



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR
COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

Protocolado: 08012.002951/2009-32
Data: 7 de outubro de 2011.
Representante: DPDC *ex officio*
Representado: Sistema Brasileiro de Televisão - SBT
Assunto: Publicidade.
Ementa: Processo Administrativo. Veiculação de publicidade em programas de televisão voltados ao público infantil. Violação ao princípio da boa-fé e transparência previstos no Código de Defesa do Consumidor. Aplicação de multa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Nota Técnica n. 173 /2011 – CGAJ/DPDC/SDE

Sr. Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos,

D) Relatório

01. A presente averiguação preliminar foi instaurada, em face do Sistema Brasileiro de Televisão – SBT, para apurar suposto descumprimento à Lei n.º 8.078/90, no que se refere à identificação de conteúdo publicitário em programas de televisão infantil.

02. Cabe salientar que o tema referente à publicidade nas obras audiovisuais em programas da televisão aberta vem sendo tratado no âmbito do Grupo de Trabalho de Comunicação Social do qual participam o Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação (DEJUS), vinculado à Secretaria Nacional de Justiça deste Ministério; este Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), o Ministério Público Federal, entidades civis e professores da área.

03. Em 27 de novembro de 2007, foi realizada audiência, nas dependências deste DPDC, com a presença de procuradores do Ministério Público Federal, do Diretor do DEJUS e de representantes legais de diversas emissoras: Sistema Brasileiro de Televisão - SBT, Bandeirantes, Record, Rede TV e MTV.

04. Nesta oportunidade, pelo DPDC, Ministério Público Federal e DEJUS foi reiterada a preocupação em relação à forma pela qual o *merchandising* é veiculado em programas de televisão aberta e à necessária informação clara ao consumidor de que se trata de publicidade. De acordo com a Ata de Audiência (fls. 09/10), os representantes legais das referidas emissoras afirmaram que cumprem a legislação vigente, bem como que a mensagem publicitária é facilmente apreendida pelo consumidor.

05. Com o intuito de averiguar eventual irregularidade, a Coordenação-Geral de Supervisão e Controle deste Departamento expediu notificação ao SBT para que prestasse esclarecimentos acerca da veiculação de *merchandising* em seus programas, da maneira como o consumidor é informado e dos critérios de identificação da ocorrência, bem como que encaminhasse a lista dos programas e horários (fls. 14).

06. Em resposta, a empresa informou que utiliza *merchandising* e que “a informação é passada ao consumidor das seguintes formas: *testemunhal, visualização, inserts de texto com*

informações do cliente, citações, manuseio, degustação e/ou consumo". Afirmou, ainda, que *"não existem critérios rígidos, ou um formato padrão, a identificação é feita com base no formato editorial do programa e construída a partir de formas de expressão e trejeitos dos apresentadores envolvidos. Existem casos aonde a comercialização se destaca pela presença de promotores ('merchandetes'), balcões de exposição (displays) e testemunhais dirigidos à venda de telemarketing"* (fls. 19/20).

07. Conforme relatório de ocorrência de publicidade inserida em programa de televisão, realizado no período de 15/12/2009 a 01/01/2010, apresentado pelo Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação – DEJUS, verifica-se que os programas infantis do SBT (Carrossel animado, Bom dia & Cia, Sábado Animado e Domingo Animado) apresentam várias marcas de brinquedos, que são prêmios possíveis nos jogos promovidos.

08. Os referidos programas infantis utilizam de forma recorrente as diferentes maneiras de realizar *merchandising*: (i) os produtos são, em maior parte, mostrados na tela (estímulo visual), seja quando um participante ganha aquele produto como prêmio, seja quando o apresentador estimula a participação das crianças mostrando um dos prêmios possíveis; (ii) utilizam também em forma de diálogo informal o elogio de determinados produtos por parte dos apresentadores, sobretudo quando a criança ganha o prêmio que havia escolhido, em que os apresentadores dizem frases como: *"Tal produto é muito legal! Você vai se divertir muito, pode ter certeza"* (conceitual). Há um discurso que exalta o produto, uma vez que a apresentadora garante que o brinquedo tem qualidade, que certamente divertirão a criança.

09. Do relatório de ocorrência de publicidade inserida em programas de televisão colhe-se, *in verbis*:

Playstation 3 - Na Primeira brincadeira do dia, o vencedor escolhe o Playstation 3 na roleta (vale ressaltar que a apresentadora havia acabado de anunciar o produto). A apresentadora roda a roleta e ambos começam a torcer: Playstation! Playstation! O menino ganha um jogo 'Imagem & Ação'. Maísa vai até o balcão onde está o jogo, que é mostrado em plano de conjunto.

Hot Wheels – Ao final de um desenho animado, Maísa vai até o balcão e mostra um brinquedo, o "Hot Wheels": E eu quero mostrar esse "Hot Wheels" que é tudo de bom. Gostou? Quer ganhar? É só ligar... A menina, então, brinca rapidamente com a pista de carrinhos "Hot Wheels". Enquanto ela brinca, a pista de carrinhos é mostrada em plano médio.

10. Assim, a Coordenação-Geral de Supervisão e Controle deste Departamento, nos termos da Nota Técnica n.º 134/CGSC/DPDC/2010, enfatizou a hipossuficiência da criança frente ao mercado de consumo, nos seguintes termos:

O princípio da vulnerabilidade é um dos mais relevantes consagrados pelo Código, na medida em que consiste no reconhecimento do estado de risco e fragilidade do sujeito de direitos inserido no mercado de consumo. É a partir desse reconhecimento que o Código de Defesa do Consumidor é capaz de estabelecer um regime diferenciado para reequilibrar os poderes na relação de consumo. Nos termos de Cláudia Lima Marques, "a igualdade perante a lei e a igualdade na lei só podem realizar-se hoje, no direito privado brasileiro, se existir a distinção entre fracos e fortes, entre consumidor e fornecedor (...)". Quando acentuada, a vulnerabilidade é conhecida como hipossuficiência. Ensinam os autores do anteprojeto do CDC que hipossuficientes são grupos específicos de consumidores como **crianças**, índios, idosos, rurícolas, doentes, moradores de periferia. Para Herman Benjamin, os hipossuficientes

“são os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, **de idade pequena** ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo”. (grifo no original)

11. Ante o exposto, concluiu pela existência de indícios de violação às normas consumeristas, em especial às determinações dos arts. 36 e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor - CDC, tendo em vista que *“a publicidade exerce enorme influência na vida das pessoas, em seus hábitos, comportamentos, idéias e valores, tendo interferência direta em seu emocional e psicológico, portanto, o fornecedor tem uma grande responsabilidade ao transmitir suas mensagens publicitárias ao público consumidor, em especial para o público infantil”* e, assim, sugeriu o encaminhamento dos autos à esta Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos para instauração de Processo Administrativo, se for o caso.

12. Diante dos fatos, foi instaurado o presente processo administrativo em face da representada, em virtude da possível inobservância dos arts. 4º, *caput*, I e III; 6º, IV e VI; 36; 37, §2º e 39, IV, todos da Lei n. 8.078/90, como restou constatado na Nota Técnica n.º 84-2011/CGAJ/DPDC da Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos (fls. 39/44), cujo trecho se transcreve abaixo, *in verbis*:

Quanto à publicidade, disciplina o CDC, em seus arts. 36 a 38, a informação publicitária para obrigar o fornecedor que dela se utiliza a respeitar os princípios de transparência, a informação correta, e boa-fé nas relações de consumo. Assim, dispõe em seu art. 36, *caput*, que *“a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”* e proíbe toda publicidade abusiva, consoante determina o § 2º do art. 37...

Dessa maneira, todos os consumidores devem identificar prontamente uma publicidade quando esta é veiculada. Para Benjamim Herman, *“a publicidade só é lícita quando o consumidor puder identificá-la. Mas, tal não basta: a identificação há que ser imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica)”*. Logo, infere-se que quando o consumidor não pode identificar a publicidade, está é ilícita –constitui um ilícito civil - e o responsável civilmente é aquele fornecedor que se “utiliza” da publicidade abusiva para promover os seus produtos ou os seus serviços, em total dissonância com o que determina o CDC.

Neste contexto, deve ser analisado o merchandising, técnica publicitária bastante conhecida e praticada pelo mercado publicitário para a promoção e divulgação de produtos e serviços. Conforme o citado autor, a comunicação por meio dessa técnica é subliminar e tem por objetivo a *“inclusão de menções ou aparições de produto, serviço ou marca, de forma aparentemente casual, em programas de televisão ou rádio, filme cinematográfico, espetáculo teatral etc.”*

13. Intimada para apresentar defesa, em 18 de abril de 2011, a representada trouxe aos autos suas razões de defesa (fls. 64/67), alegando, em síntese, que *“tal quadro não é merchandising, porque NÃO SE VENDE PARA OS ANUNCIANTES tal brincadeira; ou seja: a ‘roleta’ não é vendida pelo departamento comercial.”* Ademais, *“no que tange ao fato da apresentadora mirim gritar, à guisa da torcida, o nome ‘Playstation’, tal atitude é improvisação da menina Maisa, não podendo ser creditada tal atitude a qualquer ação de merchandising.”*

14. Com vistas a dar prosseguimento ao feito, esta Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos solicitou à Procuradoria Geral da República, por meio do Ofício n.º 2.788/2011,

manifestação acerca do presente procedimento, em especial quanto ao impacto da publicidade infantil em programas televisivos.

15. Em resposta, às fls. 83/97, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão concluiu que o merchandising destinado ao público infantil, mormente na forma testemunhal, é ilegal.

16. A empresa foi devidamente notificada para apresentar alegações finais (fls. 99) e em resposta solicitou dilação probatória por não ter como produzir prova negativa, qual seja, de que a empresa Sony não compra *merchandising* da emissora em comento.

17. O pedido de dilação de prazo foi indeferido por esta CGAJ, pois, conforme disposição legal do art. 44 da Lei n.º 9.784/1999, o prazo de apresentação de alegações finais é de 10 (dez) dias, não ficando ao arbítrio da Administração Pública a fixação de prazo diverso ao do comando legal (fls. 104).

É o relatório.

II) Razões da Representada

18. Insurgiu-se, a representada, contra a decisão proferida pela Sra. Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor por meio da qual foi determinada a instauração de processo administrativo, vislumbrando possibilidade de infração ao disposto nos arts. 4º, *caput*, I e III; 6º IV e VI; 36; 37, §2º e 39, IV, todos da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

19. Em seus esclarecimentos, oferecidos em sede de averiguação preliminar, a representada informou que (i) a informação é passada ao consumidor das seguintes formas: testemunhal, visualização, inserts de texto com informações do cliente, citações, manuseio, degustação e/ou consumo; e (ii) não existem critérios rígidos, ou um formato padrão, a identificação é feita com base no formato editorial do programa e construída a partir de formas de expressão e trejeitos dos apresentadores envolvidos. Existem casos aonde a comercialização se destaca pela presença de promotores (“merchandetes”), balcões de exposição (displays) e testemunhais dirigidos à venda de telemarketing.

20. Em sede de impugnação, no que se refere ao brinquedo Hot Wheels, a representada afirmou ser esse alvo de *merchandising* nos programas, “*porém, não na ‘roleta’*. *E tal merchandising é feito através da espécie ‘testemunhal’, sem induzimento, e com balcão de exposições (displays), o que permite, mesmo para o hipossuficiente, identificar que aquilo é propaganda, vez que destaca-se do andamento ordinário do programa. Ademais, todos os outros merchandising são feitos através do testemunho do apresentador, estando este atrás do display, o que poderá ser comprovado durante a devida instrução deste processos.*

21. Quanto à responsabilidade da emissora, colacionou julgado do Excelso Superior Tribunal de Justiça a fim de demonstrar ser isento de responsabilidade quando de suas veiculações publicitárias.

III) Fundamentação

22. Verifica-se, primeiramente, que o Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitária, do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, que regulamenta as normas éticas aplicáveis à publicidade e propaganda, dispõe, em síntese, em seu art. 10 que a publicidade indireta ou o *merchandising* não são técnicas proibidas, mas se

submetem às normas do referido Código, em especial os princípios de ostensividade e identificação publicitária. E, também dispõe em seu art. 29 que não aborda a propaganda subliminar por não se tratar de técnica comprovada, mas condena “*quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos ‘subliminares’ em publicidade ou propaganda.*”

23. O art. 37, *caput*, inciso I, alínea f e inciso II, do citado Código de Auto Regulamentação, dispõe que:

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

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

...

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

II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

a. procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;

b. respeitar a dignidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;

c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;

e. abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

24. Neste sentido, foram introduzidas recentemente alterações no Código de Auto Regulação Publicitária e um dos dispositivos expressos no Anexo H, que disciplina a propaganda comercial de alimentos, refrigerantes, sucos, achocolatados, bebidas não-carbonatadas e as isentas de álcool a elas assemelhadas, reza que “*ao utilizar personagens do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a este público-alvo, fazê-lo apenas nos intervalos comerciais, evidenciando a distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo editorial ou da programação.*”

25. Assim, observa-se a preocupação do próprio CONAR em fazer distinção entre propaganda e o conteúdo do programa dirigidos ao público infantil, reconhecendo, assim a nocividade do merchandising na programação televisiva.

26. Quanto à publicidade, disciplina o Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 36 a 38, a informação publicitária para obrigar o fornecedor que dela se utiliza a respeitar os princípios de transparência, a informação correta, e boa-fé nas relações de consumo. Assim, dispõe em seu art. 36, *caput*, que “*a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal*” e proíbe toda publicidade abusiva, consoante determina o § 2º do art. 37:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

...

§2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se

aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

27. Assim, conforme o CDC, o fornecedor que se utiliza da publicidade como método de incitação ao consumo deve atentar para o dever de identificação da publicidade como tal, com vistas a *“garantir ao consumidor a ciência de que não se trata de informação imparcial, mas de informação finalística para o consumo de determinado produto ou serviço; e o dever de conduta leal publicitária, proibindo o que se considerou conduta abusiva (art. 37, §2º) ou enganosa (art. 37, §1º) e assegurando direitos conexos a estes deveres (art. 6º, IV).”* (fls. 85)

28. Neste sentido, a característica da abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas com os efeitos decorrentes da publicidade em si.

29. Corroborando posicionamento do Ministério Público Federal, na Nota Técnica do Grupo de Trabalho sobre publicidade infantil em programações televisivas, colhe-se o seguinte trecho:

O sistema adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é o da proteção integral, sempre ressaltando a condição de ser humano em formação e por isso merecedor de cuidados especiais por parte dos agentes econômicos. Desta maneira, ainda que não exista classificação e restrições à exibição de publicidade, cabe ao Poder Público, ora representado pelo Ministério Público Federal e pelo Estado-Juiz, implementar o princípio da proteção integral conjugado com os princípios esculpidos na legislação consumerista, a saber, princípios da identificação da publicidade, da transparência e da não-abusividade da publicidade, pois de toda forma, a solução para o caso recomenda e pressupõe a atuação destes Poderes.

Por esta razão, como as crianças ainda não possuem capacidade cognitiva para discernir e compreender o caráter persuasivo da publicidade, decorre que as praticas comerciais dirigidas a elas podem ser consideradas inerentemente abusivas e enganosas.

No que tange especificamente ao merchandising, a questão se agrava, pois agregada à falta de capacidade de discernimento para compreender genericamente o caráter persuasivo da publicidade comercial, tem-se que a ação publicitária em comento é indireta, utiliza-se de inserções em programas de entretenimento para divulgar e incitar o consumo.

30. Constata-se que a própria técnica de merchandising, qual seja, aparição de determinada marca, produto ou serviço, sem as características explícitas de anúncio publicitário, em programa de televisão ou de rádio, espetáculo teatral ou cinematográfico (publicidade indireta), *“impossibilita, por sua natureza, que o consumidor identifique, imediatamente, e sem esforços, uma ação como sendo mensagem publicitária. Desta forma, não é possível conciliar a referida ação publicitária com a vedação expressão do art. 37, §2º, que proíbe a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.”*

31. Logo, o caso em comento, publicidade em programas infantis, além de supostamente afrontar os princípios que norteiam a Política Nacional das Relações de Consumo, utiliza-se da fraqueza ou ignorância das crianças para impingir a divulgação comercial de produtos destinados ao público infantil, o que é vedado nos termos do art. 39, inciso IV do CDC.

32. Ainda, conforme parecer da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, *in verbis*:

Nesse sentido, considerando que só a partir de 12 (doze) anos completos – isto é a partir da adolescência – é que a pessoa começa a ter capacidade de entender e reconhecer o verdadeiro objetivo da publicidade, todo o tipo de publicidade, seja institucional ou promocional, dirigida à criança é inerentemente abusiva por violação flagrante do princípio da proteção integral.

...

Dessarte, para se garantir o direito da criança e do adolescente à proteção de sua saúde, deve-se impedir a veiculação de publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança e do adolescente (art. 37, §2º, do CDC), pois, sendo incapaz de distinguir as desaprovações, falsos argumentos e representação enganosas na mensagem comercial, a criança poderá adotar formas de alimentação prejudiciais à sua saúde em virtude de sua imaturidade em discernir os exageros em qualquer mensagem publicitária.

Diante de todo o exposto, o Grupo de trabalho Comunicação Social, vinculado à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, entende que o merchandising destinado ao público infantil, mormente na forma testemunhal, é ilegal, de modo que as infrações administrativas eventualmente apuradas nos procedimentos em curso no DPDC poderão, em tese, ensejar também responsabilização civil e/ou penal.

33. Ante o exposto, os autos fornecem suficientes provas da inobservância aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, mostrando-se necessária a intervenção desse órgão, tendo em vista que a representada, SBT, afrontou o disposto arts 4º, *caput*, I e III; 6º, IV e VI; 36, 37, § 2º e 39, IV, todos do Código de Defesa do Consumidor.

34. Por fim, esclarece-se que este Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor é órgão de Coordenação Política Nacional de Defesa do Consumidor, para fins, inclusive, de adoção de medidas processuais pertinentes e necessárias, a dar conhecimento de infrações de ordem administrativa que violem os interesses difusos e coletivos ou individuais dos consumidores. A atuação deste Departamento concentra-se em demandas de âmbito nacional, independentemente da atuação dos demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os quais possuem competência concorrente.

IV) Conclusão

35. Por conseguinte, considerando a gravidade e a extensão da lesão causada a milhares de consumidores em todo o país, a vantagem auferida e a condição econômica da empresa, nos termos do art. 57 da Lei n.º 8.078/90, a atenuante do art. 25, inciso II e as agravantes do art. 26, incisos VI e VII do Decreto n.º 2.181/97, opina-se pela a sanção de multa no valor R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) tendo sido adotado como critério de imposição da pena parâmetro já definido pelo Sr. Secretário de Direito Econômico em decisões anteriores.

36. Sugere-se que o representado deposite o valor definitivo da multa em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos da Resolução CFDD n.º 16, de 08 de março de 2005, consoante determina o art. 29 do Decreto n.º 2.181/97.

37. Sugere-se, ainda, a expedição de ofício, encaminhando cópia da decisão em tela ao Conselho de Autorregulamentação Publicitária, CONAR, como organização não-governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial, para conhecimento e providências que entender cabíveis.

38. Finalmente, pugna-se pela expedição de ofício circular aos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, dando ciência e encaminhando cópia da decisão em tela, bem como pela remessa de cópia do presente processo a Ministério Público por haver indícios de crime do art. 67 do código de Defesa do Consumidor.

À consideração superior.


JULIANA GRANDE POUSA FIDELIS
Chefe de Divisão

De acordo. À Sra. Diretora do DPDC.


ANA CÂNDIDA MUNIZ CIPRIANO
Coordenadora de Processos Administrativos


AMAURY MARTINS DE OLIVA
Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos

Decisão n. 06 /2011 – DPDC/SDE

Data: 7/10/2011

Em acolhimento às razões técnicas consubstanciadas na Nota Técnica elaborada pela Coordenação Geral de Assuntos Jurídicos (fls.), adotando-as inclusive como razão de decidir e, deste modo, considerando a gravidade e a extensão da lesão causada a milhares de consumidores em todo o país, a vantagem auferida e a condição econômica da empresa, nos termos do art. 57 da Lei n.º 8.078/90 e arts. 25, inciso II e 26, inciso VI e VII do Decreto n.º 2.181/97, aplico à representada a sanção de multa no valor R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) devendo a representada depositar o valor definitivo da multa em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos da Resolução CFDD nº 16, de 08 de março de 2005, consoante determina o art. 29 do Decreto nº 2.181/97.

Intime-se a representada para ciência e cumprimento da presente decisão. Determino, por fim, a expedição de ofício circular aos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, dando ciência e encaminhando cópia da presente decisão.

Publique-se.


JULIANA PEREIRA DA SILVA
Diretora do DPDC