros éticos, atingir certo grau de transparência e lealdade”⁶⁶.

Como forma de controlar a publicidade, surgem três modelos de regulamentação: privado ou autorregulamentar, estatal e misto⁶⁷.

Pelo sistema de controle autorregulamentar, os próprios agentes do mercado regulam a atividade publicitária⁶⁸. Esse controle existe no Brasil desde a criação do CONAR e seu respectivo regramento. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária foi criado em 1980 por diversas associações ligadas à comunicação e publicidade, com o intuito de enumerar e manter normas éticas no setor publicitário⁶⁹. Já o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) foi criado poucos meses depois, e tem como intuito fiscalizar a

⁶³ BENJAMIN, Antonio Herman. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. p. 31.

⁶⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. p. 32.

⁶⁵ XAVIER, José Tadeu Neves. Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais: o valor da ética no controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 117-143, jan./mar. 2012. p. 127.

⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, p. 7-20, abr./jun. 1994. p. 15.

⁶⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 71.

⁶⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 41.

⁶⁹ FADEL, Marcelo Costa. Breves comentários ao código de autorregulamentação publicitária do CONAR. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 153-170, abr./jun. 2004. p. 154.

publicidade realizada no mercado⁷⁰, zelando pela aplicação das normas elencadas no código⁷¹. As sanções aplicadas pelo CONAR são administrativas, não possuindo coerção legal, mas “fortíssima coerção ética”⁷².

Conforme Almeida, o sistema exclusivo da autorregulamentação (vigente até a promulgação do CDC) “se caracterizava pelo cumprimento espontâneo de suas decisões e ausência de coerção de suas normas”⁷³. Por isso, conforme entende Xavier, o CONAR “se mostra insuficiente, pois é despido de força cogente para a imposição de suas conclusões de forma vinculativa”⁷⁴.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade passou a ser regulada e sistematizada do ponto de vista jurídico⁷⁵. Ou seja, a promulgação do Código, instituiu um sistema misto de controle da publicidade, “suprindo a lacuna existente em nossa legislação”⁷⁶.

Nesse sentido leciona Dias, que também afirma que o modelo adotado pelo Brasil é o sistema misto de controle da publicidade. Ou seja, tanto o Estado quanto os agentes privados controlam eventuais abusos⁷⁷. Para Benjamin, Bessa, Marques⁷⁸ e Nery Junior⁷⁹, este é o modelo ideal.

Por outro lado, Pasqualotto não entende desta maneira. Para referido autor, há apenas um controle estatal, pois as normas do CONAR possuem caráter inteiramente privado, e por isso

⁷⁰ XAVIER, José Tadeu Neves. Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais: o valor da ética no controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 117-143, jan./mar. 2012. p. 127.

⁷¹ FADEL, Marcelo Costa. Breves comentários ao código de autorregulamentação publicitária do CONAR. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 153-170, abr./jun. 2004. p. 154.

⁷² FADEL, Marcelo Costa. Breves comentários ao código de autorregulamentação publicitária do CONAR. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 153-170, abr./jun. 2004. p. 154.

⁷³ ALMEIDA, Aliette Marisa Stefanini Duarte Neves Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 53, p. 11-38, jan./mar. 2005. p. 12.

⁷⁴ XAVIER, José Tadeu Neves. Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais: o valor da ética no controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 117-143, jan./mar. 2012. p. 127.

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 44-77, jul./set. 1992. p. 66.

⁷⁶ ALMEIDA, Aliette Marisa Stefanini Duarte Neves Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 53, p. 11-38, jan./mar. 2005. p. 12.

⁷⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 41.

⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 194.

⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 44-77, jul./set. 1992. p. 66.

não são aptas para a produção de efeitos jurídicos perante terceiros. O aparecimento da regulamentação estatal, de caráter imperativo, ocupou inteiramente o espaço antes deixado livre à autonomia privada. O estatuto do CONAR é contratual, e a lei não deixou margem alguma para a regulamentação privada desta matéria⁸⁰.

O controle estatal se caracteriza pela intervenção estatal exclusiva, sem a participação dos diversos agentes do mercado. Ou seja, apenas o Estado “pode ditar normas de controle da publicidade e implementá-las”⁸¹.

Para Dias, não parece ser este o modelo adotado pelo Brasil, tendo em vista que o CONAR ainda desempenha importante papel no controle da publicidade. Por mais que as suas normas não tenham o caráter coercitivo de lei, “as suas recomendações são efetivamente respeitadas e acatadas pelos profissionais da área”⁸².

Ou seja, apesar de o Código de Autorregulamentação Publicitária ser um documento de caráter privado, “não há como deixar de reconhecer a sua forte influência em nosso sistema de controle da publicidade, garantindo a observância de valores éticos no mercado publicitário”⁸³.

Também nesse sentido é a lição de Nery Junior, o qual leciona que o Código de Defesa do Consumidor “não invalida o controle da publicidade que vem sendo feito pelo CONAR, órgão formado por anunciantes, agências de publicidade e veículos, cujo objetivo é coibir, no plano ético, os abusos que eventualmente possam ser provocados pela publicidade no Brasil”⁸⁴.

Contudo, é importante lembrar que a atuação do órgão no controle ético da publicidade é muito tímida⁸⁵, e que as suas decisões, caracterizadas por serem de cumprimento espontâneo, por vezes são descumpridas.

De qualquer sorte, a promulgação do CDC foi um marco no controle da publicidade, passando a regulá-la, complementando o controle até então feito exclusivamente pelo CONAR, o que se mostrava insuficiente⁸⁶.

⁸⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 69.

⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 194.

⁸² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 43.

⁸³ XAVIER, José Tadeu Neves. Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais: o valor da ética no controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 117-143, jan./mar. 2012. p. 130.

⁸⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 44-77, jul./set. 1992. p. 66.

⁸⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 68.

⁸⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 43.

O Código consumerista, em seu artigo 6º, traz como direitos dos consumidores a *informação* adequada e clara sobre os produtos e serviços, e a *proteção contra a publicidade enganosa e abusiva*, conforme se lê pelos incisos III e IV daquele artigo⁸⁷.

Como se vê, a publicidade comercial está ligada à informação, mas com ela não se confunde⁸⁸, especialmente em razão do fim precípua da publicidade, que é convencer o consumidor. Conforme lecionam Marques, Benjamin e Miragem, a publicidade “é livre para não trazer nenhuma informação precisa ou mesmo nenhum sentido, pura ilusão publicitária”⁸⁹. Quando fornecer algum tipo de informação, contudo, esta deve ser verdadeira.

Um exemplo de publicidade que não traz nenhuma informação é a publicidade institucional, que são anúncios que “se dedicam a louvar o patrocinador com a intenção de construir uma imagem positiva da empresa no mercado”⁹⁰. Seu intuito é criar uma *identificação positiva* com a marca⁹¹. Contudo, mesmo que não apresente informações concretas, é passível de controle, pois é anúncio mediatamente mercantilista⁹².

O regramento da oferta e da publicidade está inserido no capítulo V do CDC, que trata das práticas comerciais. Conforme se observa pela dicção dos arts. 30 a 38 do CDC, estes nos trazem diversos princípios controladores destas práticas. São estes os princípios da identificação (art. 36), da vinculação (art. 30), veracidade (art. 37, §1º), não abusividade (art. 37, §2º), e da inversão do ônus da prova (art. 38). Há certa divergência na conceituação destes princípios, e certos autores⁹³ entendem que haveria outros. Neste estudo, contudo, serão abordados somente os cinco princípios mencionados.

Conforme Marques, o art. 36 do CDC introduziu “o dever de identificação da publicidade como tal, de forma a garantir ao consumidor a ciência de que não se trata de

⁸⁷ III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

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. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 132.

⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 729.

⁹⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 21.

⁹¹ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 21.

⁹² PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 24.

⁹³ Benjamin, Bessa e Marques destacam, ainda, os princípios da transparência da fundamentação, da correção do desvio publicitário e da lealdade publicitária. BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 200.

informação imparcial, mas de informação finalística para o consumo de determinado produto ou serviço”⁹⁴.

Este é o chamado *princípio da identificação da mensagem publicitária*, o qual “tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor, no intuito de lhe vender algum produto ou serviço”⁹⁵. Ou seja, o consumidor deve ter a consciência de estar sendo exposto à mensagem publicitária.

Por se tratar de princípio chave para a análise proposta neste estudo, será estudado de forma pormenorizada na próxima parte deste trabalho.

O *princípio da vinculação* encontra fundamento no art. 30 do CDC, e “significa que toda publicidade integra o contrato que vier a ser celebrado com os consumidores”⁹⁶. Ou seja, “a oferta publicitária vincula o fornecedor ao seu cumprimento nos termos do anúncio”⁹⁷.

Para tanto, deve ser suficientemente precisa, apresentando elementos ou informações concretas. É importante deixar claro que esta precisão não precisa ser absoluta, basta um mínimo de concisão⁹⁸. Não há necessidade, portanto, de informar todos os elementos do futuro contrato⁹⁹. Mas, os elementos que esta “publicidade informativa trouxer, estes sim, obrigam e vinculam desde sua veiculação”¹⁰⁰.

Caso o fornecedor recuse cumprimento à oferta contida na publicidade, o consumidor pode se utilizar do disposto no art. 35 do CDC, exigindo o cumprimento forçado da obrigação, aceitando produto equivalente ou rescindindo o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada.

Por outro lado, a publicidade deve se compor “exclusivamente de informações corretas e verdadeiras”¹⁰¹. Esse é o *princípio da veracidade*, contemplado pelo art. 37 do CDC, que constitui “uma das bases do regime jurídico da publicidade no CDC”¹⁰², e se relaciona com o

⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, p. 7-20, abr./jun. 1994. p. 10.

⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 907.

⁹⁶ ALMEIDA, Alette Marisa Stefanini Duarte Neves Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 53, p. 11-38, jan./mar. 2005. p. 21.

⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 276.

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 134.

⁹⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 77.

¹⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, p. 7-20, abr./jun. 1994. p. 12.

¹⁰¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 274.

¹⁰² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 275.

direito à informação. É, conforme Benjamin, Bessa e Marques, “um dos mais importantes princípios da publicidade”¹⁰³.

Conforme ensina Almeida, “através deste princípio, observa-se que a publicidade deve ser correta e honesta, seguindo os ditames legais. O princípio da veracidade visa manter corretamente informado o consumidor, para assegurar-lhe a escolha livre e consciente”¹⁰⁴.

A violação deste princípio caracteriza a publicidade enganosa¹⁰⁵, entendida como

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. (§1º)¹⁰⁶

Seguro dizer que o “princípio da veracidade encontra abrigo, como dever anexo, no princípio da boa-fé, como norma de conduta. Mentir ou suprimir informação essencial é agir de má-fé”¹⁰⁷.

Importante pontuar que se mostra desnecessária a existência de dolo do fornecedor ou publicitário que elaborou a publicidade¹⁰⁸, bastando que a mensagem seja enganosa e capaz de induzir o consumidor em erro.

Por outro lado, o art. 36, parágrafo único, estabelece que o fornecedor deve possuir em seu poder todos os “dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação” à publicidade, para “informação dos legítimos interessados”¹⁰⁹.

Este dispositivo, também denominado como *princípio da transparência da fundamentação* por alguns autores¹¹⁰, “confere concretude ao princípio da veracidade”¹¹¹.

¹⁰³ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 199.

¹⁰⁴ ALMEIDA, Aliette Marisa Stefanini Duarte Neves Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 53, p. 11-38, jan./mar. 2005. p. 21.

¹⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 275.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹⁰⁷ ALMEIDA, Aliette Marisa Stefanini Duarte Neves Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 53, p. 11-38, jan./mar. 2005. p. 21.

¹⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 737.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 202; e CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 134.

¹¹¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72.

Ou seja, “tem por escopo impor ao fornecedor a manutenção da *prova da veracidade* das afirmações veiculadas, caso questionado pelos legítimos interessados”¹¹².

Conforme Cavalieri Filho, a ideia central do dispositivo é “possibilitar que a relação contratual com o consumidor seja sincera e menos danosa”¹¹³, tendo em vista que “consumidor desinformado é consumidor desarmado, vulnerável”¹¹⁴.

Por sua vez, o *princípio da não abusividade* encontra fundamento no §2º do art. 37¹¹⁵, CDC, que caracteriza a publicidade abusiva como aquela que seja discriminatória, incite à violência, se aproveite de medo e superstição e da deficiência de julgamento da criança, desrespeite valores ambientais, ou que possa induzir o consumidor a se comportar de forma a prejudicar a sua segurança ou saúde.

Por meio deste princípio, veda-se a publicidade “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”¹¹⁶.

Na maioria das vezes, diferentemente da publicidade enganosa, a publicidade abusiva “não afeta diretamente o bolso do consumidor, limitando-se a agredir outros valores tidos como importantes pela sociedade de consumo”¹¹⁷.

Inclui-se como abusiva a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”, em razão da sua hipervulnerabilidade¹¹⁸, conforme será visto de forma pormenorizada no próximo capítulo.

Já o *princípio da inversão do ônus da prova*, como o nome sugere, implica que o ônus da prova, em matéria publicitária, ficará a cargo do anunciante. Está previsto no art. 38 do CDC, o qual afirma que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

¹¹² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72.

¹¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 134.

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 134.

¹¹⁵ 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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹¹⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 89.

¹¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 199.

¹¹⁸ D’AQUINO, Lúcia Souza. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 89-131, jul./ago. 2016. p. 94.

O intuito desta inversão *ope legis* é “equilibrar a posição das partes da relação de consumo”¹¹⁹, com fundamento no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

Decorre, de certa maneira, dos princípios da veracidade e não abusividade da mensagem publicitária¹²⁰. Ao fornecedor, portanto, “cabe fazer a prova exoneratória do alegado caráter enganoso ou abusivo da publicidade, rompendo com o nexo causal”¹²¹.

Devidamente explicitadas algumas questões gerais relativas à publicidade, passa-se a analisar a publicidade oculta, suas modalidades e a sua ilicitude.

2.2 A ILITICUDE DA PUBLICIDADE OCULTA E OS NOVOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Conforme já exposto na primeira parte deste trabalho, ainda que de forma breve, a publicidade deve ser veiculada de forma a ser facilmente identificada como tal. Esse é o *princípio da identificação da mensagem publicitária*.

Este princípio foi consagrado pelo art. 36 do CDC, o qual afirma que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Este dispositivo deriva “da boa-fé objetiva, estabelecendo deveres de lealdade e transparência entre as partes”¹²².

Não basta a simples identificação da mensagem por parte do consumidor, portanto, mas que esta ocorra no momento da exposição (imediatamente), e sem esforço ou capacitação técnica (facilmente)¹²³.

A ideia básica desta norma 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”¹²⁴.

¹¹⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 134.

¹²¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 92.

¹²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 271.

¹²³ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 200.

¹²⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 890.

O Código de Autorregulamentação Publicitária também prevê, em seu art. 28, que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”¹²⁵.

Conforme referem Efig, Bergstein e Gibran, “a mensagem que o fornecedor transmite no mercado de consumo deve ser evidente, clara, inequívoca, de modo que o consumidor possa identificá-la como uma ação que visa divulgar a oferta de produto ou serviço”¹²⁶.

É por causa deste princípio que “se estabelece a necessidade de distinguir em determinado veículo de comunicação, a publicidade do restante da sua programação editorial”¹²⁷.

Pasqualotto defende que, justamente por ter este caráter persuasivo, o anúncio publicitário deve ser identificado prontamente, “possibilitando ao destinatário que se previna e resista aos argumentos – ou ceda, se quiser”¹²⁸. Ou seja, “a lei admite o assédio honesto e declarado ao consumidor, rechaçando a clandestinidade”¹²⁹.

Por isso, a publicidade somente se mostra lícita quando o consumidor puder identificá-la como tal¹³⁰. Em caso negativo, está-se diante da *publicidade oculta*, que não atende o princípio da identificação.

Dias destaca que a publicidade oculta ocorre quando a função promocional da mensagem não se mostra claramente identificada pelo consumidor.¹³¹ Ou seja, é a “mensagem que se apresenta sob a aparência de uma informação neutra e desinteressada sem revelar de modo suficiente – seja pela sua forma ou conteúdo – o seu caráter publicitário”¹³².

Lopes afirma que “o caráter comercial da publicidade clandestina, oculta ou dissimulada pode ser, com algum esforço, percebido pelo destinatário, embora a mensagem omita, deliberadamente, seu intuito publicitário”¹³³.

¹²⁵ CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**, 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

¹²⁶ EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 91-115, jan./mar. 2012. p. 95.

¹²⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 271.

¹²⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 84.

¹²⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 84.

¹³⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 200.

¹³¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 204.

¹³² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 204.

¹³³ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 1, p. 149-183, jan./mar. 1992. p. 151.

O engano trazido pela publicidade oculta guarda relação com a forma de sua veiculação, e não com o conteúdo da mensagem, que pode, ou não, ser enganoso¹³⁴. O ponto fundamental é que a “natureza promocional da mensagem não resta manifestada de modo adequado e torna-se imperceptível ao destinatário médio”¹³⁵.

O intuito do fornecedor é mascarar a mensagem publicitária, justamente porque os consumidores tendem a confiar mais em uma informação desinteressada, que não tenha como objetivo a venda de qualquer produto. Ou seja, por se tratar de publicidade, a mensagem perde muita credibilidade¹³⁶.

É esta, também, a conclusão de Masso, ao afirmar que “uma mensagem publicitária divulgada de forma clandestina terá uma eficácia persuasiva muito maior, pois o receptor da mensagem estará despreparado para compreender a intenção de venda da mensagem”¹³⁷.

Conforme leciona Dias, para que seja constatada a publicidade oculta, são necessários dois requisitos: a) a *finalidade promocional* da mensagem; e b) o efetivo *ocultamento* desta finalidade¹³⁸.

Para ter uma finalidade promocional, é necessário que as mensagens sobre determinados produtos tenham um objetivo promocional intencional¹³⁹. Quer dizer, esta problemática relativa à transparência da publicidade “não alcança aquelas mensagens que, mesmo exaltando as características de um certo produto ou serviço – com indireto efeito promocional que disso possa derivar – são fruto da livre e responsável escolha de seu criador”¹⁴⁰.

Ou seja, a referência a certa marca ou exposição de determinado produto com fins informativos ou artísticos, e não promocionais, sequer poderia ser taxada de publicidade¹⁴¹.

¹³⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 206.

¹³⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 206.

¹³⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 85.

¹³⁷ MASSO, Fabiano Del. **Direito do consumidor e publicidade clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 91.

¹³⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 207.

¹³⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 207.

¹⁴⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 207.

¹⁴¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 208.

Cabe destacar, contudo, que se faz necessária a análise do caso concreto, diante desta potencial colisão de direitos entre a livre expressão da atividade intelectual e o direito do consumidor¹⁴².

Dias pontua, ainda, que um dos elementos que revelam esta finalidade promocional da mensagem é a “remuneração estabelecida e acordo entre o fornecedor-anunciante e o veículo de comunicação”¹⁴³. Mas é importante atentar que esta remuneração pode ser direta (mediante pagamento) ou indireta, mediante alguma troca de vantagens.

Um exemplo de remuneração indireta é a entrega de produtos em troca da divulgação deles, o que acontece muito por meio das novas mídias, como *blogs*, rede social *instagram* e até por meio de canais no canal de vídeos *youtube*. Veja-se que se trata de uma “inversão do polo emissor da publicidade”¹⁴⁴, que deixa de ser o fornecedor, e passa a ser um intermediário por ele contratado. No decorrer do capítulo, será analisada a publicidade oculta veiculada por meio das novas mídias.

O segundo requisito para que seja constatada a publicidade oculta é o efetivo ocultamento da real finalidade da mensagem. Ou seja, deve o consumidor médio ser incapaz de distinguir esta finalidade promocional, “acreditando, equivocadamente, tratar-se de informação neutra e desinteressada do próprio veículo de comunicação ou de qualquer outra natureza”¹⁴⁵.

Conforme Pasqualotto, a publicidade que não atende o princípio da identificação pode ser *dissimulada*, *clandestina* ou *subliminar*¹⁴⁶.

A publicidade dissimulada, também chamada de *publicidade redacional*, é a “publicidade travestida de reportagem”, que “aparenta ser uma notícia isenta, revestida de objetividade”¹⁴⁷.

Já a publicidade clandestina, conforme referido autor, é o *merchandising*, que é a “exibição comercial de produto ou serviço durante o conteúdo de um programa audiovisual”¹⁴⁸.

¹⁴² EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 91-115, jan./mar. 2012. p. 98.

¹⁴³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 207

¹⁴⁴ SILVA, Rosane Leal da; FLAIN, Valdirene Silveira; LOVATTO, Alice. Desafios à proteção do consumidor em tempos de internet. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 92, p. 139-158, mar./abr. 2014. p. 146.

¹⁴⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 209.

¹⁴⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 86.

¹⁴⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 86.

¹⁴⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 218.

Conforme Pasqualotto, o *merchandising* “trata-se da integração ao roteiro de uma situação de uso ou consumo normal de um produto com a exposição de sua marca ou fatores de identificação”¹⁴⁹.

Quer dizer, por meio desta técnica, “um produto aparece na tela e é utilizado ou consumido pelos atores em meio à ação teatral, de forma a sugerir ao consumidor uma identificação do produto com aquele personagem, história, classe social ou determinada conduta social”¹⁵⁰.

Para Dias, o *merchandising* é melhor denominado como *product placement* (colocação do produto)¹⁵¹, em razão dos distintos significados que o termo *merchandising* possui em relação ao marketing.

Efing, Bergstein e Gibran destacam que, apesar de ser muito aplicado no Brasil, o *merchandising* apresenta “grande divergência doutrinária acerca da sua legitimidade”¹⁵².

Já para Pasqualotto, o seu tratamento jurídico é um *hard case*¹⁵³, e “um bom exemplo do descompasso entre regras e realidade”¹⁵⁴, pois é praticado livremente, mesmo que proibido de forma implícita pelo princípio da identificação, e consagrado pelo código do CONAR.

Benjamin aduz que o Código não faz proibição expressa ao *merchandising*, mas que este fenômeno, além de ser nocivo ao consumidor, “ainda representa uma forma de burla ao limite de 15 minutos de publicidade por hora de programação”¹⁵⁵.

A solução que referido autor entende a mais adequada é “a utilização de “créditos”, ou seja, a veiculação antecipada de uma informação comunicando que, naquele programa, peça ou filme, ocorrerá *merchandising* de tais e tais produtos ou serviços”¹⁵⁶. Estes créditos devem ser

¹⁴⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 87.

¹⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 890.

¹⁵¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 218.

¹⁵² EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 91-115, jan./mar. 2012. p. 97.

¹⁵³ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p. 501-527, jul./ago. 2015. p. 510.

¹⁵⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p. 501-527, jul./ago. 2015. p. 503.

¹⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 201.

¹⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 201.

apresentados quantas vezes for necessário, conforme a fragmentação do programa exibido, ao início e final de cada fragmento¹⁵⁷.

Este entendimento é endossado por Nery Junior, que ressalta que o *merchandising* não está, em tese, proibido, “podendo o anunciante e o veículo valerem-se desse expediente, desde que previamente informem o consumidor de que estará vendo a seguir mensagem publicitária, utilizando para tanto o sistema de créditos”¹⁵⁸.

Pasqualotto, contudo, entende que esta solução “não tem plena viabilidade, porque o consumidor pode ver apenas um fragmento do programa, quando ocorre o merchandising, sem tomar conhecimento dos créditos”¹⁵⁹.

Efing, Bergstein e Gibran também entendem que, mesmo com estes créditos ou alertas, “a própria definição de merchandising está inexoravelmente ligada à dissimulação da mensagem publicitária em meio a uma grande quantidade de informações”¹⁶⁰.

De qualquer forma, é de entendimento majoritário que o *merchandising*, por si só, não é prática ilícita. Nesse sentido é a lição de Marques, a qual afirma que o art. 36 do CDC não deve ser interpretado de modo a proibir a utilização da técnica no Brasil¹⁶¹.

Miragem também aduz que não é todo o *merchandising* que se caracteriza “como publicidade clandestina, desde que possa o consumidor identificar e distinguir a mensagem publicitária do conteúdo ordinário da programação do veículo de comunicação”¹⁶². Um exemplo seria a *publicidade de palco*, quando os apresentadores fazem publicidade de produtos durante o programa televisivo, e não nos intervalos, deixando claro tratarem-se de anúncios¹⁶³.

Portanto, só poderá ser considerado legal o *merchandising* “que for utilizado de tal maneira que todos os consumidores possam identificá-lo como publicidade”¹⁶⁴.

¹⁵⁷ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 201.

¹⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 44-77, jul./set. 1992. p. 60.

¹⁵⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p. 501-527, jul./ago. 2015. p. 508.

¹⁶⁰ EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 91-115, jan./mar. 2012. p. 97.

¹⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 890.

¹⁶² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 273.

¹⁶³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 273.

¹⁶⁴ ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Bernabé. O merchandising e a relação de consumo: breves considerações. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 40, p. 49-67, nov./dez. 2006. p. 61.

Assim, o *merchandising* pode ser jurídico, “que é aquele que foi elaborado em conformidade com o direito e os princípios basilares da publicidade”¹⁶⁵, ou antijurídico, que desrespeita as regras e princípios, sendo contrário ao direito¹⁶⁶.

O *merchandising* ilícito é aquele que deliberadamente oculta do consumidor a finalidade publicitária da mensagem, de modo eficaz¹⁶⁷. Ou seja, o “ocultamento da mensagem publicitária não pode ser tratado como um elemento conceitual do *product placement*, mas apenas como um requisito da sua ilicitude”¹⁶⁸.

Seja como for, a compatibilização do *merchandising* com o direito é um desafio. Por mais que não haja proibição expressa da técnica, na grande maioria das vezes em que é utilizada em programas televisivos e filmes, não deixa claro o seu intuito publicitário de modo satisfatório, o que ofende o princípio da identificação. Isso porque, quanto maior for a percepção do consumidor quanto ao *merchandising*, menor será a qualidade dele em relação à boa técnica do marketing¹⁶⁹.

A publicidade subliminar, por sua vez, é a que atua no estado subconsciente da mente, com estímulos tão fracos ou efêmeros “que escapariam à percepção da consciência, mas suficientemente poderosos para influenciar o comportamento”¹⁷⁰. Pasqualotto a caracteriza como *manipulação*¹⁷¹. Este tipo de mensagem não é objeto do nosso estudo.

Efing, Bergstein e Gibran destacam, ainda, a publicidade invisível, que “tem como principal característica a sua absoluta imperceptibilidade, sendo conhecida apenas pelos agentes envolvidos na sua promoção”¹⁷². Entendem que seria diferente do *merchandising*, pois este,

¹⁶⁵ BOLKENHAGEN, Lina. Merchandising como técnica de publicidade, o seu impacto no mercado de consumo e os efeitos jurídicos de sua veiculação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 80, p. 337-403, out./dez. 2011. p. 350.

¹⁶⁶ BOLKENHAGEN, Lina. Merchandising como técnica de publicidade, o seu impacto no mercado de consumo e os efeitos jurídicos de sua veiculação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 80, p. 337-403, out./dez. 2011. p. 350.

¹⁶⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 221.

¹⁶⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 221.

¹⁶⁹ ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Bernabé. O merchandising e a relação de consumo: breves considerações. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 40, p. 49-67, nov./dez. 2006. p. 60.

¹⁷⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 90.

¹⁷¹ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 90.

¹⁷² EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 91-115, jan./mar. 2012. p. 97.

“ainda que sutil, pode ser percebido pelo consumidor”¹⁷³. Um exemplo de publicidade invisível seria “um ator anônimo (ou qualquer pessoa contratada para este fim) comentar com um consumidor dentro de um estabelecimento comercial que utilizou determinado produto e obteve excelentes resultados, sem mencionar, contudo, ter qualquer relação com o fornecedor”¹⁷⁴.

De qualquer maneira, por mais que alguns autores atribuam denominações diferentes às mensagens publicitárias ocultas (clandestinas, dissimuladas, invisíveis, etc.), tratam-se de publicidades que não atendem ao princípio da identificação, e que, de um jeito ou de outro, buscam ocultar a sua real finalidade, de modo a enganar o consumidor, para que este não saiba que esteja sendo exposto a uma publicidade.

A questão chave para determinar a ilicitude ou não da publicidade oculta é verificar se a mensagem pode ser claramente identificada pelo consumidor¹⁷⁵. Se o consumidor conseguir identificar a finalidade publicitária da mensagem, ela deixa de ser ilícita.

A evolução dos novos meios de comunicação e surgimento da internet colaboraram para uma alteração no modo de se fazer publicidade, que passou a ser veiculada também pela rede. É o que refere Cantu, ao constatar que

a publicidade na internet assume elevado grau de importância, pois, a tecnologia informacional aliada ao ambiente da rede tem favorecido sobremaneira o desenvolvimento das mais diversas formas de publicidade; permitindo a aproximação do conteúdo publicitário aos interesses dos consumidores, tornando-as mais atrativas e interativas¹⁷⁶.

É inegável que o desenvolvimento da internet “gerou a semente de uma nova economia”¹⁷⁷, pois a rede passou a ser utilizada comercialmente, inclusive como plataforma de anúncios publicitários. Erenberg destaca algumas vantagens de se estar presente na rede, como o baixo custo e a acessibilidade constante¹⁷⁸.

¹⁷³ EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 91-115, jan./mar. 2012. p. 97.

¹⁷⁴ EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 91-115, jan./mar. 2012. p. 101.

¹⁷⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p. 501-527, jul./ago. 2015. p. 509.

¹⁷⁶ PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na internet: consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 57.

¹⁷⁷ EREBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 15.

¹⁷⁸ EREBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 39.

Schreiber pontua o *fluxo permanente* da publicidade na internet, que, ao contrário das mensagens publicitárias tradicionais, “acompanha o usuário em qualquer momento da navegação”¹⁷⁹.

Da mesma forma, Lorenzetti afirma que, apesar de as práticas comerciais de publicidade e marketing se constituírem em atividades lícitas, às vezes têm como objetivo a diminuição do discernimento do consumidor, obtido pela “sedução desmedida, feita preferencialmente mediante publicidade indutiva”¹⁸⁰.

Marques também destaca o efeito “exponencialmente mais agressivo”¹⁸¹ da publicidade por meio eletrônico, mesmo que estas mensagens publicitárias ainda sejam reguladas pelas normas gerais da publicidade. Conclui ser a publicidade por meio eletrônico dotada de maior efetividade, justamente por poder possuir um efeito imediato, afirmando que “o *marketing* eletrônico é ainda mais efetivo na sedução dos consumidores”¹⁸².

De fato, “a publicidade assume maior destaque e relevância nos tempos da Sociedade da Informação”¹⁸³, especialmente em relação à *Web 2.0*.

Esta *Web 2.0* pode ser definida como “um ambiente de participação e interação que engloba inúmeras linguagens e motivações, instituindo a colaboração como o aspecto propulsor dessa ‘nova’ Internet e, conseqüentemente, do ciberespaço”¹⁸⁴. É um termo que designa a “mudança na forma como a internet é percebida e vivenciada pelos usuários”¹⁸⁵, que passa a ser uma plataforma colaborativa. Ou seja, “hoje a internet é utilizada como uma plataforma de convergência de inúmeros valores através de utilização de redes sociais”¹⁸⁶.

¹⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos no direito brasileiro - formação dos contratos eletrônicos e direito de arrependimento. In: MELGARÉ, Plínio (org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 52.

¹⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke, com notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 389.

¹⁸¹ MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163.

¹⁸² MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 164 e 166.

¹⁸³ PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na internet: conseqüências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 43.

¹⁸⁴ ABREU, Giovana. A publicidade e as redes sociais digitais: a postura do consumidor 2.0. **Revista Temática**, ano 8, n. 5. Disponível em: <http://www.insite.pro.br/2012/Maio/publicidade_redes_digitais.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2017. p. 6.

¹⁸⁵ ABREU, Giovana. A publicidade e as redes sociais digitais: a postura do consumidor 2.0. **Revista Temática**, ano 8, n. 5. Disponível em: <http://www.insite.pro.br/2012/Maio/publicidade_redes_digitais.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2017. p. 6.

¹⁸⁶ VIAL, Sophia Martini. **Comércio eletrônico: a especialização do mercado e a necessidade de legislação específica**. 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 29.

Não há como negar que “a internet transformou-se assim no mais recente símbolo da modernidade. Ela reúne elementos de todas as mídias existentes – texto escrito, som, imagem em movimento – de forma mais ágil que as mídias originais”¹⁸⁷.

Uma das mudanças que advieram com a sociedade da informação, e com o desenvolvimento da *Web 2.0*, é a exaltação do usuário “a uma posição de protagonismo nunca antes possível em relação às mídias tradicionais, como a televisão, os jornais e as revistas”¹⁸⁸, o que acontece por meio da utilização das mídias interativas. Ou seja, o usuário deixou a posição de mero espectador, passando a absorver e gerar conteúdo.

Por isso, há uma mudança no perfil da publicidade, que deixa de “ser uma via de mão única, onde a empresa emite uma mensagem que o consumidor, apenas, recebe”¹⁸⁹. Pode-se denominar este novo tipo de publicidade atual como *publicidade 2.0*, que tem como grande desafio “cooptar o seu alvo, transformando quem navega na web em um multiplicador. Isso porque, o novo público deseja mais do que ser, simplesmente, o receptor, ele quer participar, opinar, ser a mensagem”¹⁹⁰.

Nesse contexto, também pode-se observar que os anunciantes cada vez mais utilizam técnicas de marketing que buscam esconder do consumidor o intuito publicitário da mensagem, justamente porque o consumidor tende a confiar mais em uma informação desinteressada.

Keen sustenta um “apagamento das linhas entre publicidade e conteúdo”¹⁹¹ na internet, e que isto “se deve em parte ao aumento da nossa descrença em negociantes e na publicidade”¹⁹².

Ou seja, cada vez mais observa-se a publicidade oculta veiculada por meio da rede. Conforme aduz Dias,

diante das constantes inovações tecnológicas e de comportamentos, sobretudo na internet, eventuais mensagens que supostamente não aparentam finalidade econômica

¹⁸⁷ ABREU, Alzira Alves de. **A modernização da imprensa**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2002. p. 55.

¹⁸⁸ SILVA, Rosane Leal da; FLAIN, Valdirene Silveira; LOVATTO, Alice. Desafios à proteção do consumidor em tempos de internet. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 92, p. 139-158, mar./abr. 2014. p. 139.

¹⁸⁹ ABREU, Giovana. A publicidade e as redes sociais digitais: a postura do consumidor 2.0. **Revista Temática**, ano 8, n. 5. Disponível em: <http://www.insite.pro.br/2012/Maio/publicidade_redes_digitais.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2017. p. 8.

¹⁹⁰ ABREU, Giovana. A publicidade e as redes sociais digitais: a postura do consumidor 2.0. **Revista Temática**, ano 8, n. 5. Disponível em: <http://www.insite.pro.br/2012/Maio/publicidade_redes_digitais.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2017. p. 8.

¹⁹¹ KEEN, Andrew. **O culto do amador**: como blogs, myspace, youtube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 84.

¹⁹² KEEN, Andrew. **O culto do amador**: como blogs, myspace, youtube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 84.

podem igualmente estar sujeitas ao controle, pois, neste caso, a intenção econômica restará mascarada pelo fornecedor ou pelo terceiro por ele contratado¹⁹³.

Keen aborda a questão da confiabilidade do conteúdo que se obtém pela internet¹⁹⁴. Para referido autor, após o advento da Web 2.0, a publicidade paga e o conteúdo de mídia restaram cada vez mais difíceis de serem distinguidos entre si. Uma razão para isso é que “as novas tecnologias da Web 2.0 permitem aos anunciantes transformar o que parece ser conteúdo tradicional em comerciais”¹⁹⁵.

Na medida que o consumidor se torna cada vez mais desconfiado e intolerante em relação às mensagens publicitárias, ele passa a confiar cada vez mais nos seus pares¹⁹⁶. E as empresas se aproveitam disso para intermediar a publicidade por meio de terceiros. Por isso, destaca que “o desafio para os negociantes na mídia democratizada da *Web 2.0* é anunciar sem parecer fazê-lo – criando e colocando mensagens comerciais que parecem ter conteúdo genuíno”¹⁹⁷. Neste contexto surgem os influenciadores digitais¹⁹⁸, que são usuários de plataformas de mídia sociais (*blogs, instagram, youtube, etc.*) que possuem uma grande audiência interessada no conteúdo que geram, sendo a sua opinião dotada de credibilidade, e por isso, possuem grande influência sobre os consumidores/seguidores. Os anunciantes utilizam-se destes *intermediários* para veicular as suas publicidades, aproveitando-se da confiança que estes possuem em relação ao seu público.

Uma forma muito frequente de publicidade oculta na internet, propagada por meio de terceiros, é aquela “veiculada como parte do conteúdo editorial de um blog, através de pagamento ou de outras estratégias”¹⁹⁹. Uma delas é o envio de produtos (presentes) para *testes*, para que o autor do blog (influenciador digital) faça referência a eles em seu *site*. Uma prática comum também é o patrocínio de *posts*, isto é, quando o fornecedor paga uma quantia em dinheiro para que o autor do blog/influenciador divulgue o produto como parte de seu conteúdo

¹⁹³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. A publicidade no Código de Defesa do Consumidor: aspectos jurídicos centrais e desafios analíticos. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.130, p. 68-77, ago. 2016. p. 69.

¹⁹⁴ KEEN, Andrew. **O culto do amador**: como blogs, myspace, youtube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 84.

¹⁹⁵ KEEN, Andrew. **O culto do amador**: como blogs, myspace, youtube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 84.

¹⁹⁶ KEEN, Andrew. **O culto do amador**: como blogs, myspace, youtube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 86.

¹⁹⁷ KEEN, Andrew. **O culto do amador**: como blogs, myspace, youtube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 87.

¹⁹⁸ BORGES, Mauro. **Explorando o uso de plataformas digitais de mídia social por empresas para a co-criação com consumidores**. 2011. 213 f. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 149.

¹⁹⁹ HONSCHA, Gisele Lopes. **A profissionalização dos blogs brasileiros**: um estudo sobre as dinâmicas promocionais na blogosfera. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 67.

editorial. O problema é que nem sempre estas postagens são sinalizadas como publicidade, o que

gera uma desconfiança e desconforto em alguns leitores de blogs que passam a não ter certeza se, por exemplo, um elogio a um produto ou evento é apenas a expressão espontânea de uma opinião ou se o blogueiro está recebendo alguma espécie de benefício para divulgar aquilo²⁰⁰.

Conforme constataram Silva, Flain e Lovatto, em análise que realizaram sobre determinado *blog* de beleza, é prática comum o envio de produtos para as autoras do *blog*, para que elas escrevam posts exaltando as características dos *presentes* recebidos, e indiquem estes produtos para as leitoras. Essa nova estratégia de marketing acabar por aumentar “a vulnerabilidade dos consumidores, que têm mais dificuldade de identificar o caráter publicitário da postagem feita pelo titular do blog”²⁰¹.

Estas técnicas funcionam justamente porque o influenciador possui grande credibilidade junto ao seu público, que é utilizada pelos anunciantes para promover o seu produto. E, na grande maioria das vezes, o consumidor sequer percebe que está sendo exposto a uma mensagem publicitária, pensando tratar-se de opinião sincera de alguém em que confia.

A prática de envio destes *presentes* transpassa a esfera dos blogs, atingindo os produtores de conteúdo por diversas redes sociais, como o site de vídeos *Youtube*, que possui conteúdo gerado pelos próprios usuários. É o que se pode observar pela prática do *unboxing* e *review*. A primeira prática consiste em “abrir produtos novos na frente das câmeras. O *youtuber* tem o primeiro contato com o produto na frente das câmeras e realiza a sua abertura relatando de forma sumária as suas principais características”²⁰².

Já pela prática do *review*, apresenta-se o produto com “um grau de detalhamento muito maior, mostrando todas as suas funcionalidades e as dicas para o melhor aproveitamento do

²⁰⁰ HONSCHA, Gisele Lopes. **A profissionalização dos blogs brasileiros**: um estudo sobre as dinâmicas promocionais na blogosfera. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 67.

²⁰¹ SILVA, Rosane Leal da; FLAIN, Valdirene Silveira; LOVATTO, Alice. Desafios à proteção do consumidor em tempos de internet. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 92, p. 139-158, mar./abr. 2014. p. 146.

²⁰² ALMEIDA, Claudia Pontes. Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016. p. 175.

produto”²⁰³. Conforme constata Almeida, “é comum os vídeos serem de unboxing seguidos de um review”²⁰⁴.

Todas estas técnicas, que buscam esconder a publicidade do consumidor, podem ser consideradas como publicidade oculta, e ilícita, portanto.

No próximo capítulo, este trabalho abordará a hipervulnerabilidade da criança consumidora e a publicidade oculta a ela dirigida, especialmente veiculada por meio da internet.

²⁰³ ALMEIDA, Claudia Pontes. Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016. p. 175.

²⁰⁴ ALMEIDA, Claudia Pontes. Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016. p. 175.

3 A HIPERVULNERABILIDADE DA CRIANÇA CONSUMIDORA FRENTE À PUBLICIDADE

A criança está inserida na atual sociedade do hiperconsumo²⁰⁵. E, além de se constituir como consumidor autônomo, exerce grande influência nas decisões de compra da família, “dispondo de uma parcela de poder econômico, controlando direta ou indiretamente uma parte das despesas das famílias”²⁰⁶.

Por isto, a criança consumidora é considerada pelas empresas um público-alvo muito vantajoso, utilizando-se o mercado de diversos expedientes para tentar vender seus produtos, dentre eles, a publicidade.

Porém, ao contrário dos adultos, que são capazes de compreender o real intuito da mensagem publicitária, as crianças e adolescentes, dependendo de sua idade, não têm este discernimento. Dias afirma que o público infantil representa o público-alvo mais suscetível e vulnerável às mensagens publicitárias, pois “a depender da sua faixa etária, a criança sequer tem condições de distinguir o caráter publicitário da mensagem a que está sendo submetida e entender os seus efeitos persuasivos”²⁰⁷.

Se a publicidade pelos meios e mídias tradicionais já se mostra prejudicial à criança, pela sua inabilidade em entender a verdadeira intenção de uma peça publicitária, deve-se ter especial atenção à publicidade oculta dirigida ao público infantil.

Dentre estas publicidades ocultas, destaca-se o *merchandising*²⁰⁸, e também a publicidade camuflada veiculada por meio da internet, especialmente por meio dos *youtubers mirins*²⁰⁹.

Este capítulo se propõe a analisar a hipervulnerabilidade da criança consumidora frente à prática publicitária, especialmente no que tange à veiculação de publicidade por meio da

²⁰⁵ Conforme ensina Lipovetsky, este “modelo consumista-emocional-individualista” é promovido em todas as classes de idade. Ou seja, “de um lado, as maneiras de consumir são cada vez mais marcadas pelas diferenças de idade; do outro, não há mais nenhuma categoria de idade – ainda que seja a primeira infância – que não participe plenamente da ordem do consumo”. LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 119.

²⁰⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 120.

²⁰⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 183.

²⁰⁸ Um caso notório de merchandising dirigido à criança ocorreu na Novela Carrossel, transmitida pelo SBT. INSTITUTO ALANA. **Relatório**. Publicidade no programa Carrossel. 15 de agosto de 2012. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/05/12_relato_sbt.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

²⁰⁹ KARAGEORGIADIS, Ekaterine. **Precisamos cuidar das crianças no meio ambiente virtual**. Conexão planeta. 05 jul. 2016. Disponível em: <<http://conexaoplaneta.com.br/blog/criancas-youtube-ambiente-virtual/>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

internet, e se o conteúdo produzido pelos *youtubers* mirins pode ser considerado como publicidade oculta.

3.1 A CRIANÇA E A PUBLICIDADE

O consumidor é parte vulnerável do mercado de consumo. Esta é uma presunção legal absoluta²¹⁰, e que justifica a existência do direito do consumidor²¹¹, como forma de proteger o elo mais fraco da relação de consumo.

Apesar de todo o consumidor ser vulnerável, existem grupos que, por apresentarem características próprias, necessitam de maior proteção que os consumidores *standard*²¹². Esta vulnerabilidade potencializada por ser denominada como hipervulnerabilidade²¹³ ou vulnerabilidade agravada²¹⁴.

Como ensina Marques, esta terminologia criou uma “escada ou escala de graduação da vulnerabilidade (geral ou agravada)”²¹⁵.

Dentre os agentes hipervulneráveis, pode-se destacar os consumidores idosos, enfermos, analfabetos, e também as crianças e adolescentes, que são o objeto deste estudo.

A vulnerabilidade, no caso da criança, é um estado *a priori*, “considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (*vulnus*), aquele que pode ser ‘ferido’ (*vulnerare*) ou é vítima facilmente”²¹⁶.

Esta “hipervulnerabilidade da criança e do adolescente como consumidores decorre do texto constitucional”²¹⁷, mais precisamente do art. 227²¹⁸ da CF. O Estatuto da Criança e do

²¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 128.

²¹¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 128.

²¹² NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 229.

²¹³ O termo foi difundido por Benjamin, no julgamento do REsp nº 586.316/MG, j. 17.04.2007, de sua relatoria. É amplamente utilizado pela doutrina. Veja-se: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 361 e NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 229.

²¹⁴ A expressão é de Miragem. MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 131.

²¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 361.

²¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 131.

²¹⁷ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 236.

²¹⁸ Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. Constituição (1988).

Adolescente (Lei 8.069/90) consolida esta proteção integral aos infantes, determinando, em seu artigo 3º que

a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade²¹⁹.

Conforme aduz Moraes, as crianças são hipervulneráveis pois acabam sendo o alvo predileto de estruturas publicitárias grandiosas, tendentes a impor determinados produtos ou serviços²²⁰.

A criança se trata de um ser em desenvolvimento, “sob ponto de vista cognitivo, mental, psicológico e emocional”²²¹. Há muito tempo deixou de ser um *mini adulto*, para ser percebida “como a pessoa em fase peculiar de desenvolvimento que é”²²². Pesquisas apontam que o desenvolvimento mais acentuado do cérebro ocorre nos primeiros anos de vida, e que “a influência do meio na estruturação do cérebro e na sua organização funcional é particularmente expressiva”²²³ neste período. O cérebro da criança pode ser moldado pelo ambiente, de acordo com experiências negativas ou positivas²²⁴, sendo “incapaz de estabelecer escolhas racionalmente adequadas”²²⁵.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

²¹⁹ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

²²⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 295.

²²¹ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112-127. p. 122.

²²² HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112-127. p. 121.

²²³ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17-34. p. 21.

²²⁴ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17-34. p. 22.

²²⁵ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas**: do consumismo à compulsão por compras. São Paulo: Globo, 2014. p. 103.

É justamente por isso que, juridicamente, “a criança possui um tratamento diferenciado, por sua compreensão e discernimento não ser o mesmo de um adulto”²²⁶. Ou seja, as crianças e adolescentes “são sujeitos de plenos direitos, mas devido às suas condições especiais de pessoas em desenvolvimento merecem proteção e cuidados especiais”²²⁷, até porque são muito mais influenciáveis pelas mensagens publicitárias do que um adulto.

Também por isso que o art. 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente afirma ter a criança e o adolescente “direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”²²⁸.

Apesar de apresentarem essa vulnerabilidade acentuada, “a mídia, seja através da televisão ou sobretudo da Internet, vem investindo na faixa etária das crianças e adolescentes, que, na condição de pessoas em desenvolvimento, não se encontram preparadas para receber criticamente tal publicidade”²²⁹.

Quer dizer, a infância “se transformou em um produto muito rentável”²³⁰, sendo as crianças consideradas como um importante público alvo pelo mercado publicitário. São consideradas como um “nicho de mercado específico”²³¹, e ainda influenciam na definição das compras da família²³². É nesse sentido a conclusão de Bertoncello, de que “a construção da condição da criança consumidora na pós-modernidade é marcada pela intensidade da participação dos infantes nas compras da família”²³³.

Henriques pontua que as crianças passaram a ser vistas como um excelente *nicho de mercado*, “sob três perspectivas: a do consumidor atual criança que é; a do consumidor do

²²⁶ KEIM, Gracy. Publicidade infantil e modos de construção do sujeito: uma breve abordagem psicanalítica das relações objetais. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 53-67. p. 57.

²²⁷ MOMBERGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 41.

²²⁸ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

²²⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 102, p. 297-320, nov./dez. 2015. p. 300.

²³⁰ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas: do consumismo à compulsão por compras**. São Paulo: Globo, 2014. p. 104.

²³¹ KEIM, Gracy. Publicidade infantil e modos de construção do sujeito: uma breve abordagem psicanalítica das relações objetais. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 53-67. p. 54.

²³² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 132.

²³³ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”: como proteger as crianças consumidoras? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 90, p. 69-90, nov./dez. 2013. p. 76.

futuro adulto que será, e a do promotor de vendas, que tem até 80% de influência em todas as compras pela família”²³⁴.

Neste sentido é a conclusão de Barber, de que “os jovens tornam-se grandes perdulários antes mesmo de ganhar modestos salários”. Em 2004, “33,5 milhões de crianças controlavam US\$ 169 bilhões, ou aproximadamente US\$ 91 por semana cada criança”²³⁵.

Ocorre que, se os apelos publicitários são sedutores aos consumidores *standard*, se presume que sejam ainda mais sedutores para as crianças e adolescentes. Isso porque

estes se encontram em estágio da vida em que não apenas permite que se deixem convencer com maior facilidade, em razão de uma formação intelectual incompleta, como também não possuem, em geral, o controle sobre aspectos práticos da contratação, como os valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio. Daí resulta que estejam em posição de maior debilidade com relação à vulnerabilidade que se reconhece a um consumidor *standard*²³⁶.

Ou seja, “esse ‘poder’ da criança e do adolescente nas decisões de compra familiar [...] contrasta com a vulnerabilidade que apresentam em relação à atuação negocial dos fornecedores no mercado, por intermédio das técnicas de *marketing*”²³⁷.

As crianças não têm a habilidade de se informar e tomar decisões a respeito do que seria melhor para elas, estando “mais vulneráveis à ação do marketing”²³⁸. Além disso, como o desenvolvimento da inibição acontece mais tardiamente, “a criança é mais impulsiva e com maior frequência realiza escolhas inadequadas”²³⁹.

O mercado se favorece desta “peculiar fase de desenvolvimento em que estão crianças menores de 12 anos para aumentar exponencialmente a geração de lucro a empresas de diversos segmentos, sem qualquer ética ou preocupação com o impacto decorrente dessa conduta”²⁴⁰.

²³⁴ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112-127. p. 115.

²³⁵ BARBER, Benjamin R. **Consumido**: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 18.

²³⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 132.

²³⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 132.

²³⁸ LINN, Susan. **Crianças do consumo**: a infância roubada. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006. p. 22.

²³⁹ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17-34. p. 25.

²⁴⁰ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112-127. p. 120.

Aliado ao bombardeio publicitário, o mercado se vale da sensação de culpa dos adultos por não passarem tanto tempo com seus filhos, e que tentam suprir esta ausência com produtos e presentes²⁴¹. Esta visão ambivalente da infância é construída pelos próprios adultos, que, de um lado veem as crianças como “inocentes que precisam ser protegidos no mercado de consumo”²⁴² e, ao mesmo tempo, como “destinatárias do amor paterno concretizado através da aquisição de bens de consumo”²⁴³.

É sabido, inclusive pelo mercado publicitário, que, a depender da faixa etária da criança, ela sequer sabe distinguir entre conteúdo e publicidade. Costa afirma ser “pouco provável que crianças com idade inferior a 7 ou 8 anos possam entender a finalidade da publicidade”²⁴⁴.

Da mesma forma, Linn afirma que “até a idade de cerca de oito anos, as crianças não conseguem realmente entender o conceito de intenção persuasiva”²⁴⁵. Quer dizer, a criança não consegue entender o conceito chave da publicidade, e a razão de sua existência. Para ela, a publicidade está dizendo a verdade, e não tentando convencê-la a adquirir determinado produto.

Quer dizer, os comerciais são interpretados pelas crianças como “verdades absolutas”²⁴⁶, até porque “a criança (entre três e cinco anos) não entende o porquê de se dizer algo que não seja verdadeiro”²⁴⁷.

O direcionamento da publicidade aos infantes, portanto, “pode conduzir a um excessivo consumismo, ou a frustração quando ao desejo despertado não corresponde a efetiva compra do bem ou serviço publicitado”²⁴⁸.

²⁴¹ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112-127. p. 117.

²⁴² MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 102, p. 297-320, nov./dez. 2015. p. 304.

²⁴³ MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 102, p. 297-320, nov./dez. 2015. p. 304.

²⁴⁴ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17-34. p. 25.

²⁴⁵ LINN, Susan. **Crianças do consumo: a infância roubada**. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006. p. 22

²⁴⁶ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas: do consumismo à compulsão por compras**. São Paulo: Globo, 2014. p. 97.

²⁴⁷ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas: do consumismo à compulsão por compras**. São Paulo: Globo, 2014. p. 96-97.

²⁴⁸ COUTO, Rute. Comunicação comercial audiovisual dirigida a menores: tutela das crianças e jovens face à publicidade na televisão. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 57-72, set. 2016. p. 60.

Este entendimento é endossado por Henriques, que afirma que a publicidade não poderia ser dirigida a crianças com menos de 12 anos de idade, pois estas não conseguiriam realizar uma análise crítica destas mensagens²⁴⁹.

É por isso que “é de enorme responsabilidade o cuidado com a publicidade dirigida às crianças visto o potencial deste processo em influenciar o desenvolvimento do cérebro”²⁵⁰.

Tudo isso porque as “crianças não conhecem e não entendem a complexidade das relações de consumo e o fato de que o mercado sempre tentará lhes convencer a consumir algo porque sempre haverá uma oferta gigantesca de produtos e serviços ávida por ser consumida”²⁵¹.

É por isso que a mensagem publicitária direcionada à criança, via de regra, se apresenta como “pobre em conteúdo normativo e rica em sugestões afetivas”²⁵², bem como permeada de magia e fantasia. Isso porque os anunciantes, ao integrarem o *universo imaginário* do infante, “tornam o anúncio menos autoritário e mais assimilável para a criança”²⁵³.

É esta a mensagem que a publicidade passa para a criança, de que “a felicidade só existe dentro daquelas situações apresentadas”²⁵⁴.

Quer dizer, “o diálogo estabelecido pela publicidade com o público infantil ultrapassa a venda de produtos/serviços”²⁵⁵, e propaga a ideia de que a “felicidade é ofertada através da publicidade”²⁵⁶. Por isso que “o público infantil é alvo de publicidade direcionada e ações de

²⁴⁹ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112-127. p. 122.

²⁵⁰ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17-34. p. 22.

²⁵¹ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112-127. p. 123.

²⁵² PAIVA, Maria Soberana; SOUZA, Karlla Christine Araújo; MENDES, Marcília Luzia Gomes da Costa. O mundo imaginário da publicidade infantil. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**, São Paulo, v. 11, n. 32, p. 73-92, set./dez. 2014. p. 83.

²⁵³ PAIVA, Maria Soberana; SOUZA, Karlla Christine Araújo; MENDES, Marcília Luzia Gomes da Costa. O mundo imaginário da publicidade infantil. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**, São Paulo, v. 11, n. 32, p. 73-92, set./dez. 2014. p. 83.

²⁵⁴ D’AQUINO, Lúcia Souza. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 89-131, jul./ago. 2016. p. 105.

²⁵⁵ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 19.

²⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e infância: sugestões para a tutela legal das crianças consumidoras. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 93-111. p. 94.

marketing diversas, cada vez mais infiltradas em seu universo”²⁵⁷, que tem como objetivo precípuo a associação pelas crianças, desde cedo, do consumo à felicidade e ao sucesso²⁵⁸.

Nesse aspecto, Keim entende ser extremamente abusiva a publicidade infantil, “ao condicionar sujeitos em formação a uma concepção de objetos plenos e impostos, conquista permanente e perene de satisfação e felicidade através dos mesmos”²⁵⁹.

O fato é que “o marketing é bem sucedido por aproveitar-se deliberadamente da vulnerabilidade das crianças”²⁶⁰, independentemente dos danos que isto possa causar aos infantes. D’Aquino ressalta alguns temas sensíveis da publicidade, como a erotização precoce, indução precoce a comportamentos adultos, publicidade de alimentos e bebidas que fazem mal à saúde, problemas com a autoimagem e definição de gênero, e a propagação de valores consumistas. Pontua que estes temas violam os direitos das crianças, e apresentam uma “ilegalidade e abusividade flagrantes”²⁶¹.

Como se vê pelo art. 37, parágrafo segundo, do CDC, o legislador atribuiu como abusiva a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”²⁶². Ou seja, somente seria abusiva a publicidade que explorasse este déficit cognitivo da criança, e não qualquer publicidade direcionada a ela.

Por certo que algumas mensagens são mais flagrantemente abusivas que outras. Mas, independentemente do conteúdo da mensagem, seria ela ilegal pelo simples fato de ser direcionada à criança?

Conforme ensina Pasqualotto, “a deficiência de julgamento e de experiência é inerente à condição da criança, uma vez que ela é sensível a estímulos do meio ambiente”²⁶³. Por isso, entende que toda a publicidade direcionada à criança aproveita-se da sua deficiência de julgamento.

²⁵⁷ BRAGAGLIA, Ana Paula; FERREIRA, Andre Luis do Nascimento. Os youtubers mirins e a felicidade através do consumo. **Revista Temática**, João Pessoa, ano 12, n. 12, p. 57-73, dez. 2016. p. 60.

²⁵⁸ BRAGAGLIA, Ana Paula; FERREIRA, Andre Luis do Nascimento. Os youtubers mirins e a felicidade através do consumo. **Revista Temática**, João Pessoa, ano 12, n. 12, p. 57-73, dez. 2016. p. 60.

²⁵⁹ KEIM, Gracy. Publicidade infantil e modos de construção do sujeito: uma breve abordagem psicanalítica das relações objetais. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 53-67. p. 54.

²⁶⁰ LINN, Susan. **Crianças do consumo: a infância roubada**. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006. p. 30.

²⁶¹ D’AQUINO, Lúcia Souza. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 89-131, jul./ago. 2016. p. 108.

²⁶² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

²⁶³ PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 96, p. 89-105, nov./dez. 2014. p. 94.

Este entendimento é partilhado por Nunes Junior, o qual entende que, por configurar-se como “um ser em processo de formação, a criança não possui os predicados sensoriais suficientemente formados para a plena inteligência do que seja a publicidade, de quais os seus objetivos e de como dela se proteger”²⁶⁴. Qualquer publicidade dirigida a ela, portanto, não atenderia o princípio da identificação da mensagem publicitária, sendo ilegal.

Henriques também defende a total proibição da publicidade ou comunicação mercadológica direcionada ao público infantil, pela interpretação sistemática do art. 227 da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como das normas do CDC, especialmente a necessidade de identificação da mensagem publicitária e a proibição da publicidade abusiva que se aproveitar da inexperiência da criança²⁶⁵.

De fato, não parece haver óbice em sopesar a proteção da publicidade comercial, inserida na proteção ordem econômica, e o princípio da proteção integral da criança, previsto no art. 227 da Constituição Federal. Até porque, como foi visto no primeiro capítulo deste trabalho, entende-se não haver uma *liberdade de expressão comercial*, mas sim a proteção da publicidade pautada na livre iniciativa. Quer dizer, apesar de atividade lícita, protegida pela Constituição, a publicidade comercial “pode sofrer limitações em respeito a outros direitos constitucionalmente tutelados”²⁶⁶.

Aliás, mesmo que se entendesse existir “um direito fundamental relativo à ‘liberdade de expressão comercial’, é errado acreditar que este se configuraria como absoluto, sobrepondo-se, inclusive, sobre outros direitos fundamentais, como os relativos à saúde e proteção da infância”²⁶⁷.

Por outro lado, Miragem entende que a publicidade direcionada à criança não é proibida²⁶⁸, apenas aquela que se aproveite da deficiência de julgamento da criança, o que deve ser verificado no caso concreto.

²⁶⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco. **Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações** no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 842-846. p. 845.

²⁶⁵ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112-127. p. 124.

²⁶⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; TRETTEL, Daniela Batalha. Limites à publicidade comercial e proteção de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 63, p. 270-284, abr./jun. 2008. p. 279.

²⁶⁷ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; TRETTEL, Daniela Batalha. Limites à publicidade comercial e proteção de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 63, p. 270-284, abr./jun. 2008. p. 278.

²⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 132.

Também é esta a posição de Dias, que entende caber ao julgador, “no exame do caso concreto, avaliar e definir as situações de abusividade direcionadas às crianças”²⁶⁹. Defende, ainda, a “regulamentação dos limites da publicidade dirigida a crianças menores de 12 anos”²⁷⁰, pois a publicidade seria apenas um dos fatores que contribuem para formar os cidadãos e a proibição dela seria “demais restritiva à livre iniciativa”²⁷¹.

É notório que a criança possui uma deficiência de julgamento que lhe é inata, bem como uma evidente falta de experiência. Ela vai aperfeiçoando estas habilidades no decorrer de seu crescimento.

Por isso, por mais que o dispositivo legal traga como hipótese de publicidade abusiva aquela que se aproveite da deficiência de julgamento do infante, entende-se que toda mensagem publicitária se aproveita deste déficit cognitivo. Ao menos, até determinada faixa-etária.

Com o intuito de proteger a criança consumidora, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA editou a Resolução nº 163/2014, que “dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente”²⁷². Sobre a diferenciação entre comunicação mercadológica e publicidade, a primeira tem conceito mais amplo que a segunda, sendo que “nesse conceito não está incluída só a publicidade comercial, mas toda prática ou atividade que tenha por finalidade divulgar produtos, serviços, marcas, empresas ou um estilo de vida”²⁷³.

A indústria publicitária criticou a medida²⁷⁴, sob a alegação de que o CONANDA acabou por proibir a publicidade infantil, o que somente poderia ser feito por meio de lei, via Congresso Nacional²⁷⁵.

²⁶⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 184.

²⁷⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 190.

²⁷¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 190.

²⁷² BRASIL. **Resolução nº 163**, de 13 de março de 2014. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. Disponível em: <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

²⁷³ D’AQUINO, Lúcia Souza. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 89-131, jul./ago. 2016. p. 95.

²⁷⁴ ABERT. **Nota Pública** – Publicidade infantil. Disponível em: <<http://www.abert.org.br/web/index.php/notmenu/item/22580-nota-publica-publicidade-infantil>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

²⁷⁵ PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 96, p. 89-105, nov./dez. 2014. p. 90.

Por outro lado, houve quem defendesse a legitimidade da Resolução, afirmando que ela “veio apenas para dar efetividade a normas constitucionais e legais preexistentes, especialmente ao princípio da proteção integral e às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente”²⁷⁶.

Pasqualotto também defende a Resolução do ponto de vista formal, afirmando que o CONANDA “pretende exercer uma função assemelhada às agências reguladoras no que concerne à sua área de atuação: a de conceituar, interpretar e explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei sobre publicidade dirigida às crianças”²⁷⁷.

Miragem pontua que a Resolução é constitucional, pois se mostra adequada aos fins que se destina, necessária e proporcional, até porque não proíbe a publicidade ou outras práticas comerciais na hipótese, “mas apenas define critérios para interpretação de limites a estas iniciativas, previstos em lei”²⁷⁸.

De qualquer maneira, conforme a linha de pensamento que entende ser abusiva qualquer publicidade direcionada à criança, é

irrelevante a diferença semântica entre os enunciados do CDC e da Resolução. Embora esta considere abusivo o simples direcionamento de publicidade à criança, enquanto aquele circunscreva a ilicitude a um déficit da capacidade de julgamento e de experiência, em verdade, ambos coincidem quanto à razão da proteção, porque a criança não é capaz de perceber a reserva mental que esconde o intuito persuasivo da publicidade²⁷⁹.

O mercado, atento a esta discussão, e ciente de que pode perder esta vantajosa fatia do mercado, cada vez busca novos expedientes de marketing, de preferência, imperceptíveis ao consumidor.

Conforme foi abordado no primeiro capítulo, os anunciantes cada vez se utilizam de estratégias de marketing invisíveis por meio da internet, e isto não é diferente em relação às crianças consumidoras.

²⁷⁶ PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 96, p. 89-105, nov./dez. 2014. p. 90.

²⁷⁷ PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 96, p. 89-105, nov./dez. 2014. p. 90.

²⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente - CONANDA. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 95, p. 459-495, set./out. 2014. p. 494.

²⁷⁹ PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 96, p. 89-105, nov./dez. 2014. p. 94.

3.2 A PUBLICIDADE OCULTA DIRIGIDA À CRIANÇA NA INTERNET: O CASO DOS YOUTUBERS MIRINS

No capítulo anterior, foi examinada a temática da publicidade oculta, e que esta é ilícita, por não atender o princípio da identificação da mensagem publicitária. Também foi abordada a questão da publicidade na internet, e as novas técnicas de marketing para mascarar o intuito das mensagens publicitárias veiculadas por meio da rede. Nesta parte do trabalho, esta temática será analisada no caso específico da publicidade dirigida à criança.

É sabido que crianças muito pequenas não conseguem distinguir a publicidade da programação comercial, nem entender a finalidade persuasiva do anúncio, conforme foi explicitado na primeira parte deste capítulo. Pode ser que crianças mais velhas²⁸⁰ tenham mais facilidade para visualizar anúncios do que as mais novas.

Contudo, existem situações em que ocorre um deliberado ocultamento da mensagem publicitária. Por isso, até mesmo aquelas crianças que, em tese, poderiam diferenciar os anúncios do conteúdo assistido, não identificam a mensagem publicitária.

Um exemplo de publicidade oculta, conforme trazido no primeiro capítulo, é o *merchandising*, que de forma extremamente nociva, vem sendo utilizado em programas direcionados à criança.

Um caso famoso ocorreu na novela infantil Carrossel, transmitida pelo Canal SBT, a partir de maio de 2012. Foi constatado que, no período de maio a agosto de 2012, a novela já havia exibido cerca de 18 cenas de publicidades durante a trama, conforme relatório elaborado pelo Instituto Alana²⁸¹. Uma das cenas mais preocupantes é uma conversa entre a professora Helena e o médico Miguel, na qual ele “fala da importância das crianças comerem doces, principalmente chocolates, se fossem feitos de cacau de ótima qualidade, e a partir daí cita todas as supostas qualidades nutricionais do produto alimentício”. Logo em seguida, o aluno Adriano “entra na loja ‘Cacau Show’ e fica maravilhado ao ver os produtos expostos na loja, e, além disso, dá atenção especial a uma barra de chocolate, que possibilita o seu consumidor a ganhar um bilhete premiado”. Este bilhete tem como prêmio uma visita à fábrica de chocolates da Cacau Show, que possibilitaria ao vencedor participar das gravações com o elenco da novela

²⁸⁰ Schor refere pesquisa que constatou que “apenas uma em dez crianças menores de 5 anos identificava anúncios corretamente, mas na faixa entre 5 e 6 anos a porcentagem subia para 62%, chegando a 100% para aquelas maiores de 10 anos”. SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar**: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009. p. 63.

²⁸¹ INSTITUTO ALANA. **Relatório**. Publicidade no programa Carrossel. 15 de agosto de 2012. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/05/12_relato_sbt.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

²⁸². Não é preciso dizer que a emissora foi condenada pela prática nociva, e sentenciada a pagar setecentos mil reais por danos morais coletivos²⁸³.

O próprio CONAR, conforme art. 37, III, do Código de Autorregulamentação Publicitária, “condena a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado”²⁸⁴.

Da mesma forma, conforme consta no inciso IV, do mesmo dispositivo suprarreferido: “nos conteúdos segmentados, criados, produzidos ou programados especificamente para o público infantil, qualquer que seja o veículo utilizado, a publicidade de produtos e serviços destinados exclusivamente a esse público estará restrita aos intervalos e espaços comerciais”²⁸⁵.

Ou seja, pela própria disposição do CONAR, a publicidade que for direcionada à criança deve se restringir aos intervalos e espaços comerciais, e não se misturar com o conteúdo editorial. Na prática, contudo, isso não ocorre.

Por outro lado, o advento da internet representou um terreno muito fértil para os anunciantes veicularem suas publicidades, especialmente direcionada para os jovens. Conforme aduz Barber, “a internet tem as pessoas muito jovens como alvo no mundo inteiro, oferecendo acesso fácil a crianças de quatro anos e destinando muitos de seus sites de jogos e chats a pré-escolares”²⁸⁶.

Conforme dados do Comitê Gestor da Internet no Brasil, “em torno de 70% dos jovens brasileiros que acessam a internet diariamente possuem de 9 a 10 anos”²⁸⁷.

Por vezes, “o nosso desejo de adotar a tecnologia supera constantemente nosso entendimento de suas implicações éticas, sociais e culturais”²⁸⁸, mas, ao mesmo tempo, a mídia eletrônica continua a proliferar.

²⁸² INSTITUTO ALANA. **Relatório**. Publicidade no programa Carrossel. 15 de agosto de 2012. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/05/12_relato_sbt.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

²⁸³ SBT é condenada por merchandising infantil na novela Carrossel. **Criança e Consumo**. 07 dez. 2015. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/noticias/sbt-e-condenada-por-merchandising-infantil-na-novela-carrossel/>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

²⁸⁴ CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**, 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

²⁸⁵ CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**, 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

²⁸⁶ BARBER, Benjamin R. **Consumido**: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 45.

²⁸⁷ BRAGAGLIA, Ana Paula; FERREIRA, Andre Luis do Nascimento. Os youtubers mirins e a felicidade através do consumo. **Revista Temática**, João Pessoa, ano 12, n. 12, p. 57-73, dez. 2016. p. 58.

²⁸⁸ LINN, Susan. **Crianças do consumo**: a infância roubada. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006. p. 26.

Neste sentido, Dias salienta a necessidade de maior proteção em relação aos consumidores crianças e adolescentes, pontuando que

a hipervulnerabilidade do consumidor criança e adolescente é mais patente com o desenvolvimento das novas tecnologias, como a Internet, telefones celulares de última geração, videogames, aparelhos digitais etc. A velocidade das informações tornou-se muito mais rápida nos últimos 20 anos e hoje nossas crianças e adolescentes têm acesso mais facilitado aos bens de consumo²⁸⁹.

Conforme aduz Silva²⁹⁰, o excesso de informação disponibilizado pela internet é responsável pela adultização e aprendizagem cada vez mais precoce esta geração, denominada por ela como KGOY (*kids growing older younger*)²⁹¹.

O mercado está atento às novas realidades e possibilidades com o aumento do acesso das crianças à rede. Em meio a este cenário, “novas possibilidades de estratégias publicitárias no ambiente on-line surgem a todo momento e contribuem para tornar mais complexa a relação entre infância e publicidade”²⁹².

Dentre os diversos formatos e estratégias publicitárias utilizadas para atingir o público infantil na internet, verifica-se três principais categorias: “(i) separada do conteúdo do site, (ii) intrusiva, (iii) integrada ao conteúdo do site”²⁹³.

Para o estudo aqui desenvolvido, importam as mensagens publicitárias integradas ao conteúdo do site, que “se apresentam de forma integrada com o conteúdo informacional ou de entretenimento”²⁹⁴.

Schor destaca que a “fusão de anúncio e informação está muito adiantada na web”²⁹⁵, pontuando a existência do *advergaming*²⁹⁶, por meio do qual o “produto é incluído diretamente em um jogo, maneira pela qual é apresentado”²⁹⁷.

²⁸⁹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 238.

²⁹⁰ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas: do consumismo à compulsão por compras**. São Paulo: Globo, 2014. p. 103.

²⁹¹ Crianças crescendo cada vez mais jovens, em tradução livre

²⁹² CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 22.

²⁹³ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 22.

²⁹⁴ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 26.

²⁹⁵ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo**. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009. p. 80.

²⁹⁶ Fusão das palavras advertising (anúncio) e gaming (jogo).

²⁹⁷ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo**. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009. p. 80.

Craveiro pontua uma “tendência à hibridização entre publicidade e entretenimento”²⁹⁸ na internet. Afirma que

nesse processo de hibridização, entra em vigor um processo comunicativo mais penetrante, que prioriza a participação ativa da criança como consumidora e promove um embaçamento das fronteiras entre o que é e o que não é publicidade na internet. Além de dificultar a identificação do conteúdo publicitário por parte do público infantil, esse novo modelo de comunicação publicitária, que oferece conteúdo midiático sem um apelo evidenciado ao consumo do produto ou marca que o patrocina, dificulta a identificação da intenção persuasiva por trás daquele conteúdo narrativo²⁹⁹.

Dentre as publicidades integradas ao site, Craveiro destaca o conteúdo gerado pelo usuário, que pode ocorrer quando as marcas convocam “formadores de opinião na internet para usarem determinado produto e gerarem conteúdo falando sobre ele para seus seguidores em sites de redes sociais, blogs, sites de compartilhamentos de vídeos, entre outros espaços online”³⁰⁰.

O trunfo desta estratégia reside no fato de que o público mais jovem é muito influenciável por seus pares³⁰¹.

Também nesse sentido é a constatação de Linn, que refere que as empresas procuram *lançadores de moda*, que influenciam as outras crianças a utilizar um produto. Por mais que eles sempre existiram, “a novidade é que eles não precisam criar um visual novo ou descobrir uma nova marca por conta própria. Agora os adultos fazem a criação por eles, pagando-os para lançar moda”³⁰².

Schor traz as práticas de que denominada de publicidade *under the radar*³⁰³ e o *merchandising*. Afirma que as indústrias pagam por aparições de seus produtos em filmes, séries de televisão, e inclusive em livros, mas que um desenvolvimento mais recente da indústria é o *merchandising da vida real*, que é a colocação do produto do anunciante “na vida

²⁹⁸ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 30.

²⁹⁹ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 30.

³⁰⁰ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 26.

³⁰¹ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 26.

³⁰² LINN, Susan. **Crianças do consumo: a infância roubada**. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006. p. 27.

³⁰³ São as práticas *fora do alcance do radar*, no “sentido de estar além do poder de escolha, de decisão e da capacidade de identificação do consumidor”. SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo**. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009. p. 77.

cotidiana por intermédio de utilizadores pagos”³⁰⁴. O objetivo desta prática seria induzir tendências entre os consumidores, inclusive crianças e jovens.

A autora destaca a campanha de marketing do produto POX, um jogo eletrônico portátil, fabricado pela Hasbro. A campanha trabalhava com a ideia de sigilo, e o marketing consistia em identificar as crianças alfa, que são aquelas “socialmente dominantes, os ícones lançadores de tendências”³⁰⁵. Estas crianças eram pagas para *infectar* dez amigos cada, ou seja, recebiam produtos relacionados ao jogo, e o próprio jogo portátil, para distribuir aos amigos. Ou seja, mencionada campanha, que acabou sendo um sucesso, utilizou-se da “amizade entre crianças como estratégia de disseminação da informação”³⁰⁶.

Tudo isto indica a extrema influência das crianças em relação a outras crianças. Os infantes se espelham em seus pares, especialmente quando eles estão alçados à posição de celebridades. E é isto que está ocorrendo hodiernamente, com o fenômeno dos *youtubers* mirins.

Os *youtubers* mirins são “crianças que mantêm canais no site YouTube e produzem vídeos com temáticas variadas: tutoriais de maquiagem, dicas de jogos e brincadeiras, desafios a serem realizados com amigos, dicas de moda, receitas, relatos sobre seu cotidiano etc”³⁰⁷.

Estas crianças, “produtores de conteúdo precoces, que são um fenômeno relativamente recente, estão ocupando um espaço cada vez maior no âmbito do YouTube, atraindo milhões de seguidores e bilhões de visualizações de vídeos”³⁰⁸. Passam, assim, a atrair a atenção do mercado publicitário, que viu uma nova oportunidade de ação de *marketing*, e passou a patrocinar esta forma de entretenimento³⁰⁹.

O conteúdo dos vídeos que produzem, à primeira vista, não apresentam nenhum problema. Os *youtubers* falam sobre brinquedos, brincadeiras, mostram o seu quarto novo ou detalham itens que possuem em seu banheiro³¹⁰. Mas, por vezes criam vídeos relatando as “suas

³⁰⁴ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar**: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009. p. 79.

³⁰⁵ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar**: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009. p. 70.

³⁰⁶ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar**: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009. p. 73.

³⁰⁷ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 28.

³⁰⁸ BRAGAGLIA, Ana Paula; FERREIRA, Andre Luis do Nascimento. Os *youtubers* mirins e a felicidade através do consumo. **Revista Temática**, João Pessoa, ano 12, n. 12, p. 57-73, dez. 2016. p. 62.

³⁰⁹ ALMEIDA, Claudia Pontes. *Youtubers* mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Lusó-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016. p. 161.

³¹⁰ ALMEIDA, Claudia Pontes. *Youtubers* mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Lusó-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016. p. 172.

experiências com produtos ‘doados’ a eles por marcas específicas, além de relatos de viagens e passeios patrocinados por empresas”³¹¹.

Quer dizer, “ao prestar atenção na forma como todos os enredos dos vídeos de alguma maneira conduzem à compra de um produto ou fomentam um estilo de vida unicamente baseado no consumo”³¹², o olhar passa a ser mais crítico.

Craveiro traz como exemplo o canal da *youtuber* Júlia Silva, que possui quase um milhão de seguidores, e constantemente publica vídeos exibindo produtos que ganhou de fabricantes. Nestes vídeos, contudo, o conteúdo não é tratado como publicidade. Pelo contrário, “os produtos são exibidos disfarçados de conteúdo editorial”, caracterizando “uma publicidade completamente integrada com o conteúdo informacional e de entretenimento” produzido pela jovem *youtuber*³¹³.

Esta também é a conclusão de Corrêa quanto aos vídeos veiculados, pontuando que, nos canais mais populares entre o público infantil do *Youtube* “as mensagens publicitárias podem vir de modo independente, paralelo, antes ou depois do conteúdo audiovisual, em diferentes formatos, até se confundindo completamente com ele”³¹⁴.

Em análise empírica realizada com base em três vídeos de *youtubers* mirins³¹⁵, constatou-se que a proporção de tempo de exibição de produtos representava em média 95,47% dos vídeos. Ou seja, a média de duração dos vídeos é de 14 minutos e 59 segundos, enquanto o tempo aproveitado para a promoção de produtos é de 14 minutos e 18 segundos.

Esta incitação ao consumo fica muito clara especialmente nos vídeos em que os *youtubers* abrem presentes recebidos pelos fabricantes, ou desempacotam produtos, o denominado *unboxing*, que foi conceituado no primeiro capítulo.

³¹¹ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 28.

³¹² ALMEIDA, Claudia Pontes. Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016. p. 172.

³¹³ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 28.

³¹⁴ CORRÊA, Luciana. **O que tem dentro da caixa?** Crianças hipnotizadas pelo Youtube Brasil, as fronteiras entre entretenimento, conteúdo proprietário e publicidade. São Paulo. Disponível em:

<http://pesquisasmedialab.espm.br/wp-content/uploads/2016/09/CORREA_Luciana_Propesq_2016.pdf>.

Acesso em: 07 fev. 2017. p. 4.

³¹⁵ A pesquisa foi realizada com base nos seguintes vídeos: “Baby Alive sofre acidente na tirolesa”, do canal de Juliana Baltar, com 50 milhões de visualizações, “Smoothie Challenge – a revanche – cenas muito mais fortes!! Kkkkkkk”, do canal Bel para meninas, com 13,4 milhões de visualizações e “Cuidando da minha Baby Alive comer e brincar Katie”, do canal de Júlia Silva, com 8,3 milhões de visualizações. BRAGAGLIA, Ana Paula; FERREIRA, Andre Luis do Nascimento. Os youtubers mirins e a felicidade através do consumo. **Revista Temática**, João Pessoa, ano 12, n. 12, p. 57-73, dez. 2016. p. 70.

Esta prática é cada vez mais comum e cada vez ganha mais visibilidade, especialmente com o advento dos *youtubers* mirins. Conforme constata Corrêa, os vídeos de *unboxing* e *review* (resenha do produto após a abertura), representam mais de 5 bilhões de *views* no *YouTube* Brasil³¹⁶.

Lindstrom fala sobre a prática do *unboxing*, e do prazer que é proporcionado aos demais consumidores pelo simples fato de assistir outra pessoa se divertindo ao abrir produtos, o que atribui à existência dos *neurônios-espelho*³¹⁷. Destaca, ainda, que “esse conceito de imitação é um fator importante na nossa motivação para comprar o que compramos”³¹⁸.

Esta prática resta agravada pelo envio de produtos pelas empresas, configurando-se como uma remuneração indireta³¹⁹ aos *youtubers*. Conforme ensina Almeida, esta se tornou “uma prática bastante comum para os fabricantes, não só de produtos infantis, mas de alimentos, acessórios para a casa, tudo que pode ser divulgado de forma barata e eficaz”³²⁰.

Se até mesmo os adultos acabam sendo influenciados por comportamentos alheios, as crianças mais ainda. Ainda mais em razão da extrema credibilidade que estes pequenos influenciadores possuem em relação aos seus seguidores. Eles “têm se tornado celebridades, de modo que possuem fãs, publicam livros, fazem tarde de autógrafos e vendem um estilo de vida, com muito glamour, para milhares de crianças”³²¹.

Quer dizer, “na sociedade de consumo, as crianças e jovens são simultaneamente influenciadores e influenciados”³²², o que se observa pelo vertiginoso crescimento deste fenômeno.

³¹⁶ CORRÊA, Luciana. **O que tem dentro da caixa?** Crianças hipnotizadas pelo Youtube Brasil, as fronteiras entre entretenimento, conteúdo proprietário e publicidade. São Paulo. Disponível em: <http://pesquisamedialab.espm.br/wp-content/uploads/2016/09/CORREA_Luciana_Propesq_2016.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2017. p. 11.

³¹⁷ Os neurônios-espelho, segundo referido autor, são “neurônios que se ativam quando uma ação está sendo realizada e quando a mesma ação está sendo observada”. São responsáveis tanto pela empatia humana, quanto por afetar nossos hábitos de consumo e influenciar as nossas decisões de compra, simplesmente por observamos outros consumidores. LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos**. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 55 e 60.

³¹⁸ LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos**. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 60.

³¹⁹ De acordo com a definição trazida por Dias. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 207.

³²⁰ ALMEIDA, Claudia Pontes. Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016. p. 172.

³²¹ ALMEIDA, Claudia Pontes. Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016. p. 167.

³²² COUTO, Rute. Comunicação comercial audiovisual dirigida a menores: tutela das crianças e jovens face à publicidade na televisão. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 57-72, set. 2016. p. 60.

Como aduz Schor, no “universo do marketing infantil, usar crianças para atrair outras crianças é uma prática em rápida expansão”³²³. E por meio desta prática, o mercado está utilizando “crianças para vender para crianças, vendendo mais do que produtos, mas um estilo de vida pautado no consumismo desenfreado, que se encaixa perfeitamente no conceito de ‘ter’ é mais importante do que ‘ser’”³²⁴. A criança é utilizada como verdadeira *promotora de vendas*, o que é prejudicial, inclusive, a ela mesma.

Almeida alerta, também, que os *youtubers* mirins tem “inspirado outras crianças a criarem seus próprios canais, o que poderá eternizar esse tipo de entretenimento nada saudável à infância”³²⁵.

Parece evidente que o conteúdo produzido pelos *youtubers* mirins se trata de publicidade ou comunicação mercadológica direcionada às crianças. Mas, de forma muito mais nociva que a publicidade convencional. Um aspecto que se mostra perigoso é a “credibilidade que as crianças que assistem os *youtubers* mirins depositam em tudo que eles fazem, dizem e vendem”³²⁶.

Outra questão preocupante é a associação da felicidade às marcas promovidas, o que pode ser observado nos vídeos, quando os *youtubers* “ficam contentes ao ganharem um novo brinquedo e ao se divertirem em lojas, shoppings, parques e outros locais em que aparecem práticas de consumo”³²⁷.

Estas estratégias “estabelecem uma comunicação mais bidirecional com o público infantil, mesclam a publicidade com o conteúdo do site e tendem a proporcionar uma experiência lúdica da criança com a marca”³²⁸. Quer dizer, o intuito é criar um envolvimento emocional com as crianças consumidoras, e não apresentar um produto, tão somente.

É o que foi constatado pela pesquisa empírica realizada por Bragaglia e Ferreira, que entendeu ser claro e recorrente o incentivo ao consumo de determinados bens, e que a felicidade

³²³ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar**: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009. p. 77.

³²⁴ ALMEIDA, Claudia Pontes. Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016. p. 165.

³²⁵ ALMEIDA, Claudia Pontes. Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016. p. 167.

³²⁶ ALMEIDA, Claudia Pontes. Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016. p. 165.

³²⁷ BRAGAGLIA, Ana Paula; FERREIRA, Andre Luis do Nascimento. Os youtubers mirins e a felicidade através do consumo. **Revista Temática**, João Pessoa, ano 12, n. 12, p. 57-73, dez. 2016. p. 63.

³²⁸ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016. p. 29.

associada ao consumo foi “observada por elogios frequentes aos itens anunciados, bem como a partir de características verbais e não verbais de expressividade das crianças ao tratar dos bens mencionados”³²⁹.

Com esta pesquisa, os autores chegaram a quatro conclusões:

1) os canais de youtubers mirins são de fato utilizados para propagar produtos (incluindo serviços) e marcas; 2) há uma certa maturidade tanto técnica quanto mercadológica na produção de conteúdo destes canais; 3) a indução ao consumo através destes canais pode ocorrer de forma ostensiva e orientada; e 4) expressões de felicidade estão presentes na relação entre youtubers e bens de consumo³³⁰.

Alguns poderiam defender que a demonstração dos produtos feita pelos *youtubers* mirins seria tão somente a sua opinião desinteressada, ou uma livre expressão de pensamento. Mas, por meio de um olhar atento, é fácil perceber o estímulo ao consumo contido em tais vídeos, e que as empresas, atentas à dinamicidade do mercado, se aproveitaram da popularização deste tipo de mídia para vender os seus produtos.

Essa prática nociva, propiciada pela internet, “poderá tornar o sujeito-criança tão ou mais vulnerável a compra desenfreada e ao consumismo do que aos incitamentos publicitários tradicionais”³³¹.

³²⁹ BRAGAGLIA, Ana Paula; FERREIRA, Andre Luis do Nascimento. Os youtubers mirins e a felicidade através do consumo. **Revista Temática**, João Pessoa, ano 12, n. 12, p. 57-73, dez. 2016. p. 71.

³³⁰ BRAGAGLIA, Ana Paula; FERREIRA, Andre Luis do Nascimento. Os youtubers mirins e a felicidade através do consumo. **Revista Temática**, João Pessoa, ano 12, n. 12, p. 57-73, dez. 2016. p. 70.

³³¹ FIGUEIRÓ, Mírian Raquel Buiz Mion. **Os movimentos do movimento infância livre de consumismo: problematizando o consumismo e a infância**. 2015. 90 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e Institucional) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 82.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio desta monografia, buscou-se compreender e analisar o fenômeno da publicidade frente ao público infanto-juvenil, bem como averiguar se o conteúdo produzido pelos chamados *youtubers* mirins poderia configurar publicidade ou comunicação mercadológica.

A publicidade se mostra muito importante na sociedade de consumo em que estamos inseridos, justamente em razão da abundância dos bens produzidos e de ser imprescindível ao mercado a contínua fabricação de novas necessidades.

Deve, contudo, ser controlada em seus excessos e abusos, justamente em razão de seu efeito extremamente persuasivo.

Conforme foi visto neste trabalho, o controle da publicidade comercial não representa nenhuma forma de censura, mas é necessário para evitar abusos no exercício do poder de persuasão da mensagem publicitária.

A evolução das mídias fez com que a publicidade evoluísse cada vez mais, e fosse utilizada das mais diferentes formas e nos mais diferentes contextos. Muitas das novas formas de veiculação da publicidade, infelizmente, possuem o intuito de enganar o consumidor, para que este não perceba que está sendo exposto a uma mensagem publicitária. Isso porque o consumidor já está *blindado* contra as investidas do mercado. Já olha estas mensagens com ressalvas, e por isso os fornecedores buscam formas de burlar estas defesas.

Uma das formas de atravessar as defesas impostas pelo consumidor é mediante a fusão entre conteúdo e publicidade. Dessa forma, o consumidor-espectador sequer tem conhecimento que está sendo persuadido a comprar determinado produto, pois pensa tratar-se de entretenimento. Este tipo de mensagem é a chamada *publicidade oculta*, que não atende ao princípio da identificação.

A conclusão inexorável é que esta publicidade se mostra ilícita, e extremamente nociva ao consumidor.

As crianças e adolescentes também estão inseridas no jogo do consumo, e grande parte da publicidade é direcionada a elas, por serem um público alvo extremamente promissor. Além de representarem consumidores autônomos, as crianças possuem grande influência nas compras de toda família.

Mas, conforme restou plenamente demonstrado no presente trabalho, a criança deve ser protegida dos apelos do *marketing*, pois estes acabam sendo prejudiciais ao seu adequado desenvolvimento.

Muitas das crianças não conseguem sequer identificar a mensagem publicitária, nem o seu intuito persuasivo. Pensam que a publicidade lhes diz a verdade, e por isso acabam associando a compra de produtos à satisfação e felicidade.

Existem esforços legislativos no sentido de conferir maior efetividade à proteção da criança contra os anúncios publicitários, e recentemente adveio a Resolução nº 163 do CONANDA, que trata do tema de forma a proteger os infantes.

Aliás, conforme foi visto neste estudo, a simples interpretação conjunta do princípio da proteção integral do infante, e ainda dos dispositivos contidos no Código consumerista, que determinam a necessidade de identificação da mensagem publicitária, conduzem ao entendimento de que esta publicidade já se mostra proibida. Apesar de não ser este o escopo deste estudo, é o que se pode concluir mediante a análise de grande parte da doutrina sobre o tema.

Mesmo diante de todos esses esforços e interpretações, a publicidade continua sendo feita sem quaisquer freios, inclusive por meio de novas mídias, como a internet.

Nesse sentido, pode-se destacar a situação objeto do presente estudo, que é a veiculação de vídeos por crianças, denominadas *youtubers* mirins, que possuem claro incentivo ao consumo. O presente estudo possibilitou a melhor compreensão deste fenômeno, da sua real dimensão e crescimento constante.

Pela análise efetuada, é possível concluir que os vídeos associam o consumo à felicidade, além de promoverem produtos de forma escancarada e potencialmente prejudicial aos pequenos espectadores.

Por isso, é evidente que o entretenimento que promove a aquisição de bens de consumo, bem como enfatiza valores consumistas, representa, sem dúvida, uma publicidade. E os vídeos criados pelos pequenos *youtubers* se encaixam nesta hipótese.

O mercado se aproveita da ingenuidade das crianças e da credibilidade que estas pequenas celebridades possuem junto ao seu público-alvo. Fazendo isso, consegue promover produtos sem que as crianças, ou até seus pais, sequer percebam.

A pretensão deste estudo não é o esgotamento do tema estudado, mas sim a exposição de uma situação nova e flagrantemente abusiva em relação ao público infantil, e que vem crescendo de forma perigosa.

O operador do direito não pode fechar os olhos para esta prática. Precisa agir para coibir esta nova forma extremamente nociva de publicidade ou comunicação mercadológica direcionada às crianças.

Sequer se mostra necessária a edição de nova legislação a respeito do tema, pois a existente é suficiente para coibir a prática. Basta aplicar o CDC, e até as normas do próprio CONAR, que proíbem a fusão entre publicidade e conteúdo, quando este for dirigido ao público infantil.

Somente com uma ação rápida e contundente, será possível barrar este tipo nocivo de publicidade aos infantes, que vem crescendo vertiginosamente.

REFERÊNCIAS

- ABERT. **Nota Pública** – Publicidade infantil. Disponível em: <<http://www.abert.org.br/web/index.php/notmenu/item/22580-nota-publica-publicidade-infantil>>. Acesso em: 14 jun. 2017.
- ABREU, Alzira Alves de. **A modernização da imprensa**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2002.
- ABREU, Giovana. A publicidade e as redes sociais digitais: a postura do consumidor 2.0. **Revista Temática**, ano 8, n. 5. Disponível em: <http://www.insite.pro.br/2012/Maio/publicidade_redes_digitais.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2017.
- ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Bernabé. O merchandising e a relação de consumo: breves considerações. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 40, p. 49-67, nov./dez. 2006.
- ALMEIDA, Aliette Marisa Stefanini Duarte Neves Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 53, p. 11-38, jan./mar. 2005.
- ALMEIDA, Claudia Pontes. Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao código de defesa do consumidor e às leis protetivas da infância. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 155-181, set. 2016.
- BARBER, Benjamin R. **Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos**. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BENJAMIN, Antonio Herman. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994.
- BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”: como proteger as crianças consumidoras? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 90, p. 69-90, nov./dez. 2013.
- BOLKENHAGEN, Lina. Merchandising como técnica de publicidade, o seu impacto no mercado de consumo e os efeitos jurídicos de sua veiculação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 80, p. 337-403, out./dez. 2011.
- BORGES, Mauro. **Explorando o uso de plataformas digitais de mídia social por empresas para a co-criação com consumidores**. 2011. 213 f. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 149.

BRAGAGLIA, Ana Paula; FERREIRA, Andre Luis do Nascimento. Os youtubers mirins e a felicidade através do consumo. **Revista Temática**, João Pessoa, ano 12, n. 12, p. 57-73, dez. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

BRASIL. **Resolução nº 163**, de 13 de março de 2014. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. Disponível em: <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

CANTO, Rodrigo Eidelvein do. Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 87, p. 179-210, maio/jun. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**, 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

CORRÊA, Luciana. **O que tem dentro da caixa?** Crianças hipnotizadas pelo Youtube Brasil, as fronteiras entre entretenimento, conteúdo proprietário e publicidade. São Paulo. Disponível em: <http://pesquisamedialab.espm.br/wp-content/uploads/2016/09/CORREA_Luciana_Propesq_2016.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2017.

COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17-34.

COUTO, Rute. Comunicação comercial audiovisual dirigida a menores: tutela das crianças e jovens face à publicidade na televisão. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 6, n. 23, p. 57-72, set. 2016.

CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Cultura Midiática**, João Pessoa, ano 9, n. 16, p. 16-32, jan./jun. 2016.

D'AQUINO, Lúcia Souza. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 89-131, jul./ago. 2016.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. A publicidade no Código de Defesa do Consumidor: aspectos jurídicos centrais e desafios analíticos. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.130, p. 68-77, ago. 2016.

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

EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 91-115, jan./mar. 2012.

ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

FADEL, Marcelo Costa. Breves comentários ao código de autorregulamentação publicitária do CONAR. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 153-170, abr./jun. 2004.

FIGUEIRÓ, Mírian Raquel Buiz Mion. **Os movimentos do movimento infância livre de consumismo: problematizando o consumismo e a infância**. 2015. 90 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e Institucional) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112-127.

HONSCHA, Gisele Lopes. **A profissionalização dos blogs brasileiros: um estudo sobre as dinâmicas promocionais na blogosfera**. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

INSTITUTO ALANA. **Caderno Legislativo**. Publicidade Infantil: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. 2016. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/caderno_legislativo.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

INSTITUTO ALANA. **Relatório**. Publicidade no programa Carrossel. 15 de agosto de 2012. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/05/12_relato_sbt.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

KARAGEORGIADIS, Ekaterine. **Precisamos cuidar das crianças no meio ambiente virtual**. Conexão planeta. 05 jul. 2016. Disponível em: <<http://conexaoplaneta.com.br/blog/criancas-youtube-ambiente-virtual/>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

KEEN, Andrew. **O culto do amador: como blogs, myspace, youtube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

KEIM, Gracy. Publicidade infantil e modos de construção do sujeito: uma breve abordagem psicanalítica das relações objetais. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 53-67.

LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo**: verdades e mentiras sobre por que compramos. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

LINN, Susan. **Crianças do consumo**: a infância roubada. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 1, p. 149-183, jan./mar. 1992.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke, com notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e infância: sugestões para a tutela legal das crianças consumidoras. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 93-111.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, p. 7-20, abr./jun. 1994.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 102, p. 297-320, nov./dez. 2015.

MASSO, Fabiano Del. **Direito do consumidor e publicidade clandestina**: uma análise jurídica da linguagem publicitária. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 35, p. 123-131, jul./set. 2000.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática

abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente - CONANDA. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 95, p. 459-495, set./out. 2014.

MOMBERGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 44-77, jul./set. 1992.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; TRETTEL, Daniela Batalha. Limites à publicidade comercial e proteção de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 63, p. 270-284, abr./jun. 2008.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco. **Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 842-846.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Publicidade comercial. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 603-624.

PAIVA, Maria Soberana; SOUZA, Karlla Christine Araújo; MENDES, Marcília Luzia Gomes da Costa. O mundo imaginário da publicidade infantil. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**, São Paulo, v. 11, n. 32, p. 73-92, set./dez. 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 96, p. 89-105, nov./dez. 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p. 501-527, jul./ago. 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na internet: consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. O controle jurídico da publicidade no CDC. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 176-182.

SBT é condenada por merchandising infantil na novela Carrossel. **Criança e Consumo**. 07 dez. 2015. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/sbt-e-condenada-por-merchandising-infantil-na-novela-carrossel/>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar**: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009.

SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos no direito brasileiro - formação dos contratos eletrônicos e direito de arrependimento. In: MELGARÉ, Plínio (org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas**: do consumismo à compulsão por compras. São Paulo: Globo, 2014.

SILVA, Rosane Leal da; FLAIN, Valdirene Silveira; LOVATTO, Alice. Desafios à proteção do consumidor em tempos de internet. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 92, p. 139-158, mar./abr. 2014.

VIAL, Sophia Martini. **Comércio eletrônico**: a especialização do mercado e a necessidade de legislação específica. 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

XAVIER, José Tadeu Neves. Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais: o valor da ética no controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 117-143, jan./mar. 2012.