

Carla da Silva de Britto Pereira

**Regime Jurídico da Publicidade de
Alimentos Ultraprocessados no Brasil: uma
perspectiva crítica à luz dos determinantes
comerciais da saúde**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado e Teoria Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Fábio Carvalho Leite

Coorientadora: Prof^a. Fernanda Nunes Barbosa

Rio de Janeiro,
maio de 2022



Carla da Silva de Britto Pereira

Regime Jurídico da Publicidade de Alimentos Ultraprocessados no Brasil: uma perspectiva crítica à luz dos determinantes comerciais da saúde

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado e Teoria Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo:

Prof. Fábio Carvalho Leite

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Fernanda Nunes Barbosa

Co-Orientadora

Departamento de Direito – UniRitter

Prof. Adalberto de Souza Pasqualotto

Departamento de Direito – PUC-RS

Prof^a. Thamis Dalsenter

Departamento de Direito – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2022

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, do autor e da orientadora.

Carla da Silva de Britto Pereira

Graduou-se em Direito pela PUC-Rio em 2000. Fez LL.M. em Direito Internacional na *New York University* (NYU) em 2002. Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio (2008). É advogada especialista em temas de direito de entretenimento e direitos autorais. Membro do Grupo de Pesquisa Sobre Liberdade de Expressão no Brasil – PLEB integrado ao Núcleo de Estudos Constitucionais do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Ficha Catalográfica

Pereira, Carla da Silva de Britto

Regime jurídico da publicidade de alimentos ultraprocessados no Brasil: uma perspectiva crítica à luz dos determinantes comerciais da saúde / Carla da Silva de Britto Pereira; orientador: Fábio Carvalho Leite; coorientadora: Fernanda Nunes Barbosa. – 2022.

190 f.: il. color.; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Direito à publicidade. 3. Publicidade de alimentos ultraprocessados. 4. Determinantes comerciais da saúde. 5. Liberdade de expressão comercial. 6. Livre iniciativa. I. Leite, Fábio Carvalho. II. Barbosa, Fernanda Nunes. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

Para meus pais, Pedro Octavio e Alzira, e Teresa Daltro.

Agradecimentos

A Deus, minha fonte de força e amparo espiritual, por ter me conduzido para a realização deste trabalho.

Ao meu orientador e amigo Professor Fabio Leite, pela disponibilidade e generosidade de compartilhar seu tempo e conhecimento e estimular a trilhar o caminho da vida acadêmica. Pela orientação extremamente atenciosa, transmitindo segurança e tranquilidade para realizar este trabalho. Obrigada por toda contribuição e parceria!

À minha coorientadora Professora Fernanda Nunes Barbosa, pela disponibilidade e cuidado na realização deste trabalho. Obrigada por todos os ensinamentos!

Aos meus pais, pelo apoio incondicional, carinho e atenção em todos os momentos.

À Teresa, minha companheira, que esteve ao meu lado nas dificuldades e alegrias.

Ao Departamento de Direito da PUC-Rio e, em especial, aos meus Professores, que proporcionaram a oportunidade de cursar um programa de mestrado excelente e foram extremamente generosos e cuidadosos diante da inesperada pandemia que acompanhou todo o curso.

À PUC-Rio, pela organização, estrutura e qualidade de ensino.

A todos os meus familiares e aqueles que, de alguma forma, estimularam o esforço na busca do conhecimento.

RESUMO

Pereira, Carla da Silva de Britto. Leite, Fabio Carvalho. **Regime jurídico da publicidade de alimentos ultraprocessados no Brasil: uma perspectiva crítica à luz dos determinantes comerciais da saúde.** Rio de Janeiro, 2022. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O consumo de alimentos ultraprocessados, ao lado do consumo do tabaco e do álcool, constitui uma das principais causas de doenças crônicas não transmissíveis – principal causa de mortes em adultos no Brasil –, sendo a publicidade de tais produtos considerada pela Organização Mundial da Saúde um dos fatores comerciais determinantes deste problema de saúde pública. A situação demanda a análise quanto a se o controle jurídico da publicidade no país tutela, de forma suficiente, os direitos fundamentais à saúde e à proteção do consumidor impactados pelas estratégias de marketing da indústria alimentícia. Neste sentido, o trabalho se propõe a realizar esta análise, com o intuito de compreender o regime jurídico de controle da publicidade no Brasil, por meio das normas do Código de Defesa do Consumidor e da autorregulamentação publicitária, assim como a natureza da proteção jurídica da publicidade no Direito brasileiro, a partir dos conceitos de liberdade de expressão comercial e livre iniciativa, a fim de identificar a legitimidade de restrições a estes direitos, com foco em estudos doutrinários e pesquisas em Tribunais brasileiros, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; realizando, por fim, algumas proposições críticas, com o objetivo de contornar os problemas verificados – em especial a necessidade de regulação específica para estabelecer medidas restritivas à publicidade destes alimentos.

Palavras-Chave

Direito à publicidade. Publicidade de alimentos ultraprocessados. Determinantes comerciais da saúde. Liberdade de expressão comercial e livre iniciativa.

Abstract

Pereira, Carla da Silva de Britto. Leite, Fabio Carvalho (Advisor). **Legal regime of ultra-processed foods' advertisement in Brazil: an analytical perspective in light of the commercial determinants of health.** Rio de Janeiro, 2022. 190 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The consumption of ultra-processed foods, together with the consumption of tobacco and alcohol, constitutes one of the main causes of non-communicable diseases – the principal cause of deaths in adults in Brazil –, being the advertisement of such products deemed by the World Health Organization as one of the commercial determinants of such public health problem. The situation demands the analysis of the sufficiency of the legal regulation of commercial speech in the country, with a view to verify if it duly protects the fundamental rights to health and consumer protection once impacted by marketing strategies adopted by the food industry. Thus, this work proposes to carry on such analysis, with the intent to understand the legal regime of commercial speech regulation in the country, through the norms of the Consumer Protection Statute and the self-regulation code, as well as the nature of the legal protection of commercial speech under Brazilian law, related to the notions of rights to freedom of commercial speech and free enterprise, with the purpose to identify the legitimacy of restrictions to such rights. The work will focus in academic studies as well as research on Brazilian courts' decisions, specially under the Superior Court of Justice and the Constitutional Supreme Court, finally, from an analytical perspective, aiming to identify existing problems – mainly, the need to implement specific regulation establishing restrictive measures to advertisements of ultra-processed foods.

Keywords

Right to advertisement; ultra-processed foods' advertisement; commercial determinants of health; freedom of commercial expression and free enterprise.

Sumário

1 Introdução	12
2. Os Alimentos Ultraprocessados e Seus Malefícios à Saúde.....	19
2.1. O problema das DCNTs (doenças crônicas não transmissíveis)	20
2.2. Os determinantes sociais e comerciais da saúde	23
2.3. A publicidade como determinante comercial da saúde	34
3. O Controle da Publicidade de Alimentos no Direito Brasileiro.....	50
3.1. A proteção constitucional da publicidade: conflitos e divergências ...	61
3.1.1. A proteção com base na livre iniciativa	64
3.1.2. A proteção com base na liberdade de expressão	71
3.2. O regime jurídico da publicidade: autorregulamentação e heterorregulamentação.	82
3.2.1. A responsabilidade das celebridades e influenciadores digitais e a vulnerabilidade do consumidor no meio digital.....	101
3.3. Publicidade e rotulagem de alimentos.....	105
3.4. Da enganosidade e da abusividade na publicidade: inexistência de regras ou critérios claros.	114
4. Críticas ao regime jurídico brasileiro de controle da publicidade de alimentos ultraprocessados.....	121
4.1. Livre iniciativa e liberdade de criação versus o direito à saúde: algumas reflexões acerca do cabimento da ponderação de direitos.....	122
4.2. A questão do particularismo jurídico adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.....	130
4.3. A parcialidade e a insuficiência do CONAR	138
4.4. Necessidade de restrições preventivas aplicáveis de forma ampla e difusa à publicidade de alimentos ultraprocessados	147
4.5. Nota sobre o art. 931 do Código Civil – responsabilidade civil objetiva do empresário ou das empresas individuais pelo fato do produto.....	154
5. Possível Solução.....	156
5.1. Opiniões externadas pelo STF na ADI 5631 que podem direcionar eventual regulação da publicidade de produtos nocivos à saúde por meio de lei federal.....	157
5.2. A experiência da Lei nº 11.265, de 2006.....	162
5.3. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).....	167
6. Conclusão	175
7. Referências bibliográficas	179

Lista de Abreviaturas e Siglas

ABA – Associação Brasileira de Anunciantes

ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Radio e Televisão

ABIA – Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação

AC – Apelação cível

ACT– Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

AFEBRAS – Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil

AMA – American Marketing Association

ANVISA – Agência Nacional da Vigilância Sanitária

ARe – agravo em recurso extraordinário

AResp – agravo em recurso especial

Art. – artigo

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

CNDSS – Comissão Nacional Sobre Determinantes Sociais da Saúde

DCS – determinantes comerciais da saúde

DCNTs – doenças crônicas não transmissíveis

DSS – determinantes sociais da saúde

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

fls. – folhas

Guia – Guia Alimentar para a População Brasileira

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

IN – Instrução normativa

LLE – Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019)

Marco de Referência – Marco de Referência Sobre a Dimensão Comercial dos Determinantes Sociais da Saúde: Articulação com a Agenda de Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis

LGBT ou LGBTQIA+ – Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e outros

NBCAL – Norma Brasileira para Comercialização de Alimentos para Lactentes

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

OPA – Observatório de Publicidade de Alimentos

OPAS – Organização Pan-Americana da Saúde

p. – página

PGR – Procurador Geral da República

PNAN – Política Nacional de Alimentação e Nutrição

Pniam – Programa Nacional de Incentivo ao Aleitamento Materno

PROCON – órgão de Proteção e Defesa do Consumidor

PROCON-SP – Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RDC ANVISA – Resolução da ANVISA

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF – Tribunal Regional Federal

TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

1 Introdução

Segundo dados do Ministério da Saúde, por meio da Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN)¹, publicada em 2013, transformações no modo de vida da população brasileira fizeram com que o Brasil passasse de um país que apresentava altas taxas de desnutrição, na década de 1970, a um país com metade da população adulta com excesso de peso, em 2008. O PNAN alerta para o fato de que “o excesso de peso – que compreende o sobrepeso e a obesidade – é considerado atualmente um dos maiores problemas de saúde pública, afetando todas as faixas etárias”, sendo as doenças crônicas a principal causa de mortes entre adultos. Dentre as diretrizes que integram o PNAN, a primeira consiste na organização da atenção nutricional (PNAM, p. 25), que pressupõe a necessidade de uma melhor organização dos serviços de saúde para atender às demandas geradas pelo agravamento da má alimentação. Com base nas diretrizes do PNAN e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) por meio da Estratégia Global para a Promoção da Alimentação Saudável, Atividade Física e Saúde, o Ministério da Saúde reformulou e publicou, em 2014, a segunda edição do Guia Alimentar para a População Brasileira, com o objetivo de se constituir

como instrumento para apoiar e incentivar práticas alimentares saudáveis no âmbito individual e coletivo, bem como para subsidiar políticas, programas e ações que visem a incentivar, apoiar, proteger e promover a saúde e a segurança alimentar e nutricional da população. (p. 9).

O Guia enuncia recomendações gerais sobre a escolha de alimentos, propondo que alimentos *in natura* ou minimamente processados, em grande variedade e predominantemente de origem vegetal, sejam a base da alimentação, e que os alimentos ultraprocessados sejam evitados. O Guia define os alimentos ultraprocessados como alimentos com baixa qualidade nutricional, geralmente de alto valor calórico e contendo elevada quantidade de gorduras, açúcares e sódio, consistindo em

¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição – PNAN*. 1ª ed., 1ª reimpr. – Brasília: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_alimentacao_nutricao.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2022.

formulações industriais feitas inteiramente ou majoritariamente de substâncias extraídas de alimentos (óleos, gorduras, açúcar, amido, proteínas), derivadas de constituintes de alimentos (gorduras hidrogenadas, amido modificado) ou sintetizadas em laboratório com base em matérias orgânicas como petróleo e carvão (corantes, aromatizantes, realçadores de sabor e vários tipos de aditivos usados para dotar os produtos de propriedades sensoriais atraentes). Técnicas de manufatura incluem extrusão, moldagem, e pré-processamento por fritura ou cozimento.²

Segundo o Ministério da Saúde e a OMS, o consumo de alimentos ultraprocessados, ao lado do consumo nocivo do álcool e do uso do tabaco, constitui um dos principais causadores das doenças crônicas não transmissíveis (DCNTs) – doenças cardiovasculares, diabetes, doenças respiratórias e câncer.

Diante deste fato, que acomete não apenas o Brasil, mas também o mundo todo, há, hoje, uma agenda internacional – liderada pela OMS e pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) – que vem mobilizando diversos segmentos da sociedade e dos governos para o enfrentamento do problema das DCNTs, por meio da identificação dos fatores determinantes sociais e comerciais que impactam no aumento de tais doenças (chamados de “determinantes sociais da saúde” e “determinantes comerciais da saúde”, respectivamente), bem como do desenvolvimento de estratégias, planos de ação e políticas públicas para combatê-las.

Dentre os determinantes comerciais identificados, o marketing e a publicidade dos alimentos ultraprocessados ocupam papel de destaque, na medida em que exercem forte influência nas escolhas das pessoas, elevando o desejo e a aceitação de produtos não saudáveis. O termo “determinantes comerciais da saúde” refere-se a “*estratégias e abordagens utilizadas pelo setor privado para promover produtos e escolhas que são prejudiciais à saúde*” e, em linhas gerais, caracterizam-se por práticas corporativas ou comerciais que priorizam a geração de riqueza/lucros em detrimento da geração de saúde³. Por meio de altos investimentos em marketing e publicidade, a indústria alimentícia impulsiona as vendas dos seus produtos, em especial os não saudáveis, utilizando estratégias publicitárias

² BRASIL. Ministério da Saúde. Guia Alimentar Para a População Brasileira, 2014, p.41. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_alimentar_populacao_brasileira_2ed.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022.

³ KICKBUSCH, Ilona et al. *The Commercial Determinants of Health*, The Lancet, Vol. 4, Dec., 2016.

destinadas a explorar principalmente as populações mais vulneráveis, manipulando as suas escolhas de consumo.⁴

A situação fica mais agravada no Brasil, onde parte expressiva da sociedade se encontra em situação de vulnerabilidade⁵. Em saúde pública, é consensual o reconhecimento de que os grupos com piores condições socioeconômicas têm uma maior carga de doença. A “vulnerabilidade” constitui “o estado de sujeitos e comunidades nos quais a estrutura de vida cotidiana, determinada por fatores históricos ou circunstanciais momentâneos, tem influência negativa sobre os fatores determinantes e condicionantes de saúde”.⁶

O Guia alerta para o fato de que a publicidade de alimentos ultraprocessados domina os anúncios comerciais de alimentos, frequentemente veiculando informações incorretas ou incompletas sobre alimentação e atingindo, sobretudo, crianças e jovens⁷. Alerta, também, para o problema-chave resultante da estratégia de marketing da indústria: o risco dos alimentos ultraprocessados serem vistos como produtos saudáveis, cujo consumo não precisaria mais ser limitado, na medida em que “a publicidade desses produtos explora suas alegadas vantagens diante dos produtos regulares (‘menos calorias’, ‘adicionado de vitaminas e minerais’), aumentando as chances de que sejam vistos como saudáveis pelas pessoas”. Em outras palavras, segundo o Guia, o *modus operandi* do marketing dos

⁴ E. G. Maia et al., “Análise da publicidade televisiva de alimentos no contexto das recomendações do Guia Alimentar para a População Brasileira”, Cad. Saúde Pública, 2017.

⁵ Em 2019, o Brasil tinha 13,7 milhões de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza extrema e o total de pobres do país — com renda de US\$ 5,50 por dia (R\$ 436 por mês, segundo a pesquisa) — superou 51 milhões de pessoas, segundo o IBGE, conforme matéria do jornal Folha de São Paulo, datada de 12/11/2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/11/pobreza-extrema-afeta-137-milhoes-brasileiros-diz-ibge.shtml#:~:text=Pobreza%20extrema%20afeta%2013%2C7,11%2F2020%20%2D%20Mercado%20%2D%20Folha>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁶ LORENZO, Claudio. “Vulnerabilidade em Saúde Pública: implicações para as políticas públicas”, in Revista Brasileira de Bioética, Vol. 2 n.3, 2006.

⁷ “Os brasileiros de todas as idades são diariamente expostos a diversas estratégias utilizadas pelas indústrias de alimentos na divulgação dos seus produtos. Comerciais em televisão e rádio, anúncios em jornais e revistas, matérias na internet, amostras grátis de produtos, ofertas de brindes, descontos e promoções, colocação de produtos em locais estratégicos dentro dos supermercados e embalagens atraentes são alguns dos exemplos mais frequentes dos mecanismos adotados para a sedução e convencimento dos consumidores. Mais de dois terços dos comerciais sobre alimentos veiculados na televisão se referem a produtos comercializados nas redes de fastfood, salgadinhos “de pacote”, biscoitos, bolos, cereais matinais, balas e outras guloseimas, refrigerantes, sucos adoçados e refrescos em pó, todos esses ultraprocessados. A maioria desses anúncios é dirigida diretamente a crianças e adolescentes. O estímulo ao consumo diário e em grande quantidade desses produtos é claro nos anúncios.” (Guia Alimentar Para a População Brasileira do Ministério da Saúde, 2014, disponível em: <https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_alimentar_populacao_brasileira_2ed.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

alimentos ultraprocessados é reconhecidamente se utilizar de publicidade enganosa e abusiva para influenciar o seu consumo.

Em 2020, a OPAS/OMS publicou, no Brasil, o “Marco de Referência Sobre a Dimensão Comercial dos Determinantes Sociais da Saúde: Articulação com a Agenda de Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis”⁸, com o objetivo de promover a “necessidade de refletir sobre a dimensão comercial como parte dos determinantes sociais e ampliar a compreensão sobre o impacto na saúde das pessoas e, em especial, no aumento das DCNTs”. Neste documento, “aplicar proibições ou restrições abrangentes à publicidade, patrocínio e promoção de alimentos e bebidas direcionadas a crianças e adolescentes” aparece como recomendação primeira para a redução do consumo de alimentos ultraprocessados, e, conseqüentemente, das DCNTs. Além de trazer esta recomendação, o Marco de Referência da OPAS/OMS também sustenta que “estudos descrevem que a autorregulamentação, promovida pelas indústrias de produtos não saudáveis é utilizada para atrasar, enfraquecer e evitar o desenvolvimento de políticas públicas efetivas”. O sistema jurídico da autorregulamentação é entendido, portanto, não como insatisfatório para proteger o consumidor dos abusos da indústria de produtos não saudáveis, mas como sendo, ele próprio, resultado de uma decisão estratégica promovida pela indústria para enfraquecer os esforços da sociedade e dos governos em limitar ou restringir a sua atuação em prol da saúde pública.

Neste cenário, a liberdade comunicativa das empresas, por meio da publicidade, conflita com os direitos fundamentais à saúde e à vida dos cidadãos.

O presente trabalho busca analisar este conflito, a partir da compreensão do que consiste o direito à publicidade no Brasil e dos mecanismos de controle a este direito que se fazem presentes no Direito brasileiro, por meio da análise dos instrumentos legais em vigor, em especial aqueles disponíveis no Código de Defesa do Consumidor (CDC), assim como da atuação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) e do Poder Judiciário neste controle.

O estudo aponta para uma fragilidade nos instrumentos jurídicos disponíveis para a proteção da saúde da sociedade, de forma abrangente e eficiente, à luz das recomendações da OMS no combate às DCNTs, sendo a hipótese da pesquisa que

⁸ “Marco de Referência Sobre a Dimensão Comercial dos Determinantes Sociais da Saúde: Articulação com a Agenda de Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis”. Disponível em: <<https://iris.paho.org/handle/10665.2/52975>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

a proteção jurídica da sociedade brasileira contra os abusos da indústria alimentícia, no que tange à publicidade dos produtos não saudáveis, deve se dar de forma preventiva, exigindo a implementação de medidas restritivas contra a superexposição da sociedade a estes produtos, mediante lei federal. Tal abordagem se preocupa mais com o combate aos efeitos perniciosos à saúde que as estratégias de marketing e publicidade da indústria alimentícia produzem na sociedade, do que com o combate à enganabilidade e à abusividade de cada peça publicitária, verificados *a posteriori* – após cada veiculação – conforme os instrumentos jurídicos de controle estabelecidos no CDC e, em parte, no Código de Autorregulamentação Publicitária do CONAR.

Para tanto, o presente trabalho buscou, no segundo capítulo, descrever as principais noções que o integram: o que constituem os alimentos ultraprocessados e quais são os respectivos impactos à saúde; o conceito de publicidade à luz da doutrina; o conceito de determinantes comerciais da saúde segundo a OMS/OPAS; assim como a associação entre os determinantes comerciais à saúde e a publicidade dos alimentos ultraprocessados.

No terceiro capítulo, também descritivo, foi analisado o panorama geral do regime jurídico do controle da publicidade de alimentos ultraprocessados no Brasil, apresentando as principais discussões que permeiam o tema no direito brasileiro, caracterizado por uma forte tensão entre os interesses, de um lado, da indústria alimentícia/ de anunciantes e publicitários, e, de outro, da sociedade como um todo – os consumidores. A tensão basicamente se vê concretizada no conflito entre os divergentes direitos constitucionalmente garantidos a ambas as partes. No capítulo, foram identificados as legislações em vigor aplicáveis à publicidade de alimentos no Brasil, as diferentes perspectivas quanto ao entendimento da doutrina e do Poder Judiciário acerca da proteção constitucional da publicidade, os aspectos da autorregulamentação e da heterorregulamentação da publicidade, as regras acerca da rotulagem de alimentos, e como se dá a aplicação dos conceitos de enganabilidade e abusividade da publicidade introduzidos pelo CDC como mecanismos de controle ao direito à publicidade. A pesquisa apontou para o entendimento de que, quando inexitem regras claras e previamente definidas por meio de lei específica ou parâmetros interpretativos vinculantes, que imponham medidas restritivas a determinado tipo de publicidade, o controle se dá por meio da aplicação dos conceitos vagos e indeterminados de abusividade e enganabilidade, sempre após

veiculada a publicidade e identificada potencial ilicitude. Esta questão, aliada à análise de algumas decisões judiciais e das discussões teóricas acerca da proteção jurídica da publicidade no Brasil, conduziu à identificação de potencial fragilidade do sistema quando a publicidade se encontra em conflito com o direito à saúde.

A compreensão do estado da arte do regime jurídico do controle da publicidade de alimentos ultraprocessados no Brasil permitiu, assim, se chegar a algumas conclusões que culminaram com uma análise mais crítica, no capítulo seguinte (capítulo quatro), propondo determinadas reflexões acerca da possível insuficiência deste regime quando se trata de publicidade de produtos nocivos à saúde, e, em especial, quando analisados sob a ótica dos determinantes comerciais da saúde.

Inicialmente, refletiu-se sobre o possível descabimento da ponderação de direitos diante das especificidades do conflito, admitindo se questionar se há um direito fundamental *prima facie* na proteção constitucional da publicidade que justifique a ponderação quando em conflito com os direitos fundamentais à saúde e à proteção ao consumidor, no caso sob análise.

A seguir, a partir da constatação, no capítulo anterior, de que o regime de controle da publicidade exclusivamente por meio das normas do art. 37 do CDC, que proíbem a enganosidade e abusividade da publicidade, se dá basicamente por meio de interpretação judicial da aludida norma face às circunstâncias específicas de cada caso concreto, propõe-se a refletir quanto a se o particularismo jurídico prevalecente se mostra suficiente para prevenir os danos à saúde da sociedade decorrentes da publicidade de alimentos não saudáveis.

No campo da autorregulamentação, sustenta-se a insuficiência do sistema de autorregulamentação do CONAR em razão de suas características específicas, em especial por se tratar de órgão essencialmente privado, cujo Código de Autorregulamentação não tem como propósito primordial a proteção do consumidor, mas sim a proteção da prática publicitária, não dispondo, por consequência, da transparência e neutralidade necessárias para assegurar direitos fundamentais ao consumidor.

No último subitem do capítulo quatro, o trabalho se esforça para defender a necessidade de medidas restritivas à publicidade a serem estabelecidas por meio de lei federal, nos termos do dispositivo constitucional do art. 220 §3, II, como forma de assegurar a efetiva proteção à saúde da sociedade diante do cenário das DCNTs.

Por fim, no último capítulo – capítulo cinco –, o trabalho propôs-se a identificar uma possível construção argumentativa que viabilize, do ponto de vista jurídico, a implementação de medidas restritivas à publicidade destes alimentos por meio de lei federal específica. Tal proposta se baseia nos elementos identificados no decorrer da própria pesquisa, a partir da análise da doutrina e, principalmente, das opiniões manifestadas em decisões judiciais, assim como na experiência já vivida em situações que poderiam ser consideradas em determinados aspectos análogas àquela da necessidade de proteção da sociedade contra os efeitos maléficos à saúde decorrentes da publicidade de alimentos ultraprocessados.

2. Os Alimentos Ultraprocessados e Seus Malefícios à Saúde

Os alimentos ultraprocessados – conceito que inclui as bebidas açucaradas –, consistem em alimentos com baixa qualidade nutricional, geralmente de alto valor calórico e contendo elevada quantidade de gorduras, açúcares e sódio.

Segundo o relatório divulgado pelo Programa Global de Pesquisa em Alimentação, da Universidade de *North Carolina at Chapel Hill*, nos EUA, em maio de 2021, o consumo de alimentos ultraprocessados piora a ingestão nutricional porque estes alimentos contêm alta densidade energética e contribuem desproporcionalmente com a adição de açúcares, sódio, gorduras saturadas, gorduras trans e carboidratos altamente refinados na alimentação. O relatório indica que houve aumento substancial no consumo deste tipo de alimentos e que estes acabam por substituir o consumo de alimentos menos processados e refeições preparadas na hora – que possuem muitos mais nutrientes benéficos. De acordo com a pesquisa, o consumo excessivo dos alimentos ultraprocessados se dá pelas seguintes razões⁹:

- Conveniência (ou seja, os produtos em geral são prontos para comer ou para esquentar);
- Hiperpalatabilidade (contêm formulações elaboradas para satisfazer ao máximo todos os sentidos);
- Interrupção dos sinais de saciedade (ex.: normalmente não saciam e são consumidos inconscientemente durante as atividades recreativas como assistir televisão); e
- Marketing altamente abrangente e persuasivo (frequentemente direcionado a crianças), bem como posicionamento eficaz das marcas – o que praticamente não existe para alimentos *in natura* ou minimamente processados.

Além disto, os alimentos ultraprocessados geralmente contêm substâncias químicas prejudiciais à saúde, tais como:

contaminantes formados durante o cozimento em alta temperatura, aditivos industriais, vinculados a inflamações e disbiose intestinal (desequilíbrios na diversidade e na composição da microbiota intestinal), e compostos químicos desreguladores do sistema hormonal, decorrentes da fabricação de alimentos com plástico e materiais das embalagens.

⁹ Programa Global de Pesquisa em Alimentação da Universidade de North Carolina at Chapel Hill - UNC Global Food Research Program, Mai/2021. Disponível em: <<https://alimentacaosaudavel.org.br/biblioteca/publicacoes/alimentos-ultraprocessados-uma-ameaca-global-a-saude-publica/9485/>>. Acesso em: 16 out. 2021.

De acordo com o Ministério da Saúde, seguindo as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), os alimentos ultraprocessados devem ser evitados, pois constituem, ao lado do consumo nocivo do álcool e do uso do tabaco (em conjunto, chamados de “produtos não saudáveis”), os principais causadores das DCNTs – doenças cardiovasculares, diabetes, doenças respiratórias e câncer. As DCNTs, por sua vez, são a principal causa de morte entre adultos no Brasil, em decorrência de deficiências de micronutrientes, da desnutrição crônica, do sobrepeso e da obesidade – sendo que estes últimos, segundo o Guia Alimentar, vêm aumentando expressivamente em todas as faixas etárias no país.

2.1. O problema das DCNTs (doenças crônicas não transmissíveis)

Segundo a OMS, mais de 36 milhões de pessoas morrem anualmente de DCNTs – o que representa 63% das mortes mundiais –, dentre as quais mais de 14 milhões morrem prematuramente entre as idades de 30 e 70 anos, sendo os países mais pobres, de baixa e média renda, responsáveis por 86% destas mortes prematuras¹⁰.

Em 2006, o professor de Yale, Derek Yatch coordenou importante estudo na revista *Nature Medicine* sobre as consequências epidemiológicas e econômicas da epidemia global de obesidade e diabetes, chamando especial atenção aos malefícios causados nos países em desenvolvimento, dentre os quais o Brasil. Segundo o estudo, a obesidade e o diabetes impõem um ônus econômico considerável às sociedades e há evidências empíricas que mostram que os impactos econômicos indiretos destas doenças à sociedade, incluindo aos familiares e à comunidade, a longo prazo, podem ser mais custosos do que as próprias condições da doença – promovem baixos retornos à educação, redução da renda familiar, aumento da aposentadoria prematura e do desemprego, além de maior dependência de subsídios do governo.¹¹ A respeito dos países em desenvolvimento, o estudo alerta que

¹⁰ Organização Mundial da Saúde. *Global action plan for the prevention and control of noncommunicable diseases 2013-2020*. Genebra: OMS; 2013. Disponível em inglês em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/94384/9789241506236_eng.pdf;jsessionid=B2F9C0FFCA12DBA63F808997799EEFC?sequence=1>. Acesso em: 12 out. 2021.

¹¹ YACH, Derek et al. *Epidemiologic and economic consequences of the global epidemics of obesity and diabetes*. *Nature Medicine*. N. 1. Vol. 12. January, 2006, pp. 62-66.

Os países em desenvolvimento têm passado por rápidas transformações “obesogênicas” sociais e econômicas e, como resultado, o ritmo da transição nutricional está caminhando, pode-se dizer até acelerando, num passo jamais antes visto em países desenvolvidos. Sete de dez países com o maior número de diabéticos encontram-se no hemisfério sul. Nas próximas duas décadas, a quantidade de pessoas vivendo com diabetes no Brasil, na China e na Índia está projetada para aumentar em quase o dobro em relação aos índices observados nos Estados. À medida em que essas condições custosas continuam a atingir com maior incidência nos estágios mais prematuros da vida nas populações, o ônus econômico só pode ser esperado como cada vez pior.¹²

Stuckler *et al.*, em pesquisa publicada em 2006, apuraram que o consumo dos alimentos ultraprocessados e demais produtos não saudáveis são verificados em níveis mais elevados nos países de baixa renda. Segundo os autores, os produtos não saudáveis são altamente lucrativos por conta de seu baixo-custo, longa durabilidade nas prateleiras e alto valor de varejo, e tais características de mercado acabam por criar incentivos perversos para as indústrias promoverem e venderem mais destes produtos.¹³

O problema das DCNTs é tão sério que a OMS publicou, em 2013, um *plano de ação global para a prevenção e controle das doenças não transmissíveis*, fornecendo aos Estados-Membros, parceiros internacionais e à própria OMS, um guia de objetivos e um cardápio de opções de políticas públicas para implementação conjunta entre 2013 e 2020, visando o alcance de metas globais de prevenção às

¹² YACH, Derek *et al.* Op. Cit., p. 63. Tradução livre. No original: “*Developing countries have been undergoing rapid ‘obesogenic’ social and economic transformations and, as a result, the pace of nutrition transition is proceeding, even accelerating, at a rate never before seen in developed countries. Seven of the ten countries with the greatest number of diabetics are in the global south. Within the next two decades, the number of persons living with diabetes in Brazil, China and India is projected to increase at nearly twice the rate observed in the US. As these costly conditions continue to strike with greater incidence at earlier stages of life within populations, the economic burden can only be expected to worsen.*”

¹³ STUCKLER D. *et al.* *Manufacturing Epidemics: The Role of Global Producers in Increased Consumption of Unhealthy Commodities Including Processed Foods, Alcohol, and Tobacco*. PLOS Medicine. Vol. 9. Ed. 6. Jun, 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001235>>. Acesso: 13 out. 2021. Os autores afirmam que “*as políticas neoliberais, incluindo a abertura dos mercados ao comércio e investimento estrangeiros, criam ambientes que são propícios a ampla distribuição de produtos não saudáveis por empresas multinacionais. Uma teoria da “dieta dependente” propõe que a integração à economia global faz com que os sistemas de alimentos dos países passem a depender de produtos importados e investimentos de grandes corporações multinacionais de alimentos processados. Quando isso acontece em países de baixa e média renda, as escolhas e hábitos de consumo da sua população são gradativamente afetadas pelas mudanças em tipo, preço, disponibilidade e marketing de alimentos que favorecem os produtos não saudáveis. Relatórios sugerem que, quando fazendeiros e produtores de alimentos não conseguem competir com estas empresas multinacionais, eles geralmente entram em falência ou são integrados ao sistema de produção de alimentos processados e ultraprocessados*”. (tradução livre, pp. 1-2)

DCNTs para 2025, incluindo a redução de 25% da mortalidade prematura em decorrência de DCNTs até 2025. No documento, a OMS estabelece uma estrutura de monitoramento mundial das DCNTs para lidar com este gigantesco problema de saúde pública, argumentando que, se nenhuma medida preventiva for tomada, os prejuízos econômicos cumulativos com as DCNTs chegarão a US\$ 7 trilhões nos 15 anos seguintes e que milhões de pessoas serão abarcadas pela pobreza.

Na região das Américas, a situação é especificamente grave. As DCNTs são as principais causas de morte e deficiência, responsáveis por aproximadamente 5,5 milhões de mortes a cada ano, ou 81% do total de mortes. Este cenário levou a OPAS – Organização Pan-Americana da Saúde a, seguindo o exemplo da OMS, adotar, em 2013, o *plano de ação para prevenção e controle de doenças não transmissíveis*, estabelecendo determinadas metas que deveriam ser implementadas entre 2013 e 2020, visando à redução em 15% da mortalidade prematura por DCNTs na região até 2019 e propondo uma série de indicadores que deveriam ser atingidos até 2019, alinhados com os indicadores da estrutura de monitoramento global das DCNTs propostos pela OMS para alcance até 2025.

Em setembro de 2020, o 58º Conselho Diretor da OPAS, durante a 72ª Sessão do Comitê Regional da OMS para as Américas, apresentou o relatório final contendo o resultado dos esforços de implementação das ações, pelos países, de acordo com o *plano de ação para prevenção e controle de doenças não transmissíveis* da OPAS, divulgado em 2013. Segundo o relatório, a implementação do plano de ação para a prevenção das DCNTs não foi ideal e, embora a probabilidade de morte por força de uma das quatro principais DCNTs entre as idades de 30 e 70 anos tenha sido reduzida nas Américas – de 19% (23% para homens e 16% para mulheres), em 2000, para 15% (18% para homens e 13% para mulheres), em 2016 (último ano disponível) –, a meta global de redução de 25% das mortes prematuras por DCNTs até 2025 provavelmente não será atingida na região. O Conselho Diretor informou que “devido ao progresso vagaroso no sentido da consecução das metas regionais de 2019, a situação não pode continuar como está, e que o sucesso [do plano de ação] exigirá um aumento intensivo das intervenções da OMS chamadas de ‘melhores opções’”, além de outras medidas. Por isso, o relatório final informa que “um novo plano de ação regional [para o combate às DCNTs] está sendo proposto para 2021-2025, a fim de identificar as ações a serem implementadas para que se possa alcançar os indicadores globais de

2025”. Dentre os principais problemas que devem ser abordados no novo plano, o relatório identifica maior necessidade de investimentos dos países no que se refere às políticas, legislação e fortalecimento dos sistemas de saúde, além do combate à interferência das indústrias na formulação de políticas para as DCNTs¹⁴.

A gravidade social e econômica do tema, numa dimensão global, determinou, desta forma, nos últimos anos, a criação de uma agenda internacional – liderada pela OMS e pela OPAS – que vem mobilizando diversos segmentos da sociedade e dos governos para investigar os fatores determinantes, relativos à saúde pública, que impactam no aumento e na disseminação de tais doenças, com vistas a desenvolver estratégias, planos de ação e políticas públicas para combatê-las. Dentre os principais fatores identificados, ressaltam-se os chamados determinantes sociais e comerciais da saúde.

2.2. Os determinantes sociais e comerciais da saúde

Ao longo da história, foi se construindo o consenso, que hoje vigora, acerca da explicação do processo saúde-doença a partir de fatores sociais – os chamados determinantes sociais da saúde (DSS) –, segundo o qual as condições de vida e trabalho dos indivíduos e de grupos da população estão relacionadas com a sua situação de saúde. Há, portanto, relação entre a maneira como se organiza e se desenvolve uma determinada sociedade e a situação de saúde de sua população.

Os importantes trabalhos de Paulo Buss e Alberto Pellegrino Filho¹⁵ e de Virgínia Valliate González¹⁶ mostram a trajetória da construção deste consenso nas últimas décadas, que passou por diferentes modelos conceituais (do processo saúde-doença), partindo de um enfoque de assistência médica curativa, individual e tecnológica, até chegar, em 2005, no movimento global, liderado pela OMS, em torno da importância dos DSS no enfrentamento das iniquidades em saúde, o qual

¹⁴ Organização Pan-Americana da Saúde. CD58/INF/6 - *Plano de ação para a prevenção e controle de doenças não transmissíveis: Relatório final*. 58º Conselho Diretor, 72ª Sessão do Comitê Regional da OMS para as Américas; 2020, 28 e 29 de setembro; sessão virtual. OPAS; 2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/documentos/cd58inf6-plano-acao-para-prevencao-e-controle-doencas-nao-transmissiveis-relatorio-final>>. Acesso em: 12 out. 2021.

¹⁵ BUSS, Paulo Marchiori. FILHO, Alberto Pellegrini. A Saúde e Seus Determinantes Sociais. *Revista Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, 17(1): pp. 77- 93, 2007.

¹⁶ GONZALEZ, Virgínia Valliate. *A Trajetória da Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde*. Dissertação (Mestrado). Orientadora: Celia Maria de Almeida. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2015.

culminou com a criação da Comissão Sobre os Determinantes Sociais da Saúde. A Comissão, que define as DSS como “as condições sociais em que as pessoas vivem e trabalham”, foi criada com o objetivo de “promover, em âmbito internacional, uma tomada de consciência sobre a importância dos determinantes sociais na situação de saúde de indivíduos e populações e sobre a necessidade do combate às iniquidades de saúde por eles geradas”, por meio da organização e produção de conhecimentos sobre os DSS, visando fortalecer as práticas e as políticas direcionadas para a diminuição das iniquidades mundiais.

Em 2006, em resposta a este movimento da OMS, o Brasil foi o primeiro e único país a criar sua própria comissão – a Comissão Nacional Sobre Determinantes Sociais da Saúde (CNDSS) –, a partir do preceito constitucional de reconhecer a saúde como um “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal brasileira de 1988. A CNDSS, por sua vez, definiu os DSS como

os fatores sociais, econômicos, culturais, étnicos/raciais, psicológicos e comportamentais que influenciam a ocorrência de problemas de saúde e seus fatores de risco na população, tendo como referência o conceito de saúde concebido pela OMS: um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade.¹⁷

No caso das DCNTs, o *plano de ação global para a prevenção e controle das doenças não transmissíveis 2013-2020*, da OMS, identifica quatro fatores comportamentais de risco compartilhados pela população – o uso do tabaco, a dieta não saudável, o sedentarismo (falta de atividade física) e o uso prejudicial do álcool – como principais causas destas doenças, em especial das quatro DCNTs que constituem o foco principal do referido *plano de ação* – as doenças cardiovasculares, o câncer, as doenças respiratórias crônicas e o diabetes –, reconhecendo que as condições nas quais as pessoas vivem e trabalham e os seus estilos de vida influenciam a sua saúde e qualidade de vida. A solução proposta pela OMS, no plano de ação de 2013, passa por diretrizes e intervenções que visam a

¹⁷ BUSS, Paulo Marchiori. FILHO, Alberto Pellegrini. A Saúde e Seus Determinantes Sociais. *Revista Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, 17(1): pp. 78, 2007.

modificar estes comportamentos não saudáveis, que são intensificados nos países de baixa e média renda.

Pesquisa recente publicada na Revista de Saúde Pública de julho de 2021, sobre o consumo de alimentos ultraprocessados e a sua associação com fatores sociodemográficos na população adulta das 27 capitais brasileiras, apurou que alimentos ultraprocessados são consumidos com alta frequência na população brasileira adulta das 27 capitais da federação e que pertencer ao sexo masculino, ser mais jovem e ter escolaridade inferior à universitária são condições que aumentam, de forma independente, o consumo daqueles alimentos, aumentando, em consequência, o risco de DCNTs¹⁸.

Estudos relativos ao sobrepeso e à obesidade na população brasileira também têm revelado crescimento acelerado dessas condições, em particular entre os estratos sociais de menor renda, observando-se que, enquanto no início do século XX as DCNTs são mais frequentes entre as classes de maior renda, nas últimas três décadas desse século passam a se constituir em doenças dos grupos sociais de menor renda, de menor nível de escolaridade e de piores condições de vida e trabalho – o que demonstra o vínculo da ocorrência dessas doenças e as condições socioeconômicas da população. Além disto, os indicadores relativos à educação, saúde e habitação, no Brasil, embora mostrem uma evolução positiva ao longo dos anos, são inferiores àqueles de países com similar, ou até mesmo inferior, nível de renda *per capita*.¹⁹

¹⁸ COSTA, Caroline dos Santos et al. *Consumo de alimentos ultraprocessados e associação com fatores sociodemográficos na população adulta das 27 capitais brasileiras (2019)*. Revista de Saúde Pública. Vol. 55, 2021. Disponível online em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8317992/#top>>. Acesso em: 12 out. 2021.

¹⁹ CESSE, Eduarda Ângela Pessoa. *Epidemiologia e determinantes sociais das doenças crônicas não transmissíveis no Brasil*. Tese de Doutorado em Saúde Pública. Centro de Pesquisas Aggeu, Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, 2007. Orientador: Eduardo Maia Freese de Carvalho. pp. 119-123. Segundo a autora, “*a transição epidemiológica e demográfica no país é um processo inconcluso, de temporalidade indefinida, marcado pelas desigualdades existentes na sociedade. O contexto descrito vem ocorrendo em meio a contradições típicas do processo de desenvolvimento desacompanhado de políticas equânimes e universais. Portanto, as características que envolvem o processo de transição epidemiológica e demográfica brasileira não devem ser interpretadas como sinais de progresso. Mas, sim, como a expressão das formas deficientes da industrialização, urbanização e consumo massivo que se traduzem, dentre outros, em problemas de contaminação atmosférica, acidentes de trabalho e de trânsito, transtornos mentais, estresse, consumo de tabaco, álcool e outras drogas, além de hábitos alimentares pouco saudáveis que se constituem em determinantes no nível dos indivíduos a tais fatores expostos*” (p. 2014)

Assim, entender os DSS e trabalhar para reduzir as inequidades em saúde é tema de extrema relevância quando se fala em saúde pública e, em especial, no caso do combate às DCNTs.

O progresso nos estudos acerca dos desafios impostos pelos DSS com relação à promoção da saúde levou, mais recentemente, pesquisadores sobre o tema a concluírem que há uma dimensão comercial dos determinantes sociais, que ocupa papel relevante na disseminação das DCNTs. A dimensão comercial dos DSS foi abordada pela primeira vez na 9ª Conferência Mundial de Promoção da Saúde da Organização Mundial da Saúde, realizada em 2016, em Xangai, na China, e basicamente identifica práticas corporativas ou comerciais que priorizam a geração de lucros para as empresas, em detrimento da saúde da população que consome seus produtos. Os “determinantes comerciais da saúde” (DCS) constituem fatores – no caso, com finalidade comercial/lucrativa – que, assim como os determinantes sociais da saúde, contribuem direta e ativamente para a disseminação das DCNTs e, por consequência, para o agravamento do problema de saúde pública enfrentado, hoje, mundialmente.

O conceito de “determinantes comerciais da saúde” adotado na Conferência de Xangai corresponde ao inicialmente proposto pela Professora Ilona Kickbush, fundadora e presidente do Centro de Saúde Global (*Global Health Centre*), do *Graduate Institute of International and Development Studies*, em Genebra, Suíça, que, juntamente com outros autores, definiu os DCS como “estratégias e abordagens utilizadas pelo setor privado para promover produtos e escolhas que são prejudiciais à saúde”.²⁰ Estas estratégias incluem práticas de mercado, como, por exemplo, pesquisa e desenvolvimento de produtos; precificação; marketing, incluindo publicidade e rede de distribuição de vendas, que objetivam impulsionar a venda dos produtos e, conseqüentemente, os lucros destas corporações; além de práticas políticas que buscam garantir um cenário regulatório favorável. Em importante pesquisa publicada em 2020 sobre os DCS, Melissa Mialon afirma que há ampla evidência de que o marketing de produtos não saudáveis direcionado a crianças e adolescentes leva ao aumento substancial do consumo destes produtos, com impactos negativos à saúde associados a ele.²¹ Mialon cita, ainda, o

²⁰ KICKBUSH, Ilona et al. *The Commercial Determinants of Health*. The Lancet, vol. 4. Dez., 2016.

²¹ MIALON, Melissa. *An Overview of The Commercial Determinants of Health*, in “Globalization and Health”, 2020. p.3.

pronunciamento, em 2013, da então Diretora-Geral da OMS, Margaret Chan – verdadeiro alerta sobre os desafios impostos pelos futuramente chamados DCS: “esforços para impedir doenças não transmissíveis vão de encontro aos interesses mercadológicos de operadores econômicos poderosos. Em minha opinião, este é um dos grandes desafios enfrentados para a promoção da saúde”.²² Para a autora, a identificação dos DCS permite uma possível mudança de paradigma na questão da promoção da saúde, devendo-se apurar se as DCNTs, os prejuízos ao meio-ambiente e as desigualdades sociais e de saúde poderiam ser entendidos como sendo modelados pelos DCS e, em consequência, pelas próprias indústrias.

Segundo Kickbush, a influência exercida pelas corporações se dá por meio de quatro canais principais: (i) o marketing, que aumenta o desejo por e a aceitabilidade de, produtos não saudáveis; (ii) o lobby, que consegue impedir barreiras regulatórias, como, por exemplo, regras de rotulagem e idade mínima para consumo de bebidas alcoólicas; (iii) as estratégias corporativas de responsabilidade social, que conseguem desviar a atenção e “limpar” a reputação manchada das corporações; e (iv) as vastas redes de fornecimento que caracterizam a operação destas corporações, que ampliam a sua influência no mundo. Estes canais impulsionam o alcance das corporações e agigantam o impacto na saúde dos empreendimentos comerciais. A amplitude e a profundidade da influência corporativa se expandem à medida que mais pessoas são alcançadas com ainda mais opções de escolhas de consumo²³.

René Jahiel e Thomas Babor, em estudo específico sobre a responsabilidade da indústria de bebidas alcólicas, introduziram a interessante noção de “epidemia industrial”, que pode ser extensiva a todas as indústrias de produtos não saudáveis, incluindo as chamadas *big food companies* – grandes corporações da indústria alimentícia. Os autores defendem que as indústrias devem ser vistas como os vetores das doenças, por serem as responsáveis pela exposição da população vulnerável aos riscos dos seus produtos não saudáveis. E, por isso, o foco das políticas públicas para a promoção da saúde deve mudar, não sendo mais direcionado ao “agente” (no caso, o álcool, ou os alimentos ultraprocessados) ou ao

²² Tradução livre. No original: “*Efforts to prevent non-communicable diseases go against the business interests of powerful economic operators. In my view, this is one of the biggest challenges facing health promotion*”. In MIALON, Melissa. Op. Cit. p. 3.

²³ KICKBUSH, Ilona *et al.* Op. Cit. p. e895.

“hospedeiro” (o consumidor), mas sim ao “vetor da doença” (as grandes corporações e seus associados). Estas doenças seriam, portanto, responsabilidade das próprias indústrias, que, com seus altos investimentos, desenvolvem estratégias cada vez mais engenhosas e eficientes para impulsionar o consumo e as vendas dos produtos²⁴. As ações destas empresas, que atuam como DCS, configuram, sob este enfoque, a busca pelo resultado (o lucro) a qualquer custo, ainda que o custo seja a doença e morte da população.

A pesquisa realizada por Jahiel e Babor revelou, ainda, um padrão comum na forma com que as corporações respondem ao que percebem como ameaças às suas atividades comerciais quando relacionadas a problemas de saúde:

As suas respostas iniciais podem tomar diversas formas, variando desde o silêncio sobre um problema de saúde suspeito de ser associado à sua atividade industrial, até o financiamento de pesquisas patrocinadas pela indústria e análises para gerar dúvidas em descobertas científicas críveis. Estas atividades são geralmente conduzidas de forma acobertada por organizações cujas vinculações com a indústria são escondidas, como aconteceu na campanha da Philip Morris ‘ciência a ser escutada e boa epidemiologia’ (*‘sound science and good epidemiology’*). Em diversas ocasiões, campanhas industriais abafaram pesquisas que eram desfavoráveis à imagem dos seus produtos. O uso do termo “ciência da situação” constitui uma outra tática. Em outra frente, as corporações da indústria apoiaram organizações que enfatizam os valores sociais das suas atividades e produtos. Defendem direitos individuais de cidadãos de fazerem as suas próprias escolhas e de correrem riscos de saúde. Podem se opor a restrições à publicidade de produtos não saudáveis sob a alegação de liberdade de expressão. Podem tomar medidas contra políticas regulatórias sob o argumento de que se tratam de interferências abusivas do governo nas vidas dos cidadãos. Podem atacar políticas preventivas ou regulatórias específicas como medidas dispendiosas para impedir que recursos sejam gastos em outros objetivos mais valiosos, ou como intervenções que deveriam ser implementadas por outras (mais permissivas) agências regulatórias. Em algumas instâncias, se engajam em ações de difamação contra críticas da mídia e de saúde pública. Quando o mercado original da indústria é comprometido por políticas ou reações populares efetivas, as companhias buscam outros mercados domésticos (por ex. mulheres ou grupos minoritários no caso do tabaco), expandem suas atuações para mercados internacionais (ex. amianto) ou adquirem outras indústrias, menos controversas, para continuarem suas atividades iniciais de forma disfarçada. As empresas destas indústrias detêm diversas vantagens ao tomarem estas atitudes. Elas geralmente possuem recursos financeiros consideráveis que as permitem conduzir suas próprias pesquisas e investigações, arcar com os maiores

²⁴ JAHIEL René I, BABOR Thomas F. *Industrial epidemics, public health advocacy and the alcohol industry: lessons from other fields*. *Addiction*. 2007 Sep;102(9):1335-9. Disponível on-line em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/17697267/>>. Acesso em: 13 out. 2021. Segundo os autores, no passado, o enfoque das políticas públicas para a promoção da saúde retratava os problemas do consumo (no caso, de álcool) como consequência de uma falha moral, ou como uma doença crônica decorrente de causas genéticas, psicológicas ou do ambiente em que vivem.

escritórios de advocacia, estabelecer ou montar empresas de relações públicas e ameaçar os seus críticos de tomar medidas judiciais contra eles.²⁵

Como resposta ao movimento de identificação e combate aos DCS, iniciado em 2016, a OPAS/OMS publicou, no Brasil, em 2020, o “Marco de Referência Sobre a Dimensão Comercial dos Determinantes Sociais da Saúde: Articulação com a Agenda de Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis”²⁶ (Marco de Referência), com o objetivo de promover a “necessidade de refletir sobre a dimensão comercial como parte dos determinantes sociais e ampliar a compreensão sobre o impacto na saúde das pessoas e, em especial, no aumento das DCNTs”. O documento compila os resultados de diversos estudos, descrevendo as práticas e estratégias das indústrias de produtos não saudáveis para impulsionar o lucro, promover as vendas de seus produtos e buscar impedir quaisquer restrições a essas vendas, ainda que em prejuízo da saúde da população.

No Marco de Referência, a OPAS alerta para os riscos à saúde promovidos por essas diversas práticas e estratégias da indústria e, também, para a inter-relação, na região das Américas, entre os DSS e os DCS, representada pela desigualdade social, que aumenta os impactos dos interesses comerciais prejudiciais à saúde, especialmente junto às camadas mais vulneráveis da população. Em outras

²⁵ JAHIEL René I, BABOR Thomas F. Op. Cit. pp. 1336-1337. Tradução livre. No original: “*Their initial responses may take several forms, ranging from silence about a health problem suspected of being linked to industrial activity to the commissioning of industry-sponsored research and analysis to cast doubt on the scientific findings. These activities are often carried out covertly by organizations whose links to the industry are hidden, as in Philip Morris’ ‘sound science and good epidemiology’ campaign. On several occasions, industrial companies have suppressed research that was unfavorable to the image of their products. The use of ‘situational science’ is another tactic. On another front, industrial corporations support organizations that emphasize the social values of the industries’ products or activities. They champion individuals’ rights to make their own choices and to take health risks. They may oppose restrictions on the advertising of unhealthy products on the basis of commercial freedom of speech. They may represent regulatory policies as the intrusion of ‘big government’ into the life of citizens. They may attack specific regulatory or prevention policies as costly measures that prevent money from being spent on other more worthwhile aims, or as interventions that should be implemented by other (more permissive) governmental agencies. In some instances, they may engage in libel suits against public health or media critics. When the industry’s initial market is compromised by effective policies or popular reactions, companies may seek other domestic markets (e.g. women and minority groups in the case of smoking), expand overseas markets (e.g. asbestos) or acquire other, less controversial, industries under cover of which they may continue their initial activities. Industrial companies have several advantages in taking these actions. They often have considerable financial resources that allow them to conduct their own investigations, retain major law firms, set up public-relations organizations and threaten to file lawsuits against their critics.*”

²⁶ Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS. *Marco de Referência Sobre a Dimensão Comercial dos Determinantes Sociais da Saúde: Articulação com a Agenda de Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis*. Disponível em: <<https://iris.paho.org/handle/10665.2/52975>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

palavras, quanto mais baixa a posição que se ocupa no gradiente social, mais sujeitas e vulneráveis estão as pessoas aos determinantes comerciais – às estratégias utilizadas pelas corporações para promover e comercializar os seus produtos²⁷. Em razão disto, a OPAS reforça a importância do papel do Estado para efetivar medidas restritivas e garantir, à população, o direito à saúde na região das Américas.

Segundo a OPAS, o poder econômico da indústria de produtos não saudáveis permite que essas empresas influenciem políticas, pesquisas e práticas de saúde pública, com investimentos em lobby que superam em muito o investimento dos outros setores, além de se utilizarem de práticas incisivas de marketing para aumentar muito rapidamente a venda destes produtos em todo o mundo.

Os estudos das táticas adotadas pelas grandes corporações para exercer a sua influência foram possíveis a partir do final da década de 90, quando documentos internos foram disponibilizados no âmbito dos vários processos judiciais enfrentados pelas grandes corporações de tabaco. Estes documentos revelaram os mecanismos utilizados pela indústria do tabaco para impedir políticas públicas que controlassem a venda e o consumo do seu produto.

Dentre os DCS, a OPAS destaca as seguintes práticas e estratégias das grandes corporações como prejudiciais à saúde pública:

1. Estratégias instrumentais baseadas em ação: alianças ou coalizões entre representantes das indústrias e organizações de saúde, comunidades e mídia com o objetivo de enfraquecer políticas de saúde pública; controle de informação científica para favorecer os produtos das corporações; envolvimento direto e influência nas políticas públicas; estratégias legais como ameaça de ações legais em oposição às políticas de saúde pública, influência em acordos comerciais e de investimento que favoreçam a indústria;
2. Estratégias discursivas baseadas em argumentos: enfatizar as boas características do setor ou de determinada empresa; propor soluções ou políticas públicas preferidas pelas corporações, como a autorregulamentação.

Interessante notar que, na categoria das “estratégias discursivas baseadas em argumentos”, temos a autorregulamentação como sistema jurídico preferido pelas corporações. De fato, o Marco de Referência da OPAS/OMS sustenta que “a

²⁷ Em 2019, o Brasil tinha 13,7 milhões de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza extrema e o total de pobres do país — com renda de US\$ 5,50 por dia (R\$ 436 por mês, segundo a pesquisa) — superou 51 milhões de pessoas, segundo o IBGE, conforme matéria do jornal Folha de São Paulo, datada de 12/11/2020. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/11/pobreza-extrema-afeta-137-milhoes-brasileiros-diz-ibge.shtml#:~:text=Pobreza%20extrema%20afeta%2013%2C7,11%2F2020%20%2D%20Mercado%20%2D%20Folha>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

autorregulamentação, promovida pelas indústrias de produtos não saudáveis é utilizada para atrasar, enfraquecer e evitar o desenvolvimento de políticas públicas efetivas”. O sistema jurídico da autorregulamentação é entendido, portanto, não como insatisfatório para proteger o consumidor dos abusos da indústria de produtos não saudáveis, mas como sendo implementado como resultado de uma decisão estratégica promovida pela própria indústria para enfraquecer os esforços da sociedade e dos governos em limitar ou restringir a sua atuação em prol da saúde pública. Em outras palavras, o sistema da autorregulamentação seria a escolha jurídica mais benéfica para as indústrias de produtos não saudáveis e, portanto, a mais prejudicial à saúde pública.

Outras estratégias destacam-se como DCS, como, por exemplo, o sistema de “porta giratória”, que nada mais é do que admitir ex-funcionários do governo no setor privado e vice-versa, permitindo uma vantagem competitiva à indústria, quando ex-reguladores trazem informações confidenciais para seus papéis corporativos e ex-funcionários do setor privado garantem à indústria uma voz no processo de formulação de políticas públicas. Há, ainda, o financiamento de estudos e pesquisas para demonstrar resultados favoráveis às atividades comerciais das empresas ou para questionar e enfraquecer pesquisas que apoiam políticas públicas na área de saúde. Na área de responsabilidade social, as indústrias muitas vezes se utilizam da estratégia do “marketing verde” para “limpar” a sua reputação perante a opinião pública ou para desviar a atenção das características não saudáveis de seus produtos, adotando uma postura pró-ecológica, mediante a promoção e divulgação de ações corporativas que resultem no menor impacto ambiental possível, conquistando a simpatia de todos que se preocupam com o meio-ambiente.

As ações da indústria de produtos não saudáveis – os DCS – geralmente não são práticas isoladas; ao contrário, as diversas estratégias são utilizadas simultaneamente, de forma a assegurar a maior concentração de poder possível nas mãos da indústria, por meio dos resultados econômicos. Então, ao mesmo tempo em que investem em lobby junto ao poder legislativo e em pesquisas científicas favoráveis a seus produtos para impedir quaisquer restrições à sua comercialização, as empresas investem no “marketing verde”, de forma a assegurarem uma “boa” reputação junto à sociedade, passando a mensagem de que se preocupam com o meio-ambiente e o bem-estar social. O resultado, portanto, é que não apenas obtêm êxito em evitarem políticas públicas restritivas às vendas e/ou ao consumo dos seus

produtos, assegurando maiores lucros, como também, ao mesmo tempo, fortalecem a sua marca junto aos consumidores.

Dentre os DCS identificados, o marketing e a publicidade também ocupam papel de destaque, na medida em que exercem forte influência nas escolhas das pessoas, elevando o desejo por e a aceitação de produtos não saudáveis.

O Guia Alimentar Para a População Brasileira alerta para o fato de que a publicidade de alimentos ultraprocessados domina os anúncios comerciais de alimentos, frequentemente veiculando informações incorretas ou incompletas sobre alimentação e atingindo, sobretudo, crianças e jovens²⁸. Alerta, também, para o problema-chave resultante da estratégia de marketing e publicidade da indústria: o risco dos alimentos ultraprocessados serem vistos como produtos saudáveis, cujo consumo não precisaria mais ser limitado, tendo em vista que “a publicidade desses produtos explora suas alegadas vantagens diante dos produtos regulares (“menos calorias”, “adicionado de vitaminas e minerais”), aumentando as chances de que sejam vistos como saudáveis pelas pessoas”. Em outras palavras, segundo o Guia, o *modus operandi* do marketing da indústria de alimentos ultraprocessados é reconhecidamente se utilizar de publicidade enganosa e abusiva para influenciar o seu consumo.

Importante notar que, sob a perspectiva dos determinantes comerciais da saúde, quando tratamos de publicidade de produtos e alimentos não saudáveis, o direito que está em jogo não é apenas o das relações de consumo – do vínculo entre o ofertante da mensagem específica e o(s) consumidor(es) – mas, principalmente, o direito à saúde da sociedade, que é afetada em massa, como resultado da “epidemia industrial”, em que a indústria como um todo atua como vetor de doenças

²⁸ “Os brasileiros de todas as idades são diariamente expostos a diversas estratégias utilizadas pelas indústrias de alimentos na divulgação dos seus produtos. Comerciais em televisão e rádio, anúncios em jornais e revistas, matérias na internet, amostras grátis de produtos, ofertas de brindes, descontos e promoções, colocação de produtos em locais estratégicos dentro dos supermercados e embalagens atraentes são alguns dos exemplos mais frequentes dos mecanismos adotados para a sedução e convencimento dos consumidores. Mais de dois terços dos comerciais sobre alimentos veiculados na televisão se referem a produtos comercializados nas redes de fastfood, salgadinhos “de pacote”, biscoitos, bolos, cereais matinais, balas e outras guloseimas, refrigerantes, sucos adoçados e refrescos em pó, todos esses ultraprocessados. A maioria desses anúncios é dirigida diretamente a crianças e adolescentes. O estímulo ao consumo diário e em grande quantidade desses produtos é claro nos anúncios.” (Guia Alimentar Para a População Brasileira do Ministério da Saúde, 2014, disponível em: <https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_alimentar_populacao_brasileira_2ed.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021).

e a publicidade como o seu principal meio de propagação²⁹. E, no caso específico do Brasil, o problema é agravado por conta da situação de vulnerabilidade socioeconômica em que se encontra parcela expressiva da população.

Já em 2006, Stuckler *et al.*, no mencionado estudo publicado na revista *PLOS Medicine*, concluíram que o consumo de alimentos ultraprocessados tende a ser maior em países em que há também elevado consumo de álcool e tabaco e que a correlação entre estes produtos com os alimentos não saudáveis sugere que eles compartilham riscos subjacentes associados com o ambiente mercadológico e regulatório, em consequência, sugerindo que há um conjunto de estratégias e práticas comuns adotadas por essas indústrias de produtos não saudáveis. Segundo os autores, os países que experimentaram maior exposição a produtos não saudáveis são aqueles nos quais o crescimento/desenvolvimento ocorre no contexto de sistemas alimentares que são altamente penetrados por multinacionais estrangeiras, levando a crer que as escolhas das políticas públicas domésticas podem ser cruciais para mitigar os riscos futuros de DCNTs³⁰.

A análise dos DCS, em conjunto, parece, assim, permitir se conclua que as práticas das indústrias de produtos não saudáveis objetivam esconder da sociedade os possíveis danos à saúde causados por seus produtos, por meio da promoção de um discurso que não é verdadeiro e que traduz justamente o contrário. Trata-se de um conjunto de medidas corporativas que têm como finalidade induzir a sociedade ao erro e à confusão, constituindo práticas abusivas e enganosas. Segundo os dados analisados, pode-se concluir que essas estratégias configuram uma espécie de “má-fé” informativa acerca de características essenciais de determinados produtos, para preservar o seu comércio e os lucros das empresas e de todos os agentes que se beneficiam com as suas vendas.

²⁹ MIALON, Melissa. An Overview of The Commercial Determinants of Health, in *Globalization and Health*, 2020. p. 2.

³⁰ STUCKLER D. et al. *Manufacturing Epidemics: The Role of Global Producers in Increased Consumption of Unhealthy Commodities Including Processed Foods, Alcohol, and Tobacco*. *PLOS Medicine*. Vol. 9. Ed. 6. Jun, 2012. p. 6. Disponível em: <<https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001235>>. Acesso: 13 out. 2021. Segundo os autores, muitos países não seguem a correlação geralmente sustentada entre o PIB per capita e o consumo de alimentos não saudáveis, indicando que o aumento no consumo de alimentos não saudáveis não é necessária e inevitavelmente resultado de desenvolvimento econômico. Entretanto, o aumento da renda é um indicador significativo do aumento da exposição a alimentos não saudáveis em países de média e baixa renda.

Diante de tamanha evidência apurada e informações divulgadas por pesquisadores e acadêmicos, e pela própria Organização Mundial da Saúde, parece ser inconcebível que a indústria desconheça ou não reconheça os danos à saúde que suas atividades e seus produtos causam ou agravam à sociedade.

O cenário descrito permite algumas indagações. Seria adequado afirmar que os resultados apurados na área da saúde e a sua conexão com os DCS, identificados por organizações idôneas como a OMS e a OPAS, que impactam de forma mais intensa as populações que se encontram em situação de vulnerabilidade socioeconômica, incluindo o Brasil, caracterizam como ilícitas certas atuações mercadológicas dessas indústrias – suas atividades e estratégias de marketing, por exemplo? E em consequência disso, seria razoável refletir-se sobre a necessidade de uma intervenção estatal mais efetiva com relação às atividades das indústrias de alimentos não saudáveis, que se refiram ao estabelecimento de restrições legais a determinadas práticas – especialmente aquelas identificadas como DCS – e a políticas públicas, em favor da proteção da saúde da sociedade? Poderíamos defender que a falta de limites ou restrições legais à atuação das indústrias resulta não somente de uma atitude omissiva do Estado na sua obrigação de proteção e promoção da saúde da população, mas, talvez, na preferência dada ao livre mercado em detrimento do direito à saúde?

No próximo subcapítulo trataremos especificamente do recorte das estratégias de marketing e publicidade das grandes corporações como DCS e dos seus efeitos prejudiciais à saúde pública.

2.3. A publicidade como determinante comercial da saúde

Como identificado inicialmente pela professora Ilona Kickbush, ao definir os DCS, o marketing representa importante fator determinante comercial da saúde, consistindo em um dos quatro canais principais utilizados pelas grandes corporações para exercerem a sua influência, impulsionarem o consumo dos seus produtos não saudáveis e obterem maiores lucros. O marketing e a publicidade ocupam papel de destaque na sociedade de consumo e em especial no mundo capitalista neoliberal, na medida em que exercem forte influência nas escolhas das pessoas, elevando o desejo e a aceitação dos produtos. Como mencionado anteriormente, por meio de altos investimentos nestas atividades, a indústria

alimentícia impulsiona as vendas dos seus produtos, utilizando estratégias publicitárias destinadas a explorar principalmente as populações mais vulneráveis, manipulando as suas escolhas de consumo.³¹ Em outras palavras, o marketing dos produtos não saudáveis constitui fator determinante da disseminação das DCNTs, especialmente quando, na linha do exposto nos subcapítulos anteriores e confirmado pela OPAS, por meio do Marco de Referência, é direcionado às populações mais vulneráveis do ponto de vista socioeconômico, num cenário de forte penetração de grandes corporações multinacionais.

Mas exatamente em que consistem estas práticas? Segundo Weldon J. Taylor, “vencer a escolha do consumidor num mercado altamente competitivo a um preço mínimo forçou os executivos de marketing a se distanciarem de padrões tradicionais de pensamento”.³² O marketing é, segundo Philip Kotler, “a ciência e arte de explorar, criar e entregar valor para satisfazer as necessidades de um público-alvo com geração de lucro”, e seu objetivo é identificar desejos e gerar valor para criar relacionamentos com sua audiência³³. A *American Marketing Association* (AMA)³⁴ define o marketing e publicidade como conceitos diferentes. O marketing é uma prática de negócio que envolve, basicamente, o processo de identificação e previsão das necessidades do consumidor/cliente e de determinação da melhor forma de se alcançar tais necessidades, por meio do estudo do mercado (suas tendências), do consumidor (suas preferências), do modo de divulgação e persuasão (pela publicidade), da organização de sua venda, de distribuição e assistência técnica³⁵. A publicidade é o exercício de promover uma empresa e seus produtos ou serviços por meio de canais pagos.³⁶ A publicidade, portanto, constitui

³¹ E. G. Maia *et al.*, *Análise da publicidade televisiva de alimentos no contexto das recomendações do Guia Alimentar para a População Brasileira*. Cad. Saúde Pública, 2017.

³² No original: “winning the consumer's choice in a highly competitive world at a minimum cost forced the marketing executive to break free from traditional patterns of thinking”.

³³ PEÇANHA, Vitor. *O que é Marketing: tudo o que você precisa saber sobre a arte de conquistar e fidelizar clientes*. Blog Rockcontent, Jul. 2020. Disponível em: <<https://rockcontent.com/br/blog/o-que-e-marketing/>>. Acesso em: 14 out. 2021.

³⁴ AMERICAN MARKETING ASSOCIATION – AMA. *Marketing v. Advertising - Discover the differences between marketing and advertising and how each relates to modern business*. Disponível em: <<https://www.ama.org/pages/marketing-vs-advertising/>>. Acesso em: 14 out. 2021.

³⁵ DIAS, Lucia Ancona L. de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Saraiva. 3ª Ed. São Paulo:2018. p. 29.

³⁶ AMERICAN MARKETING ASSOCIATION – AMA. Op. Cit.

uma das várias ações ou ferramentas de marketing e, por sua força inegável sobre a escolha do consumidor, talvez uma das mais importantes³⁷.

Antonio Herman V. Benjamin afirma que o marketing cobre todas as funções que objetivam fazer com que produtos e serviços se movam do local onde são produzidos ou montados até as mãos do consumidor final, constituindo instrumentos seus “além da publicidade, a pesquisa de mercado, o design e seleção de produtos, a escolha dos distribuidores, as promoções de venda, a fixação de preço e o planejamento da estratégia geral de mercado”.³⁸

Publicidade também se difere de propaganda, sendo que a primeira tem sempre objetivo comercial, enquanto que a última tem como objetivo a divulgação de ideias, religiosas, filosóficas, políticas, econômicas ou sociais, ou de qualquer outra natureza, sem interesse direto ou indireto nas relações próprias do mercado de consumo.³⁹⁴⁰

A embalagem e rotulagem do produto também não se confunde com o conceito de publicidade, embora também constitua veículo de comunicação entre o fabricante, distribuidor ou vendedor e o consumidor e, conseqüentemente, veículo de marketing, estando sujeita aos limites da enganiosidade estabelecidos no direito brasileiro⁴¹. Por meio da embalagem/rotulagem, o fornecedor apresenta as informações sobre o seu produto ao consumidor, inclusive as informações técnicas.

Entretanto, a embalagem ou rotulagem do produto pode ser entendida como publicidade caso sejam nela identificadas mensagens ou desenhos gráficos entendidos como de caráter publicitário, por exemplo, quando houver informação que faça referência a uma promoção (“leve mais e pague menos”) ou dizeres que tenham como finalidade a influência na escolha de consumo do consumidor, exaltando a eficácia, características ou propriedades do produto.⁴²

³⁷ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. *O consumidor e a publicidade*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 1, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais. p 50.

³⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *O Controle Jurídico da Publicidade*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 9, Jan-Mar 1994.

³⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V, MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Rosco. *Manual de Direito do Consumidor*. Ed. Revista dos Tribunais, 9ª Edição. São Paulo: 2021. p. 310.

⁴⁰ GUIMARÃES, Paulo Jorge Sartezini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que Dela Participam*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2007. pp. 97-98.

⁴¹ BENJAMIN, Antonio Herman V, MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Rosco. Op. Cit. p. 305.

⁴² DIAS, Lucia Ancona L. de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Saraiva. 3ª Ed. São Paulo:2018. p. 124. Sobre mensagem publicitária veiculada na rotulagem de produto, a autora cita exemplo de

Nos ateremos, neste trabalho, ao que for considerado publicidade ou mensagem publicitária.

O fenômeno da publicidade, tal como conhecemos hoje, surgiu com a revolução industrial e comercial, da necessidade de se informar os consumidores sobre os produtos ou serviços postos no mercado. Entretanto, com o cenário da sociedade de massa, do progresso da economia de mercado e o aumento da competição entre as empresas, a publicidade passou a ter outro papel mais importante: o de persuadir os consumidores quanto à necessidade de aquisição desses bens e serviços, representando importante instrumento concorrencial.⁴³⁴⁴

Antonio Herman Benjamin foi um dos pioneiros no estudo do tema da publicidade no Direito brasileiro, especialmente porque este foi regrado pelo Estado brasileiro sob a perspectiva da proteção ao consumidor, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, de cujo anteprojeto foi um dos autores, tendo escrito livros e artigos tratando do assunto posteriormente. O autor adota o conceito de publicidade elaborado pela *American Association of Advertising Agencies*, segundo o qual “publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens e serviços, por um patrocinador identificado”. Destaca, ainda, a importância da publicidade no mundo, sustentando que “não há sociedade de consumo sem publicidade”. No seu entendimento mais atual, a publicidade se caracteriza como instrumento de persuasão do consumo, utilizado pelo mercado como estímulo às necessidades e promoção da demanda, reconhecendo o Direito “o poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores: a publicidade cria expectativas – legítimas – que precisam ser protegidas”⁴⁵. Daí o motivo pelo qual o Direito exerce certo controle à atividade, dando especial atenção à proteção do consumidor – o ente vulnerável da relação jurídica de consumo –, de forma a conter eventuais abusos⁴⁶.

decisão do Supremo tribunal de Justiça (REsp 447.303-RS, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ 28-10-2003) que determinou que fornecedor cessasse a veiculação de slogan publicitário “*diet por natureza*” aposto em rótulo de água mineral, por entender que essa expressão poderia induzir os consumidores em erro quanto às propriedades do produto.

⁴³ GUIMARÃES, Paulo Jorge Sartezini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que Dela Participam*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2007. p. 95-96.

⁴⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. “Publicidade e Direito”. 3ª Ed. Saraiva, 2018. p. 32.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Volume Único*. Forense. Edição do Kindle, 2018. p. 276.

⁴⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V, MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Rosco. *Manual de Direito do Consumidor*. Ed. Revista dos Tribunais, 9ª Edição. São Paulo: 2021. p. 307.

A publicidade, portanto, constitui poderosa ferramenta de mercado, de persuasão do consumidor, para realizar a sua escolha de compra, por meio das mais diversas estratégias (por exemplo: campanhas publicitárias em todos os meios de divulgação – mídia impressa, televisão, redes sociais, etc. –, patrocínio, ações de merchandising, *naming rights*, *branded content*, licenciamento de produtos, ações de divulgação por meio de celebridades e influenciadores digitais, etc.).

Para Lucia Ancona Magalhães Dias, o aumento da concorrência entre as empresas levou a publicidade a incorporar uma linguagem cada vez mais atrativa e dotada de apelos lógicos e emocionais, com o objetivo de convencer o consumidor a adquirir determinados produtos. Portanto, toda publicidade é, de alguma forma, tendenciosa, pois informa com a finalidade específica de vender ou de obter vantagem comercial, motivo pelo qual, na comunicação publicitária, a informação não é neutra, sendo sempre sugestiva para atingir o objetivo de comercialização do produto ou serviço específico.⁴⁷

Por constituir ferramenta decisiva de formação do consentimento do consumidor – poderosa forma de manipulação social, que utiliza técnicas “sofisticadas, complexas e nem sempre totalmente perceptíveis pelo destinatário”, que “lhe dão um grande poder social” –, a publicidade “é percebida como verdadeiro instrumento de controle social”⁴⁸.

E o Direito reconhece que é da própria natureza da publicidade o caráter de manipulação do consumidor, das suas escolhas de consumo, não apenas comunicando ou informando sobre a existência e as características dos produtos que pretende divulgar, mas também e, principalmente, utilizando-se de técnicas de persuasão, atuando na mente do consumidor para convencê-lo a adquirir este ou aquele produto, e não outros, similares. Ao mesmo tempo, o Direito reconhece a importância da publicidade para o desenvolvimento econômico. Por isso, o Direito procura – ou deveria procurar – impor limites ao uso da publicidade, de forma a coibir os possíveis abusos que podem vir a decorrer das mais diversas e inovadoras técnicas de convencimento utilizadas. Segundo Maria Elisabete Vilaça Lopes, “o afã de salientar as qualidades do produto pode levar a distorções, para as quais o legislador tem de voltar a sua atenção”. Note-se que não há qualquer ilicitude em tentar convencer o consumidor, por meio da publicidade, a adquirir determinado

⁴⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Op. Cit. pp. 32-33.

⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Op. Cit. pp. 1-3.

produto ou serviço, mas este convencimento não pode se dar a qualquer custo, sendo que o limite imposto pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro é o direito de não ser enganado.

No caso das indústrias de produtos não saudáveis, as técnicas de persuasão do consumo desses produtos podem estar se direcionando para além da esfera de possível abuso da comunicação entre a empresa/o produto e o indivíduo em si, conforme tradicionalmente coibido pelo direito do consumidor, na medida em que os estudos sobre as DCNTs e os DCS indicam que a exposição aos produtos não saudáveis impõe um risco à saúde.⁴⁹ A divulgação de produtos que, ingeridos em determinadas quantidades, tendem a ocasionar doenças graves, fatais, passando a ser um problema de saúde pública, demandam restrições que, ao menos, informem adequadamente o consumidor quanto aos possíveis danos à saúde que o seu consumo pode causar, sob pena de tal publicidade acabar por conduzir o consumidor a erro, podendo ser considerada abusiva ou enganosa para a sociedade como um todo.

O problema da publicidade como DCS é muito sério porque, o que se tem visto com relação às *Big Food Companies*, por exemplo, em razão do seu elevado poder econômico e das características específicas dos seus produtos (que os tornam mais rentáveis para todos os agentes comerciais envolvidos neste mercado), é que a influência que as suas campanhas e estratégias publicitárias exerce sobre a mente do consumidor vulnerável e sugestionável é substancialmente mais poderosa do que a influência exercida pela publicidade promovida por empresas que comercializam alimentos mais saudáveis, justamente porque, sendo produtores menores e seus produtos menos resistentes, o seu poder econômico é incomparavelmente inferior ao das grandes corporações multinacionais. Portanto, entre estes dois mercados, quanto se trata de alimentos, não há competição no quesito publicidade ou, melhor dizendo, não há competição na capacidade de influência no consumo. Além disto, não havendo políticas públicas efetivas que imponham determinadas regras à publicidade de alimentos não saudáveis, os prejuízos à saúde que estes podem causar sequer chegam ao conhecimento dos seus consumidores.

Ressalta-se, ainda, que, conforme citados a seguir, diversos estudos têm sido realizados na área da saúde e da sociologia para analisar os impactos à saúde

⁴⁹ MIALON, Melissa. An Overview of The Commercial Determinants of Health, in *Globalization and Health*, 2020. p. 2.

decorrente da publicidade de alimentos não saudáveis. Na área de alimentos ultraprocessados, entende-se que a mera exposição a estes produtos influencia a escolha dos consumidores.

Marija Mukvirovic, em importante estudo acerca dos efeitos da publicidade de alimentos nos comportamentos de adultos, sustenta que a publicidade pode influenciar comportamentos ligados à alimentação das pessoas. A publicidade de alimentos geralmente obtém efeitos sutis, mas potencialmente de longo-alcance nos comportamentos relacionados à alimentação, efeitos estes que possivelmente os consumidores não percebem. Segundo a autora, pesquisas recentes na área de economia comportamental, psicologia social e neurociência sugerem que os consumidores são irracionais com relação às suas escolhas de consumo porque muitas decisões são tomadas por processos instintivos e automatizados, sem conhecimento consciente. Além disto, a publicidade de alimentos geralmente foca no prazer imediato, o que torna difícil aos consumidores resistirem às tentações⁵⁰.

Estudo recente sobre publicidade de marcas de alimentos ultraprocessados no Facebook verificou que a publicidade destes alimentos é extensamente disseminada nas páginas de Facebook e é altamente acessada por brasileiros, sendo empregadas as mais diversas estratégias de marketing nesta rede. O estudo apurou que aproximadamente 6% das 250 páginas com maior quantidade de *likes* no Facebook são de titularidade de marcas de alimentos ultraprocessados e que, dentre as 10 páginas com maior número de *likes* por brasileiros no Facebook, duas são de marcas de alimentos ultraprocessados.⁵¹

Pesquisas científicas revelam que assistir televisão contribui para a obesidade e a disseminação de DCNTs, aumentando o sedentarismo e influenciando as escolhas de alimentação dos espectadores. Em estudo publicado na revista *Public-Health Nutrition*, em 2019, que analisou a publicidade de alimentos e bebidas ultraprocessados na televisão brasileira, constatou-se alta exposição de crianças e adultos à publicidade de alimentos ultraprocessados por

⁵⁰ VUKMIROVIC, M., *The effects of food advertising on food-related behaviours and perceptions in adults: A review*. Food Research International, Vol. 75. Set/2015. pp.13-19. doi: 10.1016/j.foodres.2015.05.01. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28454939/>>. Acesso em: 17 out. 2021.

⁵¹ HORTA, Paula M, RODRIGUES, Fernanda T e SANTOS, Luana C. Ultra-processed food product brands on Facebook pages: highly accessed by Brazilians through their marketing techniques. *Public Health Nutrition*, Fev. 2018. Disponível em: <https://actbr.org.br/uploads/arquivos/UPP_brands_on_facebook.pdf>. Acesso em: 16 out. 2021.

meio da televisão, especialmente considerando-se o elevado consumo de programação televisiva pela população brasileira (em média 3 horas/dia). No total, 14,2 % da publicidade veiculada estava relacionada a alimentos e, aproximadamente, 91% incluíam alimentos ultraprocessados, sendo as três publicidades mais veiculadas relacionadas a refrigerantes, bebidas alcoólicas e *fast-food*.⁵²

Em outro recente estudo acerca dos DCS, em que os autores realizaram uma revisão dos resultados de várias pesquisas sobre o tema, concluiu-se que, com relação às estratégias de marketing e publicidade das indústrias, as corporações continuam realizando altos investimentos e, com isso, alcançando ilimitado e irrestrito acesso aos consumidores; que muitas vezes se disfarçam de “amigos”, por meio destas estratégias, posicionando-se como “parte da solução” de problemas sociais; que apelam à ampla visibilidade e acesso promovido pelo esporte para promover as suas marcas e produtos não saudáveis; e que, por meio de contratos de marketing com meios de comunicação, as corporações buscam influenciar assuntos e matérias jornalísticas a serem abordadas pelas grandes redes de comunicação e, em consequência, as narrativas acerca de temas sociais e de saúde de forma mais ampla⁵³.

Em resposta aos DCS, há diversos movimentos independentes no Brasil e no exterior que buscam promover aos consumidores uma informação adequada com relação aos produtos não saudáveis, denunciando as práticas publicitárias abusivas e enganosas orquestradas pela indústria. No Brasil, a OPA – Observatório de Publicidade de Alimentos, é uma iniciativa do IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) que tem como objetivo fortalecer o direito dos consumidores à informação adequada, apoiando a identificação de publicidades ilegais de alimentos e facilitando a sua denúncia aos órgãos competentes. Segundo a OPA:

⁵² GUIMARÃES, Julia Soares et al. *Ultra-processed food and beverage advertising on Brazilian television by International Network for Food and Obesity/Non-Communicable Diseases Research, Monitoring and Action Support benchmark*. Public Health Nutrition. V. 23. Mai/2020, p. 2657-2662. Disponível em: <<https://publicidadedealimentos.org.br/wp-content/uploads/2020/10/Ultra-processed-food-and-beverage-advertising-on-Brazilian-television-by-International-Network-for-Food-and-Obesity-Non-Communicable-Diseases-Research-Monitoring-and-Action-Support-benchmark.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2021.

⁵³ DE LACY-VAWDON, C., LIVINGSTONE, C. *Defining the commercial determinants of health: a systematic review*. BMC Public Health, V. 20, 1022, 2020. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1186/s12889-020-09126-1#citeas>. Acesso em: 16 out. 2021.

a publicidade de alimentos está presente em todos os meios de comunicação e exerce uma grande influência em nossos hábitos e comportamentos. Além de incentivar o consumismo, essa prática tem impactos sérios em nossa saúde, pois, em geral, promove alimentos não saudáveis, como os ultraprocessados. As estratégias usadas para promover esses produtos são muitas vezes desleais, pois dialogam diretamente com crianças, investem em brindes, oferecem recompensas falsas e fazem promessas enganosas, como melhorar a nossa saúde e bem-estar.

Um exemplo de estratégia publicitária que atua como DCS é o caso do Metrô do bairro de Botafogo, na cidade do Rio de Janeiro, que passou recentemente a se chamar “Metrô Botafogo-Coca-Cola”. Trata-se de uma ação de *namings rights* contratada pela Coca-Cola, visando gerar ampla visibilidade e promover maior reconhecimento e aceitação da sua marca. O objetivo da empresa investidora, neste tipo de contrato, é fortalecer a sua marca junto à sociedade, fazendo com que a marca fique guardada em sua memória, influenciando substancialmente na escolha de consumo dos indivíduos. Os *namings rights* ou “direitos de nomeação” são negócios jurídicos por meio dos quais vincula-se a marca comercial de empresas a locais ou eventos, sendo, portanto, uma modalidade de patrocínio.⁵⁴ Estes contratos são investimentos milionários. Em 2020, o clube de futebol Corinthians licenciou os direitos de nome do seu estádio – a Arena Corinthians – para a empresa farmacêutica HyperaPharma por R\$300 milhões, por 20 anos, recebendo R\$15 milhões por ano de contrato.⁵⁵ Segundo a organização não governamental ACT Promoção da Saúde, “ao renomear um espaço urbano como a estação Botafogo de

⁵⁴ BARCELLOS, Cleudes Teresinha Maffei. *Investimentos em patrocínio na modalidade de namings rights: empresas que praticam esses negócios no Brasil e características deste mercado*. Dissertação (mestrado). Orientação: Professor Dr. Roberto Frota Decourt. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, 2013. Segundo a pesquisadora, “*encontraram-se negociações dessa modalidade de patrocínio em salas de cinema; teatros; rádios; casas de espetáculos; eventos esportivos; programas culturais; orquestra; salas em universidades; arenas esportivas; equipe de vôlei. Encontraram-se também, dois casos em estádios de futebol, porém, foram extintos. Os motivadores e objetivos da empresa investidora a essas negociações são associar a marca aos benefícios que o negócio proporciona à comunidade, num todo; fortalecer - ligar ou associar - a imagem - ou a marca - da empresa junta à cultura e / ou ao esporte; aumentar a visibilidade da marca - ou obter a exposição da sua marca o maior tempo possível -; usá-los como um recurso de marketing; acompanhar os outros projetos que o investidor faz em outros países; disponibilizar um espaço para os atletas da equipe da empresa; tornar a marca dos produtos da empresa conhecidas nacionalmente - ou divulgar os seus produtos -; envolvimento com a população; exposição na mídia e desenvolvimento social junto à comunidade. Esses objetivos citados pelos entrevistados corroboram com a literatura norte americana utilizada para este estudo. Contudo, “na superfície isso pode ser verdade, mas na linha de fundo é, muitas vezes, uma base para o ganho financeiro, devido à visibilidade corporativa que esperam obter (OVERTON, 2003, p. 74)”*”.

⁵⁵ “Corinthians receberá R\$ 300 milhões em 20 anos por *namings rights*; veja os detalhes do acordo”. Matéria publicada em 01/09/2020, no site Globo Esporte, www.ge.globo.com, disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/times/corinthians/noticia/noticias-corinthians-valores-detalhes-naming-rights-arena-hypera-farma.ghtml>>. Acesso em 16 out. 2021.

Coca-Cola, a MetrôRio está permitindo que uma parcela considerável de seus mais de 118 mil passageiros diários, de acordo com o Data Rio, estejam sendo expostos à marca”.⁵⁶ Se observarmos esta estratégia isoladamente, a Coca-Cola estaria, nesta hipótese, promovendo algum tipo de informação ou publicidade enganosa? Parece-nos que não, por constar apenas o nome da empresa, a sua marca, estampada na estação de metrô e veiculada nos letreiros dos trens que nela chegam. Entretanto, os produtos da Coca-Cola, inclusive a própria bebida que leva o nome da marca, constituem alimentos ultraprocessados que se encontram no rol dos alimentos causadores das DCNTs. Neste sentido, permitir uma vantagem econômica com a colocação de sua marca num local de alta exposição aos cidadãos, assegurando o fortalecimento da marca e de seus produtos, parece seguir a linha justamente contrária do que o Estado brasileiro deveria, de acordo com o preceito constitucional do direito fundamental à saúde e o respectivo dever de proteção pelo Estado⁵⁷, assim como dos compromissos firmados pelo Ministério da Saúde junto à OMS⁵⁸, estar se ocupando de assegurar: a proteção da saúde da população e a promoção dos alimentos saudáveis, mediante a imposição de maiores obstáculos para a promoção e o consumo de produtos não saudáveis. A inexistência de restrições legais e a consequente permissão de uma ação como esta, ao contrário, acaba por validar e dar credibilidade aos produtos da marca e, por isso, parece constituir uma forma de enganar o consumidor, em razão dos efeitos por ela causados: a ação não apenas é contrária ao direito à ampla informação da sociedade quanto aos riscos à saúde causados pelos produtos desta marca, como, pior, acaba, indiretamente, por incentivar o seu consumo. Portanto, a inexistência de regras ou restrições legais para a contratação de *naming rights* por uma empresa como a

⁵⁶ CURY, Laura; SOUZA, Ladyane e ALBIERO, Marília. *Próxima Estação: [nome da sua empresa]*. ACT Promoção da Saúde. Disponível em: <https://actbr.org.br/post/monitoract-junho/18936/?utm_source=boletim_monitoract&utm_medium=boletim_monitoract&utm_campaign=monitoract_junho_2021>. Acesso em: 16 out. 2021.

⁵⁷ Nos termos do art. 196 da Constituição Federal:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

⁵⁸ Em 2017, o governo brasileiro se comprometeu, por meio de correspondência dirigida ao Dr. Oleg Chestnov, então assistente do Diretor-Geral da Organização Mundial da Saúde, assinada pelo então ministro da saúde Ricardo Barros, com a adoção de medidas para acabar com a obesidade.

Na carta, o Ministro da Saúde reitera o compromisso do Brasil de alcançar as metas de 2025 de nutrição e combate às DCNTs aprovadas pela Assembleia da Organização Mundial da Saúde, assim como o interesse do governo brasileiro em unir forças para o sucesso do Plano de Ação da ONU para Nutrição (*UN Decade of Action on Nutrition*) através do fortalecimento de políticas internas e do trabalho colaborativo com a OMS, FAO, OPAS e outros países e parceiros.

Coca-Cola em local de grande circulação, sem qualquer tipo de aviso ou *disclaimer* acerca dos riscos à saúde causados por esses produtos, constitui ação que vai de encontro ao preceito constitucional do direito à saúde e conflita com as recomendações do Ministério da Saúde, veiculadas por meio do citado Guia Alimentar.

Recentemente, em 2021, o IDEC denunciou a Nestlé ao Procon-SP alegando que a campanha publicitária de toda uma linha de produtos da marca estaria induzindo o consumidor a erro. A Nestlé construiu uma campanha de promoção comercial de uma variedade de produtos da sua suposta linha *fit* – Nesfit – levando a crer que o mel constitui um ingrediente principal ou, no mínimo, um ingrediente presente em sua composição⁵⁹. No entanto, o ingrediente que é apresentado no nome e na embalagem dos produtos, e que os diferencia dos demais produtos da linha, na realidade, não os compõe. Além do nome na parte da frente da embalagem dos produtos, há imagens de favo de mel e outros elementos e signos diretamente relacionados ao ingrediente. O observatório de Publicidade de Alimentos constatou, ainda, que foram identificados nestes alimentos aditivos alimentares do tipo aromatizante e uma alta concentração de açúcares na sua composição, caracterizando-os como produtos não saudáveis, justamente o oposto da mensagem que a campanha publicitária veiculou. O IDEC aguarda medidas serem tomadas pelo Procon.

Em 2007, durante os Jogos Pan-Americanos, a Sadia lançou a campanha publicitária “Mascote Sadia”, que vinculava um brinde – bichos de pelúcia diferentes, nas versões de judoca, patinador, tenista, jogador de futebol e vôlei – à entrega de cinco selos de cores diferentes disponíveis em produtos da marca e mais R\$ 3,00. Entre os produtos que continham os selos estavam margarina, pizza, filé de frango ao molho branco, linguiça e hambúrguer – todos alimentos ultraprocessados. O Instituto Alana, organização sem fins lucrativos, denunciou o caso ao Procon, argumentando que o efeito da campanha seria incentivar entre as crianças o consumo de alimentos calóricos, que comprometem a alimentação saudável e podem trazer prejuízos à saúde, e o Procon, por sua vez, aplicou à Sadia

⁵⁹ Os produtos são o Biscoito Nesfit Aveia e Mel; o Nesfit Cookie Cacau, Aveia e Mel; o Biscoito Nesfit Leite e Mel e o Cereal Matinal Nesfit Mel com Amêndoas sem adição de açúcares. Fonte: Observatório de Publicidade de Alimentos – OPA. Disponível em: <<https://publicidadedealimentos.org.br/caso-documentado/produtos-de-mel-nao-tem-mel/>>. Acesso em: 16 out. 2021.

multa no valor aproximado de R\$ 428 mil. Dentre os argumentos de defesa da empresa, vale destacar um que ilustra bem o comportamento e as estratégias mencionadas como DCS – a alegação de que, ao enfatizar a prática desportiva por meio dos mascotes, a Sadia estaria, na verdade, promovendo um comportamento saudável. Em 2017, mais de dez anos depois, o Superior Tribunal de Justiça finalmente julgou o caso, considerando a campanha abusiva à luz do art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, vedando campanhas publicitárias que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil,

conforme precedentes anteriores do próprio STJ, reconhecendo a abusividade de publicidade de alimentos direcionada, de forma explícita ou implícita, a crianças, porque a decisão de comprar gêneros alimentícios cabe aos pais, especialmente em época de altos e preocupantes índices de obesidade infantil.⁶⁰

Adiantando um pouco as discussões que enfrentaremos mais à frente no presente trabalho, é interessante notar que a decisão, neste mesmo processo judicial, proferida em segunda instância pela 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, não identificou qualquer tipo de abuso na mesma campanha publicitária. Verifica-se, portanto, substancial discrepância entre ambas as decisões – a proferida pelo TJSP, de um lado, e a decisão do STJ, de outro.

Merece ser transcrito trecho do acórdão proferido pelo TJSP⁶¹:

Todavia, repita-se, não se vislumbra na campanha publicitária em foco grau de excesso que avance para a patologia publicitária, ofensivo aos hipossuficientes, por desrespeito à dignidade humana, por indução de comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança pessoal, por exploração de diminuta capacidade de discernimento ou inexperiência, por opressão, ou, ainda, por estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão. Sequer é razoável, ademais, taxar de patológica a campanha publicitária em questão, pelo ângulo do fomento ao consumo de alimento industrializado (ou indução ao consumo de produtos de qualidade nutricional baixa), apontado como maléfico à saúde humana, sem igual ataque ao espaço e ao modo de vida fortemente urbanizado (aliás, economicamente, define-se urbano como local não gerador dos alimentos nele consumidos), marcado pela crescente feição industrial, tecnológica e de consumo de gêneros alimentícios em super e hipermercados, dia-a-dia mais industrializados ou desgarrados de seus estados naturais puros. Ordenamento jurídico que aceitasse punir, nesta razão, a publicidade, e, de outro lado, permitisse e incentivasse o estilo atual da vida urbana, seria paradoxal, i. é, inadmissível por contradição, descolado da lógica.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.613.561 – SP. Relator Ministro Herman Benjamin. J. 25/04/2017.

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 0025180-44.2009.8.26.0053, Des. Relator Vicente de Abreu Amadei, J. 27/11/2012.

Da leitura da oração final da decisão acima destacada, poder-se-ia concluir, então, que os desembargadores da Câmara do TJSP praticamente julgam como não lógica a decisão posterior, do STJ, que prevaleceu neste processo e que considera a campanha publicitária da Sadia abusiva.

Este tipo de contradição entre decisões de instâncias diferentes em um mesmo processo, ou em processos diferentes sobre o mesmo assunto, não nos parece impossível de acontecer em um sistema jurídico, como o brasileiro, que optou por garantir maior discricionariedade aos juízes e que não tem como praxe emitir decisões judiciais que permitam sejam extraídas *ratio decidendi* que tenham como finalidade fornecer uma regra jurídica aplicável a casos que apresentem situações ou violações semelhantes ou idênticas, por meio do estabelecimento de parâmetros claros e consistentes. Ao contrário, o nosso sistema jurídico optou pela cultura do particularismo jurídico e por não adotar a doutrina do precedente, garantindo maior liberdade decisória a cada juiz ou tribunal.

Esta prática resulta em verdadeira insegurança jurídica para todas as partes envolvidas. Os consumidores, de um lado, se veem em situação de vulnerabilidade e desprotegidos, em razão da falta de consistência das decisões, ficando a sua proteção contra os malefícios da publicidade enganosa e, conseqüentemente, o seu direito constitucional à saúde, indefinidos e dependentes do julgamento subjetivo de cada juiz ou tribunal. E o mercado de fornecedores dos produtos e publicitário, de outro lado, se vê desprovido de parâmetros jurídicos claros e definidos para realizar seus investimentos em publicidade. Por este motivo, autores como Frederik Schauer insistem em que definição, previsibilidade e consistência na solução de controvérsias são extremamente importantes, mais importantes do que o fato de a decisão tomada ser ou não a mais correta⁶².

Outro caso interessante, submetido ao Poder Judiciário, sobre estratégias de marketing e publicidade de alimentos ultraprocessados dirigido ao público infantil foi o do “McLanche Feliz”. O Projeto Criança e Consumo denunciou ao Procon, como abusiva, a estratégia publicitária implementada pelo McDonald’s denominada “McLanche Feliz”, que corresponde à venda de lanche com brinquedo. Em consequência, o Procon multou o McDonald’s em mais de R\$3 milhões, em 2011. A empresa recorreu ao judiciário para contestar a multa e, em junho de 2015,

⁶² SCHAUER, Frederik. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press. London, England, 2009, cap. 3. p.44.

a 5ª Câmara de Direito Público do TJSP decidiu pela manutenção da sentença de primeira instância, anulando a multa imposta pelo Procon e entendendo que a estratégia publicitária não era abusiva.

Há dois aspectos interessantes que merecem ser apontados neste caso. O primeiro é que, do ponto de vista do fundamento da decisão do STJ, que caracterizou abusiva a estratégia publicitária que manipulou o universo lúdico infantil, não parece haver grande diferença entre ambas as estratégias: a adotada pela Sadia, nos Jogos Pan-Americanos, na qual a compra do produto – alimento – garantia um brinde – bicho de pelúcia –, e a estratégia implementada pelo McDonald's, com o seu McLanche Feliz – segundo a qual, na compra do lanche ganha-se um brinquedo. O segundo aspecto que merece destaque refere-se à fundamentação da decisão do TJSP que anulou a multa imposta ao McDonald's pelo Procon. Na decisão, julgada em 2015, apesar de o Desembargador reconhecer haver uma questão intertemporal relevante com relação à autuação realizada pelo Procon – que, apesar de aplicada em 2010, apresenta, como fundamento, a Resolução do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, somente lançada em 2014 –, seu voto soa mais como um “desabafo” de sentimentos pessoais seus a respeito do tema do que como a esperada interpretação e aplicação neutra da lei – em especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Resolução CONANDA no. 163/2014, que trata especificamente sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente.

Para ilustrar o argumento, vale destacar o seguinte trecho da decisão:

Neste aspecto, não vislumbro prática abusiva da vendedora de sanduíches na hipótese dos autos.

Tomemos estas quatro premissas:

- a) A sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista, e as consequências dessa opção econômica e cultural hão de ser assumidas;
- b) Cabe à família, notadamente aos pais ou ao responsável legal, o poder-dever da boa educação dos filhos, inclusive o ônus de reprimi-los nos apelos inconvenientes ao seu bem estar social, físico e mental;
- c) Crianças bem educadas no berço, por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável, saberão resistir aos apelos consumistas;
- d) Não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância “ongueira”, sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império.

3- Consequência do modelo socioeconômico ocidental, não é de hoje que o mercado publicitário se ocupa de direcionar as peças produzidas para cada nicho

de consumo, buscando cativar clientelas específicas e inculcar a necessidade muitas vezes inexistente de aquisição de produtos e serviços. Faz parte do nosso sistema e, mais e mais, *inclusão social é consumo*.

Crianças, é fato, são mais suscetíveis de se curvar à insistência mercadológica. É nítido o direcionamento das mensagens que visam atingir o seu universo lúdico particular: cores sortidas e vibrantes, situações e imagens de alegria, brindes de personagens infantis. Esta é a porta de acesso que induz os pequenos ao querer, ao desejo dos produtos e serviços.

Todavia, não é porque existe o chamariz que *sempre* se compra. Pressupõe-se isso é essencial, e somente relativizado em hipóteses casuísticas uma *margem de decisão*, de escolha racionalizada.

Daí que a estratégia publicitária não será *sempre* abusiva. Não se pode admitir interpretação literal da Resolução no 163/2014 do CONANDA. Há que se constituir de prejuízo evidente, que atravesse de modo direto (não oblíquo ou idealizado) a formação moral, intelectual, familiar e social do infante.

Percebe-se que, ainda que proferido em 2015, o voto desconsidera as premissas e regras estabelecidas na Resolução 163 do CONANDA, em vigor desde 2014 – que, de acordo com seus artigos 1 e 2, determinam como abusiva a publicidade e a comunicação mercadológica direcionada à criança e ao adolescente, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço, em conformidade com a política nacional de atendimento da criança e do adolescente prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA –, estabelecendo, ao contrário, as próprias premissas do julgador.

Note-se que, no *caput* do art. 2º da Resolução 163, são listadas, exemplificativamente, as práticas publicitárias configuradas como abusivas, dentre as quais constam expressamente aquelas que se utilizam da *promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil* (inciso viii). A decisão desconsidera a escolha do legislador brasileiro de que o Estado deve intervir nas atividades publicitárias direcionadas às crianças, independentemente da educação familiar da criança, o que parece evidente quando estabelece justamente o contrário, que “crianças bem educadas no berço, por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável, saberão resistir aos apelos consumistas” e que

não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância ‘ongueira’, sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império.

Decisões como esta, que desconsideram integralmente o texto normativo aplicável, também são comuns no sistema jurídico brasileiro. O desprezo aos

enunciados normativos, aliado à inexistência de obrigação de vínculo a precedentes judiciais, garantem aos juízes e tribunais poderes excessivos, favorecendo um verdadeiro “governo dos juízes”.

Estas características do nosso sistema jurídico apenas corroboram para a necessidade de interferência mais efetiva do Estado no estabelecimento de regulações e políticas públicas que deem conta de resguardar o direito à saúde da sociedade, estabelecendo limites e parâmetros claros e consistentes para a atividade publicitária de produtos não saudáveis. Caso contrário, o próprio sistema jurídico nacional, com a sua cultura e suas características próprias, aqui mencionadas, acaba por sabotar a proteção a direitos fundamentais que a nossa Constituição Federal buscou assegurar – como o direito à saúde e a proteção do consumidor.

É importante ressaltar, ainda, para os fins do presente trabalho, que os litígios e processos de apuração de enganabilidade e abusividade das campanhas publicitárias promovidas pela indústria de alimentos não saudáveis, existentes no contexto brasileiro, se baseiam em denúncias específicas de pessoas e organizações não-governamentais que se ocupam da promoção da saúde. Portanto, no Brasil, como veremos adiante, o controle jurídico da publicidade de alimentos ultraprocessados – à exceção de publicidade direcionada à crianças – se dá por meio de análises jurídicas, realizadas caso a caso, das peças publicitárias ou campanhas já veiculadas, isto é, às partes prejudicadas incumbe vasculhar o mercado publicitário para identificar, um a um, casos de enganabilidade, *a posteriori*, inexistindo normas que imponham regras ou restrições preventivas para direcionar a criação e/ou veiculação da publicidade promovida por tal indústria.

3. O Controle da Publicidade de Alimentos no Direito Brasileiro

É possível admitir que existe, a partir de uma leitura extensiva dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e comunicação e da livre iniciativa, um direito constitucional à publicidade. Entretanto, como todo direito, deve ser restringido quando ofender outros direitos igualmente importantes, especialmente quando tais violações causarem danos à sociedade de forma difusa, como, por exemplo, quando estiver em conflito com o direito à informação dos consumidores e o direito à saúde e à vida – como acontece no caso da publicidade de produtos não saudáveis, como os alimentos ultraprocessados.⁶³

O controle da publicidade de alimentos no Brasil – assim como a publicidade em geral – vem sendo, desde sua fundação em maio de 1980, realizado pelo CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), por meio do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, sob o regime da autorregulamentação. O Brasil adotou este modelo de autorregulamentação inicialmente como alternativa à proposta de controle *a priori* formulada pelo regime militar (entendida como censura prévia), e manteve-o após a redemocratização do País⁶⁴.⁶⁵

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.311*, pp. 8-11. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁶⁴ Fonte: <www.conar.org.br>. Segundo consta no site do CONAR, no final dos anos 70, “o governo federal pensava em sancionar uma lei criando uma espécie de censura prévia à propaganda. Se a lei fosse implantada, nenhum anúncio poderia ser veiculado sem que antes recebesse um carimbo ‘De Acordo’ ou algo parecido”, por meio de um departamento de controle da publicidade. Em resposta a esta ameaça, publicitários teriam se unido para criar, a partir do modelo inglês, em 1978, o código de autorregulamentação publicitária, logo em seguida fundando o CONAR.

⁶⁵ Importante ressaltar que, em 1976, por meio do Decreto Estadual no. 7.890, foi criado, no estado de São Paulo, o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que, dentre os principais órgãos de sua estrutura, previa o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, mais tarde denominado de PROCON. Outros estados, com base no exemplo do estado de São Paulo, logo criaram seus PROCONs locais.

Nos termos do art. 10º do Decreto No. 7.890/76, cabia ao Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor (“PROCON”): “I - coordenar, integrar e executar as atividades referentes à proteção ao consumidor, de conformidade com programas e projetos aprovados pelo Conselho; II - receber, analisar e encaminhar as reclamações, sugestões ou proposições apresentadas pelas entidades de classe e representativas da população; III - proceder a estudos para elaboração e aperfeiçoamento de recursos institucionais e legais, genéricos e específicos, de proteção ao consumidor; IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor através de programas específicos, inclusive com utilização dos meios de comunicação de massa; V - prestar quaisquer informações necessárias ao bom desempenho das atividades do Conselho; VI - executar as demais atividades necessárias ao

Em 2006, o CONAR adotou, por meio do Anexo H do seu Código de Autorregulamentação, novas normas éticas sobre a publicidade de alimentos, refrigerantes, sucos, achocolatados e bebidas assemelhadas, independentemente do público-alvo objetivado, com a finalidade de atender às preocupações da sociedade com relação às DCNTs^{66, 67}.

Com a promulgação da Constituição democrática de 1988 e o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em 1991, abriu-se a “possibilidade” de um controle de publicidade também pela via judicial. A entrada em vigor do CDC foi celebrada no meio jurídico como um grande avanço e marco em favor da proteção contra a publicidade abusiva e enganosa, incorporando o sistema misto de controle da publicidade – “modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro a cargo dos partícipes publicitários”⁶⁸.

O Código inovou no que se refere à publicidade de maneira geral, trazendo para o ordenamento jurídico princípios relevantes na proteção do consumidor, como, por exemplo, o *princípio da vinculação contratual da publicidade*, que determina o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária (arts. 30 e 35); o *princípio da veracidade publicitária*, que proíbe e define a publicidade enganosa (art. 37, §1º); e o *princípio da não abusividade da publicidade*, que reprime a publicidade considerada abusiva, aquela que, muitas vezes, não afeta o consumidor financeiramente, mas viola outros valores importantes para a sociedade de consumo (art. 37, §2º). Os princípios, em conjunto, promoveram uma estrutura sistemática de regramento da publicidade que não existia anteriormente ao Código.⁶⁹

perfeito funcionamento do Sistema”. Mesmo anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor (publicado em 1990), o PROCON buscava soluções conciliatórias para as reclamações apresentadas por consumidores contra estabelecimentos comerciais, industriais ou de prestação de serviços, nos termos do art. 7º da Lei estadual nº 1.903, de 20 de dezembro de 1978 (SP), inclusive para assuntos relacionados à publicidade, por meio de atuação conjunta com o CONAR. Fonte: livro “PROCON SP -35 Anos – Edição Comemorativa”, Governo do Estado de São Paulo e Fundação PROCON SP, 2011. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/wp-content/uploads/files/livro_procon_35_anos.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022.

⁶⁶ CRIANÇA e CONSUMO. *Código Brasileiro de auto-regulamentação publicitária*. Disponível em: <<https://criancaconsumo.org.br/conar/conselho-de-auto-regulamentacao-publicitaria/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁶⁷ DIAS, Lucia Ancona L. de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Saraiva. 3ª Ed. São Paulo: 2018. p. 249.

⁶⁸ BENJAMIN, Antonio H. de Vasconcellos. Cap. V – Das Práticas Comerciais. In GRINOVER, ADA Pellegrini *et al.*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Volume único. 12ª Ed. Forense, RJ, 2018, p. 321.

⁶⁹ *Ibid.* p. 328.

De acordo com o Marco de Referência da OPAS – que tem por base a recomendação da OMS de adoção, pelos países-membros, de um conjunto de políticas de regulação consideradas “custo-efetivas” (chamadas de *Best Buys*) e baseadas em evidências –, a aplicação de proibições ou restrições abrangentes a publicidade, patrocínio e promoção de alimentos e bebidas direcionadas a crianças e adolescentes encontra-se entre as quatro medidas principais para a redução do consumo de alimentos ultraprocessados. No documento, a OPAS esclarece que, conforme indicado na Declaração de Xangai, “o Estado tem o dever de proteger e promover a saúde da população e os bens e interesses públicos”. Com base nos DCS e, em consequência, no papel crescente da influência das corporações na saúde pública, o Marco de Referência enfatiza a necessidade de uma boa governança, tanto no âmbito de instituições públicas, como também dos sistemas sociais, para assegurar a capacidade do Estado de exercer o seu papel regulador em defesa dos direitos humanos e dos interesses públicos. Segundo o órgão, “uma governança local e participativa constituída pela sociedade civil organizada e esferas governamentais tem um papel fundamental na consecução de políticas públicas coerentes”⁷⁰.

Tal proposta de abordagem também se fundamenta no relatório da Comissão The Lancet sobre *Sindemia Global*, conforme o qual a governança e a liderança política inadequadas para implementar políticas públicas de saúde, juntamente com a forte oposição a essas políticas movida pelos interesses comerciais, resultam em inércia política, o que, por sua vez, resulta na falta de cobrança por essas medidas pela população em geral. O relatório esclarece que “o equilíbrio de poder entre os atores nos mecanismos de governança determina, por exemplo, a aplicação de leis e regulações, incentivos e desincentivos econômicos, assim como normas e expectativas da sociedade”⁷¹.

Em 2014, na 69ª Sessão da Assembleia Geral da ONU, o Secretário-Geral apresentou *Relatório Sobre o Impacto do Marketing na Fruição dos Direitos*

⁷⁰ Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS. Op. Cit. pp. 17-20. Sobre a governança: “(...) A governança engloba aspectos políticos e da administração pública e suas interações com a sociedade civil e as corporações. Aborda também efeitos que as organizações exercem sobre os sistemas socioeconômicos. A ONU explica que a boa governança está relacionada com os processos e resultados da governança e diz respeito às questões relativas à gestão pública e privada, incluindo liderança, transparência, prestação de contas, sistemas regulatórios e a capacidade dos estados em liderar o setor público, defender os interesses públicos e promover o bem-estar social.” (p. 19).

⁷¹ Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS. Op. Cit. p. 20.

Culturais, elaborado pela então Relatora Especial, Farida Shaheed. Examinando as novas tendências nas estratégias de marketing e publicidade, a Relatora apresentou sua preocupação geral com a presença desproporcional de publicidade comercial e de marketing em espaços públicos, as inúmeras mensagens publicitárias que as pessoas recebem diariamente, as estratégias de divulgação que se utilizam de grande variedade de mídias, de forma sistematizada e integrada, e o recurso a técnicas destinadas a contornar a tomada de decisão racional e individual. Diante deste cenário de preocupação com o desenvolvimento e alcance, de forma irrestrita, destas práticas, o Relatório conclui que os Estados devem proteger as pessoas de níveis excessivos de publicidade comercial e de marketing.

O Relatório traz a preocupação com a violação, pelo direito à publicidade, do direito de liberdade de expressão, mais especificamente da liberdade de pensamento, de opinião e, mais amplamente, de liberdade cultural, da sociedade, nos seguintes termos:

Hoje o domínio de narrativas específicas e visões de mundo promovidas pela publicidade comercial e de marketing em espaços públicos, nas esferas familiar e privada, combinado com um aumento da implantação de técnicas que podem influenciar as pessoas em um nível subconsciente, levanta preocupações especiais em termos de liberdade de pensamento, de opinião e, mais amplamente, de liberdade cultural.⁷²

O Relatório menciona, ainda, preocupação específica com a contribuição da publicidade e do marketing na mudança nos padrões alimentares das pessoas, que direciona para as DCNTs, por promoverem produtos que alteram os hábitos e práticas alimentares, substituindo práticas e alimentos mais saudáveis. Embora reconheça que algumas medidas foram adotadas pelos Estados proibindo ou restringindo as empresas de fazerem publicidade de produtos não saudáveis dirigidas às crianças até determinada idade, reclama por salvaguardas mais eficazes, concluindo que meramente informar as pessoas não é o suficiente para provocar uma mudança de comportamento. Segundo o Relatório, “as regulamentações não acompanharam a engenhosidade dos anunciantes”.⁷³

⁷² SHAHEED, Farida. Organização das Nações Unidas (ONU). Relatório Sobre o Impacto do Marketing na fruição dos Direitos Culturais. Relatório apresentado na 69ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York em 28 de outubro de 2014. Tradução em português pelo Instituto ALANA em 2016. p. 8/31 – item 26. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/RELATORIO_FARIDA_ONU.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

⁷³ SHAHEED, Farida. Organização das Nações Unidas (ONU). Op. Cit., p. 15/31 – item 56.

Em consequência de todos os esforços empenhados no combate às DCNTs, que inclui o já mencionado compromisso firmado pelo Ministério da Saúde, é possível observar – como será apresentado a seguir – alguns, ainda embrionários, movimentos estatais acontecendo no Brasil em favor de restrições à publicidade de alimentos ultraprocessados – até agora todos exclusivamente relacionados à publicidade direcionada ao público infantil. Movimentos a partir da sociedade civil, por meio de organizações não governamentais, de maneira mais geral, também vêm se estruturando, a fim de fomentar o debate público sobre a problemática das DCNTs e cobrar das autoridades competentes medidas efetivas no combate a essas doenças⁷⁴, no entanto, por serem privadas e necessitarem de recursos, são poucos e se mostram, ainda, insuficientes.

Com relação à publicidade infantil, o Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou a conscientização junto à sociedade civil, legisladores e aplicadores do direito quanto à necessidade de implementação de regras específicas de proteção do público infantil contra as estratégias de marketing direcionadas às crianças.

A partir da criação de seu Projeto Criança e Consumo, em 2006, a organização não-governamental Instituto ALANA passou a estimular, perante a sociedade em geral, um amplo debate sobre o impacto da publicidade e da comunicação mercadológica⁷⁵ voltadas ao público infantil com menos de 12 anos de idade, apontando meios para minimizar e prevenir os prejuízos decorrentes do assédio comercial às crianças. Segundo o Instituto ALANA,

iniciativas no sentido de regular a publicidade de alimentos para crianças já começam a acontecer no país, algumas ainda em fase inicial, como é o caso dos diversos projetos de lei que tramitam no âmbito do Poder Legislativo, outras mais concretas, como são os processos judiciais que discutem a questão da abusividade desse tipo de comunicação em casos específicos de campanhas publicitárias postas em público.⁷⁶

No contexto legislativo, a Lei nº 11.265, de 2006, foi instituída para regulamentar a comercialização de alimentos para lactantes e crianças de primeira

⁷⁴Dentre as mais conhecidas, estão o IDEC, a ACT e o Instituto ALANA.

⁷⁵Nos termos do § 1º, do art. 1º, da Resolução 163/ CONANDA, “*por 'comunicação mercadológica' entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado*”.

⁷⁶ HENRIQUES, Isabella. Diretora de Defesa e Futuro do Instituto ALANA. In Nota de Apresentação no Parecer “A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil” de autoria de Virgílio Afonso da Silva, encomendado e publicado pelo Instituto Alana. São Paulo, jul./2012.

infância e também a de produtos de puericultura correlatos, trazendo capítulos que tratam especificamente da publicidade e da rotulagem destes alimentos, e impondo restrições para a promoção comercial dos diversos produtos, além de regras específicas para as respectivas embalagens e rotulagens. Esta lei foi resultado de diversas ações em benefício da promoção do aleitamento materno, que vem sendo adotadas no Brasil no âmbito do Programa Nacional de Incentivo ao Aleitamento Materno (Pniam), do Ministério da Saúde, como consequência da Norma Brasileira para Comercialização de Alimentos para Lactentes (NBCAL), criada em 1992 como a primeira revisão da adaptação do Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno, da OMS, às necessidades brasileiras (inicialmente criada em 1988 como “Normas para Comercialização de Alimentos para Lactentes – Ncal”).⁷⁷

Em 2012, o Prefeito da Cidade de Florianópolis/SC aprovou e sancionou a Lei Municipal nº 8.985/2012, vedando a comercialização de lanche acompanhado de brinde ou brinquedo no município. A lei foi impugnada pela Associação Nacional de Restaurantes, que impetrou mandado de segurança coletivo visando impedir a autuação das empresas associadas à impetrante, com fundamento na aludida lei. A segurança foi concedida em primeiro grau e confirmada em segunda instância pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que também julgou a arguição de inconstitucionalidade da lei, submetida pela Quarta Câmara de Direito Público, declarando-a incidentalmente inconstitucional por ilegitimidade legiferante.⁷⁸ Em que pese a decisão a respeito da inconstitucionalidade não ser vinculante e ser aplicável somente ao caso concreto, permanecendo a lei municipal em vigor no município de Florianópolis, a medida judicial alcança todos os estabelecimentos associados à Associação Nacional de Restaurantes, os quais ficam impedidos de serem autuados pelo PROCON – órgão fiscalizador da aplicação da lei em questão – pela venda de lanches acompanhados de brindes ou brinquedos. A consequência é que, apesar de estar em vigor no município, a mencionada lei não

⁷⁷ BRASIL, Ministério da Saúde. *Bases para a discussão da Política Nacional de Promoção, Proteção e Apoio ao Aleitamento Materno*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/bases_discussao_politica_aleitamento_materno.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2022.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Arguição de Inconstitucionalidade n. 0101997-61.2015.8.24.0000*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/avancar-competencia-uniao-estados-lei.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

produz efeitos sobre os estabelecimentos vinculados às grandes corporações, já que são todos associados à Associação Nacional de Restaurantes – autora da ação.

Em 2014, com fundamento nos princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Defesa do Consumidor, o CONANDA publicou a já mencionada Resolução nº 163/2014, que foi um marco significativo no controle da publicidade dirigida às crianças. A Resolução considera abusivo o direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, nos termos do seu art. 2º, dispondo que:

a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

- I - Linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II - Trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III - Representação de criança;
- IV - Pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V - Personagens ou apresentadores infantis;
- VI - Desenho animado ou de animação;
- VII - Bonecos ou similares;
- VIII - Promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
- IX - Promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.⁷⁹

A publicação da Resolução 163 imediatamente suscitou críticas por parte de anunciantes, agências de publicidade e órgãos de comunicação social, que emitiram nota pública, no site da ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, não reconhecendo a legitimidade do CONANDA para regular a publicidade infantil no Brasil, e afirmando que o Congresso Nacional é o único foro com legitimidade constitucional para legislar sobre publicidade comercial. Além disto, afirma a nota que a autorregulamentação exercida pelo CONAR é o melhor e mais eficiente caminho de controle de práticas publicitárias abusivas⁸⁰. Em resposta, o Instituto Alana, por meio de matéria veiculada na Carta Capital do dia seguinte, defendeu que a Resolução não cria uma nova lei sobre a prática de publicidade, mas normatiza, nos limites de sua atribuição, outras práticas abusivas

⁷⁹ Secretaria de Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resolução 163, de 13 de março de 2014. Diário Oficial da União, Seção 1, no. 65, 04/04/2014. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=04/04/2014>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁸⁰ ABERT. Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão. Nota pública – *Publicidade Infantil*. Disponível em: <<https://www.abert.org.br/web/index.php/notmenu/item/22580-nota-publica-publicidade-infantil>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

também contempladas no artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que considera ilegal a publicidade que se vale da deficiência de julgamento e experiência da criança, estabelecendo apenas critérios para interpretação dos limites estabelecidos na lei.⁸¹

Em 2016, a Lei nº 13.582/2016, do estado da Bahia, conforme alterada pela Lei nº 14.045, foi publicada para dispor sobre a publicidade infantil nos estabelecimentos de ensino de educação básica no estado, proibindo toda e qualquer comunicação mercadológica dirigida às crianças nestes estabelecimentos⁸². A lei foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5.631) ajuizada pela ABERT sob os argumentos de inconstitucionalidade (i) formal, decorrente de usurpação da competência privativa da União; e (ii) material, ante a ofensa à liberdade de expressão comercial. O STF reconheceu ser a lei constitucional, julgando improcedente a ação.

No setor de alimentos, a Agência Nacional da Vigilância Sanitária (ANVISA) “coordena, supervisiona e controla as atividades de registro, inspeção, fiscalização e controle de riscos, sendo responsável por estabelecer normas e padrões de qualidade e identidade a serem observados” com o objetivo de garantir a segurança e a qualidade de alimentos⁸³. Nesta função, a ANVISA, no Brasil, é o órgão responsável por estabelecer “quais as informações devem constar nos rótulos dos alimentos, visando garantir a qualidade do produto e a saúde da população” – regras que são importantes para que as empresas forneçam à população dados que ajudem na hora da escolha do produto⁸⁴. Embora o conceito de rotulagem não se confunda com o conceito de publicidade, regras que incluem o que as empresas não podem usar nos rótulos, como palavras e informações falsas ou que induzam o consumidor a erro, podem “subsidiariamente” alcançar mensagens publicitárias que se encontrem inseridas nestes rótulos e embalagens. Portanto, tais mensagens podem vir a ser de alguma forma impactadas pelas regras

⁸¹ GODOY, Renato. Conanda Afirma: Toda Publicidade Para Criança é Abusiva. *Revista Carta Capital*, 08/04/2014. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/conanda-afirma-toda-publicidade-para-crianca-e-abusiva-4400/>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁸² CASA CIVIL. Estado da Bahia. *Lei nº 14.045 de 27 de dezembro de 2018*. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/ba/lei-ordinaria-n-14045-2018-bahia-altera-a-lei-no-13-582-2016-para-dispor-sobre-a-publicidade-infantil-nos-estabelecimentos-de-educacao-basica-no-estado-da-bahia>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁸³ ANVISA. *Biblioteca de Alimentos*. Atualizada em 07.05.2021.

⁸⁴ Informação disponível no site da ANVISA, em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/alimentos/rotulagem>>. Acesso: 07 dez. 2021.

estabelecidas pela ANVISA, que, por assim dizer, tangenciam, nestas hipóteses, restrições à publicidade que se encontre nos rótulos ou embalagens dos produtos e que, por exemplo, contrariem uma ou mais característica de composição do produto (como, por exemplo, apresentar, no desenho gráfico constante da embalagem, a figura de uma fruta que na verdade não componha o produto – isto é, que não conste das características de composição informadas no rótulo).

O Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, que estabelece normas básicas sobre alimentos, contém um capítulo inteiro – capítulo III – que se ocupa com a rotulagem de alimentos, dispondo o seu art. 21 que

Art. 21. Não poderão constar da rotulagem denominações, designações, nomes geográficos, símbolos, figuras, desenhos ou indicações que possibilitem interpretação falsa, erro ou confusão quanto à origem, procedência, natureza, composição ou qualidade do alimento, ou que lhe atribuam qualidades ou características nutritivas superiores àquelas que realmente possuem.

Neste sentido, estratégias publicitárias de empresas da indústria alimentícia que de alguma forma confundam o consumidor quanto à exata “origem, procedência, natureza, composição ou qualidade do alimento, ou que lhe atribuam qualidades ou características nutritivas superiores àquelas que realmente possuem” nas suas embalagens ou rótulos, são consideradas proibidas pela regra do art. 21 do Decreto-Lei, e pelas demais normas que regulem a matéria especificamente relacionadas a determinados tipos de alimentos, e outras normas publicadas pela ANVISA⁸⁵, sendo este o órgão responsável por realizar a fiscalização.

⁸⁵ Na Biblioteca de Alimentos disponibilizada pela ANVISA, conforme sua atualização de maio de 2021, as seguintes Resoluções que tratam da matéria da rotulagem, de forma mais abrangente, se encontram em vigor: RDC 259/2002 (alterada por RDC 123/2004) – dispõe sobre o regulamento técnico sobre rotulagem de alimentos embalados; RDC 340/2002 – dispõe sobre a obrigatoriedade de constar na rotulagem o nome do corante tartrazina (INS 102) por extenso; RDC 359/2003 – dispõe sobre o regulamento técnico de porções de alimentos embalados para fins de rotulagem nutricional; RDC 360/2003 – dispõe sobre o regulamento técnico sobre rotulagem nutricional de alimentos embalados; RDC 163/2006 – aprova o documento sobre rotulagem nutricional de alimentos embalados; RDC 48/2010 – dispõe sobre o fator de conversão para o cálculo do valor energético do eritritol; RDC 54/2012 – dispõe sobre o regulamento técnico sobre informação nutricional complementar; RDC 3/2013 – dispõe sobre modificações na composição de alimentos padronizados para uso de informação nutricional complementar; Guia no 16, versão 1, de 05/10/2018 - Guia para Determinação de Prazos de Validade de Alimentos; RDC 35/2009 – dispõe sobre a obrigatoriedade de instruções de conservação e consumo na rotulagem de ovos; INC 9/2002 – dispõe sobre embalagens destinadas ao acondicionamento de produtos hortícolas "in natura"; RDC 21/2001 – Regulamento técnico para irradiação de alimentos; RDC 26/2015 – dispõe sobre rotulagem obrigatória dos principais alimentos que causam alergias alimentares; RDC 136/2017 – estabelece os requisitos para declaração obrigatória da presença de lactose nos rótulos dos alimentos; além do Manual de orientação às indústrias de alimentos sobre rotulagem nutricional obrigatória; Manual de orientação aos consumidores sobre rotulagem nutricional obrigatória; mencionando, ainda, a Lei 12.849/2013, que dispõe sobre a obrigatoriedade de as fábricas de produtos que

Em 2010, a ANVISA publicou a RDC 24/2010 com a finalidade de dispor sobre a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional.⁸⁶ Esta Resolução foi alvo de forte ataque pela indústria de alimentos, por meio de ações judiciais. A Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação (ABIA) obteve o direito de abster a Anvisa de aplicar, aos seus associados, qualquer espécie de autuação e/ou sanção pelo eventual descumprimento dos dispositivos da RDC n.º 24/2010, por meio de ação judicial julgada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF 1 (AC 0042882-45.2010.4.01.3400). Apesar de a ABIA não concentrar a totalidade de empresas alimentícias, seus associados representam, atualmente, 70% do setor em valor de produção – estando, portanto, a ANVISA impedida de aplicar multas com base na RDC 24/2010 na grande maioria das empresas que compõem a indústria. A 6.ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região decidiu que “não pode a Anvisa, por meio de resolução, disciplinar a questão referente à propaganda e à publicidade de produtos que possam ser nocivos à saúde ou ao meio ambiente”, conforme o voto do desembargador Jirair Aram Meguerian, e reconheceu o alcance da decisão ao território nacional. O processo se encontra, atualmente, em fase de agravo em recurso especial, impetrado pela ANVISA, junto ao STJ (AREsp nº 2012902/DF), concluso para decisão do Ministro Relator Gurgel de Faria, desde 08/02/2022, sem pauta para julgamento.⁸⁷

tenham látex natural gravarem em suas embalagens advertência sobre a presença dessa substância; RDC 429/2020 – dispõe sobre rotulagem nutricional dos alimentos embalados (entrará em vigor após decorridos 24 meses de sua publicação); IN 75/2020 – estabelece os requisitos técnicos para declaração da rotulagem nutricional nos alimentos embalados (entrará em vigor após decorridos 24 meses de sua publicação); RDC 459/2020- que estabelece as instruções de preparo, uso e conservação obrigatórias na rotulagem de produtos de carne crua suína e de aves; IN 67/2020 – dispõe sobre a inclusão de declaração sobre nova fórmula na rotulagem de alimentos quando da alteração de sua composição. Além dos dispositivos citados, a Biblioteca menciona, ainda, o Decreto 4.680/2003, que regulamenta o direito à informação quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados; a Portaria MJ 2.658/2003, que define o símbolo de que trata o art. 2o, § 1o, do Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003; e a Lei 10.674/2003, que obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca.

⁸⁶ A RDC 24/2010 não consta da Biblioteca de Alimentos publicada pela ANVISA, conforme atualizada em maio de 2021, que disponibiliza toda a regulamentação em vigor que trata da embalagem de alimento, apesar de a Resolução constar no site da ANVISA como estando em vigor, segundo acesso em 20.02.2022.

⁸⁷ Conforme último acesso no site do STJ em 29/04/2022. Não foi localizado processo junto ao STF conforme acesso na mesma data.

A AFEBRAS– Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil também ajuizou ação para exonerar os seus associados do cumprimento da RDC 24/2010, junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Ao contrário da decisão do TRF1, acima, o TJPR julgou improcedente a ação, reconhecendo a constitucionalidade da RDC 24/2010, decisão que foi mantida, tanto pelo STJ (REsp 1.387.730), em 2015, quanto pelo STF (RE 909.358/PR), em 2019, ambos os tribunais entendendo que o acórdão recorrido se fundamentou em argumentos suficientes.⁸⁸ O voto que conduziu o acórdão mantido a favor da RDC 24/2010 afirma que não há, na RDC 24/2010, restrição ao direito de publicidade e propaganda capaz de tolher a iniciativa privada, mas apenas uma necessidade, uma demonstração, por meio da Resolução, de informação à população, assim como ocorre com as bebidas alcoólicas.⁸⁹

A RDC 24/2010 da ANVISA aparentemente mantém-se em vigor, embora, ao que tudo indique, encontre-se sem efetividade, na prática, já que a maioria das ações judiciais ainda está pendente de decisão, seja em Segunda Instância, seja nos Tribunais Superiores⁹⁰.

Até aqui buscamos traçar um panorama geral sobre o estado da arte do controle jurídico da publicidade de alimentos ultraprocessados atualmente em vigor no Brasil. Nos subitens a seguir pretendemos aprofundar as principais discussões que permeiam o tema no direito brasileiro, caracterizado por uma forte tensão entre os interesses, de um lado, da indústria alimentícia/ de anunciantes e, de outro, da sociedade como um todo – os consumidores.

Protegida sob o manto da economia de mercado, a indústria – que detém finalidade comercial/lucrativa e comercializa produtos considerados lícitos – investe vultosos recursos de seus investidores no desenvolvimento e inovação de

⁸⁸ O voto condutor do acórdão que negou seguimento à apelação da AFEBRAS concluiu que “a ANVISA, no seu agir, está fundada não só na Constituição como também na Lei Orgânica da Saúde, bem dita pelo Ministério Público. Não vejo sequer inconstitucionalidade ou ilegalidade nessas restrições, elas agregam elementos úteis para informação da população. Isso está diariamente até na nossa mídia, de forma não científica, mas cientificamente reconhecido pela Organização Mundial da Saúde”.

⁸⁹ Trecho do voto destacado: “(...) em absoluto vejo aqui restrição ao direito de publicidade e propaganda capaz de tolher a iniciativa privada, e então teríamos que dar provimento. Há apenas uma necessidade, uma demonstração, por meio dessa RTC, de informação à população, assim como as bebidas alcoólicas têm essa manifestação”.

⁹⁰ YOSHII, Karina Lie. *A atuação da ANVISA na proteção ao direito humano à alimentação adequada: o caso da rotulagem de alimentos*. 2019. 199 f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

estratégias de marketing que visam a obtenção do máximo êxito para o seu negócio e dos melhores resultados financeiros para seus sócios. Por outro lado, cada indivíduo que compõe a sociedade tem a sua vida como bem maior protegido pela Constituição Federal e, por conseguinte, detém assegurado pelo Estado o direito à proteção à sua saúde, a qual vem sendo prejudicada pelo consumo excessivo dos produtos comercializados por aquela indústria, consumo esse potencializado justamente pela exposição a estas poderosas estratégias de marketing desenvolvidas pela indústria.⁹¹ Tal tensão concretiza-se, no campo jurídico, no conflito entre os divergentes direitos constitucionalmente garantidos a ambas as partes.

3.1. A proteção constitucional da publicidade: conflitos e divergências

Mesmo com a promulgação da Constituição democrática, a indústria publicitária e de anunciantes defende a ideia de que a autorregulamentação do CONAR e as regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor são suficientes para regular a atividade publicitária e que qualquer lei que pretenda impor restrições à publicidade constitui forma de controle *a priori* e, em consequência, ofensa à liberdade de expressão e equiparável à censura prévia⁹², além de ser uma excessiva – e ilícita – intervenção do Estado na economia.

A legitimidade da limitação da livre iniciativa e da liberdade de expressão comercial é um tema que ainda carece de contornos mais precisos pelo Supremo Tribunal Federal, embora o tribunal já tenha julgado alguns casos que afetam estes dois direitos. Nesse sentido, o STF já decidiu, por exemplo, que a lei federal que determina a veiculação de mensagens educativas de trânsito em campanhas publicitárias de produtos da indústria automobilística não traz “qualquer restrição à plena liberdade de comunicação das empresas ou à livre iniciativa” (ADI 4613). E que também não violam o direito de livre iniciativa leis estaduais que dispõem sobre a exposição de produtos orgânicos em estabelecimentos comerciais – de modo a privilegiar o direito de informação do consumidor (ADI 5166) – ou que estabelecem

⁹¹ Organização Mundial da Saúde, *Report of the Commission on Ending Child Obesity* (Relatório da Comissão de Erradicação da Obesidade Infantil), 2016, p. 18. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204176/9789241510066_eng.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2022.

⁹² Vide petições iniciais e *amici curiae* nas ações: ADI 5631, ADI 5432 MC, ADI 5432, ADO 22, ADI 4671, ADI 2815-4.

a obrigatoriedade de determinadas informações nos rótulos de embalagens de café (ADI 2832), ou que proíbem o consumo de cigarros e similares em ambientes de uso coletivo, ainda que privados (ADI 4306). Este último precedente foi utilizado no julgamento da ADI 4353, no qual ficou decidido, também, que não violam a livre iniciativa, o livre comércio e a livre concorrência a restrição de uso de produtos fumígenos em ambientes coletivos fechados, por serem consideradas “restrições razoáveis que visam à proteção da saúde e do consumidor, limites aos quais estão sujeitas quaisquer atividades econômicas”, uma vez que “a comercialização do produto não foi objeto de proibição”.

Decisões como essas têm permitido que o STF apresente algumas aproximações ao direito de livre iniciativa e à liberdade de expressão comercial, mas não chegam a alcançar (ao menos não diretamente) o tema mais específico da regulação da “propaganda comercial”, que só pode ser feita por lei federal. Como não há leis federais sobre a matéria, no julgamento de ações de inconstitucionalidade de leis estaduais que tratam do tema (ADI 5432, por exemplo), o tribunal se limita a reconhecer a incompetência legislativa dos Estados, o que é razão suficiente para a declaração de inconstitucionalidade da lei. E ainda está pendente de julgamento pelo STF a ADI 3311 contra a lei federal que proibiu a propaganda comercial de cigarros, charutos e similares (art. 3º da lei nº 9.294/1996, alterado pela lei nº 12.546, de 2011), distribuída em 2004, na qual se espera que o tribunal se manifeste sobre o tema⁹³.

Com base no alerta da Organização Mundial da Saúde de que a exposição da sociedade às estratégias de marketing da indústria de alimentos ultraprocessados está associada ao consumo excessivo destes alimentos e, em consequência, constitui uma das principais causas de DCNTs, eventuais restrições aplicáveis à publicidade destes produtos deverão ser avaliadas sob a ótica do conflito entre a proteção constitucional da publicidade e os direitos fundamentais de proteção à saúde e à vida dos cidadãos, além da própria defesa do consumidor, que também é um princípio geral da ordem econômica nos termos do art. 170, inciso V, da

⁹³ Embora a ação tenha sido ajuizada em 2004, quando sequer havia proibição, mas apenas “restrição” à propaganda comercial de produtos fumígenos, nos termos da lei nº 10.167, de 2000.

Constituição, permitindo que o Estado interfira na ordem econômica para a tutela dos consumidores⁹⁴.

Como mencionado, a análise pelo STF, em março de 2021, acerca da constitucionalidade da Lei nº 13.582/2016, do estado da Bahia, conforme alterada pela Lei nº 14.045/2018, na ADI nº 5.631, ajuizada pela ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, inaugurou uma manifestação um pouco mais direta sobre o tema. A lei proíbe toda comunicação mercadológica dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica do estado da Bahia⁹⁵. Na petição inicial, encontram-se os fundamentos materiais utilizados pela indústria dos meios de comunicação contra as tentativas legislativas de restrição de publicidade no Brasil, quais sejam: a violação dos direitos constitucionais fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação (artigos 5º, IV, IX, e 220, caput, da Constituição Federal), do direito à informação (artigo 5º, XIV, da Constituição Federal); da livre iniciativa (artigo 1º, IV, e 170, caput da Constituição Federal); da livre concorrência (artigo 170, IV, da Constituição Federal); e da proporcionalidade (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal).

Com relação à natureza da proteção constitucional da publicidade propriamente dita, o STF não enfrentou diretamente o tema na ADI 5.631, limitando-se a considerar que “amparada no direito à liberdade de expressão, a propaganda comercial instrumentaliza a própria liberdade de iniciativa”⁹⁶. Tal afirmação nos permite identificar dois preceitos constitucionais relevantes que envolvem a noção de publicidade: a liberdade de expressão e a livre iniciativa. A publicidade – ou parte(s) dela – é, de alguma forma, amparada pelo princípio da liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, atua como instrumento na operacionalização do princípio da livre iniciativa, ambos princípios consagrados como direitos fundamentais pela nossa Constituição Federal (no caso da livre iniciativa, os seus valores sociais). Entretanto, há diferentes correntes que compreendem tais proteções em medidas distintas, conforme verificaremos adiante.

⁹⁴ BAGGIO, Andreza Cristina; MUSSOI, Helio Gustavo. A Recriação Do Conselho Nacional De Defesa Do Consumidor e o Conflito entre a Proteção dos Consumidores e a Defesa da Liberdade Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Jan/Fev 2022.

⁹⁵ A lei foi publicada inicialmente com foco específico na publicidade (dirigida a crianças) de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio. Por meio da Lei no. 1.405 o texto foi modificado para incluir toda e qualquer comunicação mercadológica em estabelecimentos de ensino no estado.

⁹⁶ Voto ADI 5631, p. 11.

Ressalte-se que este debate está travado também nos autos da ADI 3311, que discute a constitucionalidade dos artigos da Lei nº 9294/96 que impõem restrições à publicidade de produtos fumígenos. No processo, há pareceres de juristas que defendem correntes diferentes quanto à proteção constitucional da publicidade, exigindo do STF, quando do julgamento, uma manifestação quanto ao tema.⁹⁷

3.1.1. A proteção com base na livre iniciativa

O princípio constitucional da livre iniciativa encontra-se consagrado nos artigos 1, IV, e 170, *caput* da Constituição Federal. Conforme assinalam os autores do anteprojeto do CDC⁹⁸, a proteção constitucional da publicidade pressupõe que esta se trata de uma atividade econômica produtiva da empresa, que integra o leque de atividades próprias da ordem econômica, regidas pelo art. 170 da Constituição, e, como tal, seu controle é disciplinado pela Constituição Federal pelo prisma da proteção ao consumidor (art. 170, V). Para estes autores, a mensagem publicitária em si não corresponde a uma manifestação do pensamento, embora seja composta por eventual criação artística, que serve apenas como instrumento da ação publicitária para alcançar a sua finalidade econômica. Ou seja: o caráter artístico não desnatura a essência econômica da publicidade comercial e a sua função de venda⁹⁹. Tendo propósito puramente comercial, que se destina tão somente à promoção da comercialização de produtos e serviços, o conteúdo de informação que é veiculado por meio da mensagem publicitária pelo anunciante tem apenas um objetivo: incentivar os consumidores a adquirirem seus produtos ou serviços. Não se trata de veículo de informação, mas de técnica de persuasão para o alcance da finalidade econômica, embora não deixe de ser uma forma de comunicação social¹⁰⁰. Por isso, de acordo com essa corrente, não há que se falar em ser a publicidade protegida como direito fundamental de liberdade de expressão, embora as criações artísticas nela inseridas sejam protegidas pelo direito autoral e, por

⁹⁷ Os autos encontram-se conclusos ao relator, aguardando julgamento.

⁹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Cap. V – Das Práticas Comerciais *in* GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Volume Único*. Forense. Edição do Kindle, 2018.

⁹⁹ *Ibid.* p. 320.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 322.

consequente, pela liberdade de criação que integra o conceito de liberdade de expressão.

Segundo Herman Benjamin, na essência da publicidade, e do marketing em geral, está o seu componente persuasivo: “está a tentativa de mudar a ação (ou inação) do consumidor, levando-o a adquirir mais este ou aquele produto ou serviço”.¹⁰¹ O autor alerta para o fato de que não se deve confundir informação com publicidade, a qual, embora tenha um certo conteúdo informativo, não tem por escopo exclusivo ou preponderante informar, mas incitar os consumidores, “sendo, necessariamente, tendenciosa, porque unilateral”. A publicidade tem, portanto, a função de estimular e direcionar o consumo, “distinguindo-se da informação *stricto sensu*, como aquela inserida em livros, no cinema, na televisão, nas notícias em geral”.¹⁰² Paulo Jorge Scartezini afirma que a informação veiculada por meio do marketing, que inclui a publicidade, na realidade, “deforma a vontade livre do consumidor”.¹⁰³

O professor e pesquisador francês de psicologia social Guy Durandin – um dos precursores dos estudos sobre propaganda e publicidade na França – assevera que a publicidade, assim como a propaganda, tem por objetivo modificar a conduta das pessoas por meio da persuasão, quer dizer, sem parecer obrigá-las, e um dos principais meios que usam para isso é a informação: “divulgando falsas informações, ou simplesmente selecionando as informações, modificam o julgamento de seus interlocutores sobre as coisas e, através disso, até a sua conduta”. Para o autor, ambas – publicidade e propaganda – “não se reduzem à mentira. Podem utilizar uma ampla gama de procedimentos. Mas a mentira é provavelmente a mais eficaz, pois, quando tem êxito, passa despercebida.” Quando a publicidade esconde um fato, e não se dispõe de outros meios para conhecer esse fato, é impossível se defender¹⁰⁴.

O CDC proíbe a publicidade enganosa, dispondo de meios para proteger o consumidor enganado por eventual informação inverídica constante na mensagem publicitária. Entretanto, a partir do pensamento de Durandin, alinhado ao de

¹⁰¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *O Controle Jurídico da Publicidade*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 9, Jan-Mar 1994. p. 10.

¹⁰² Ibid. p. 11.

¹⁰³ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam*. Ed. Revista dos tribunais. 2ª Ed. São Paulo, 2017, p. 103.

¹⁰⁴ DURANDIN, Guy. *As Mentiras na Propaganda e na Publicidade*. Trad. Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN Editora, 1997. p. 13.

Benjamin, conclui-se que existe, na publicidade, uma dupla dimensão com relação ao aspecto da enganabilidade: (i) uma enganabilidade “aceitável” ou “reconhecida” por ser intrínseca à própria natureza da atividade publicitária – que é o seu caráter persuasivo, que usa a informação, muitas vezes manipulando-a, com o objetivo específico de convencer o consumidor a adquirir determinado produto e, portanto, a mudar o seu comportamento, sem que ele se aperceba disso; e (ii) uma enganabilidade *stricto sensu*, que se refere a uma informação mentirosa, propriamente dita, com relação às propriedades do produto, à sua natureza e/ou a eventuais promoções a ele atreladas.

Segundo Simone Lulli Duarte¹⁰⁵, na publicidade é possível identificar a distinção entre o chamado *dolus bônus* – que não tem o condão de viciar as relações jurídicas, por não se tratar de um meio ardiloso capaz de ludibriar, enganar ou induzir a erro – e o *dolus malus* – aquele tratado pelo direito civil como defeito do ato jurídico capaz de acarretar a anulabilidade do ato, enquanto vício do consentimento. O *dolus bonus* está presente quando os anúncios publicitários apresentam um contexto ficcional de exagero subjetivo das características dos produtos e serviços anunciados, constituindo uma técnica chamada de *puffing* ou *puffery*, que implica em uma valorização subjetiva, jocosa ou lúdica do produto ou serviço objeto da publicidade e não vicia a manifestação de vontade do consumidor, não tornando a publicidade ilícita por enganabilidade. Por outro lado, quando o exagero publicitário necessita de comprovação técnica ou científica e esta se mostra inexistente, falha ou inverídica, verifica-se o *dolus malus* na comunicação publicitária, ou seja, a presença de elemento inverídico capaz de viciar a vontade esclarecida do consumidor, o induzindo a erro. Ambos os tipos de *dolus* diferem-se, portanto, com relação aos seus efeitos junto ao consumidor. Neste sentido, a publicidade que resulta em indução ao “erro” ou “possível erro” do consumidor não configura o *dolus bonus*, sendo sempre considerada ilícita.

Sob o enfoque dos autores que sustentam que não há uma proteção constitucional à publicidade com base no princípio da liberdade de expressão, a publicidade não se equipara a uma forma de expressão que se encontra no contexto

¹⁰⁵ DUARTE, Simone Lulli. *O Dolus Bonus na Publicidade Empresarial*. Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos, Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior. Mai/2012.

constitucional da livre manifestação do pensamento ou de opinião, nem ao direito de informar, mas sim a uma técnica de mercado – uma atividade puramente comercial –, que utiliza-se da expressão como estratégia de convencimento, perseguindo um objetivo final e de vantagem única para o fornecedor: o de influenciar a escolha do consumidor, com a finalidade do lucro. Sob este prisma, em que pese conter informação ou um aspecto artístico (e, nessas partes, estar protegida pela liberdade de expressão, caso seja considerada lícita do ponto de vista da enganiosidade ou abusividade), a peça publicitária como um todo constitui instrumento da atividade econômica, sem preocupação precípua com a veracidade ou exatidão da expressão da informação, tampouco com a pretensão de contribuir com o debate democrático ou com o chamado “livre mercado de ideias”, não estando, desta forma, protegida pelo direito fundamental da liberdade de expressão.

Segundo Fabio Leite, a Constituição Federal, ao tratar dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, IV,¹⁰⁶ não institui a livre iniciativa em si como um direito fundamental, mas sim os seus valores sociais, ao lado dos valores sociais do trabalho.¹⁰⁷ Essa também é a interpretação de Eros Roberto Grau¹⁰⁸. Para Leite, “a livre iniciativa, concebida a partir do seu valor social, exclui de seu significado tudo aquilo que não for social”¹⁰⁹. O STF já se manifestou sobre o assunto, no RE 349.686, decidindo que “o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor”¹¹⁰ e no julgamento da ADI 1.950, em 2006, determinou que:

é certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e

¹⁰⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

¹⁰⁷ LEITE, Fabio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Vol. 9. Jan/Jul 2000. pp. 40-83.

¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, pp. 220-1. Vale notar que Eros Grau interpreta o dispositivo como “valor social do trabalho e valor social da livre iniciativa”, ao passo que Fabio Leite interpreta como “valores sociais do trabalho e valores sociais da livre iniciativa”.

¹⁰⁹ LEITE, Fabio Carvalho. Op. Cit. p. 59.

¹¹⁰ Vide RE 349.686, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-6-2005, 2ª T, DJ de 5-8-2005. AI 636.883 AgR, rel. min. Carmen Lúcia, j. 8-2-2011, 1ª T, DJE de 1º-3-2011.

pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V; 205; 208; 215; e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.

Segundo essa linha de pensamento, o princípio que envolve o conceito de livre iniciativa deve ser interpretado de acordo com os valores sociais fundamentais que atuam como alicerces de toda a interpretação constitucional e aos quais o conceito de “livre iniciativa” deve estar subordinado. Assim, a liberdade, embora esteja presente no conceito de livre iniciativa enquanto princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170 da Constituição, está limitada ao enfoque dos seus valores sociais (art. 1º, IV) e aos demais direitos fundamentais previstos no Título I do texto constitucional, não devendo ser interpretada de forma dissociada da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da cidadania (art. 1º, II), da proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII), do propósito de construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I), da redução das desigualdades sociais (art. 3º, III) e da promoção do bem de todos (art. 3º, IV).

Nesse sentido, é dever da administração pública zelar pelos direitos assegurados a todos — inclusive dos consumidores de serem protegidos de publicidade enganosa e abusiva e de terem acesso a informação adequada e clara sobre a qualidade de produtos e serviços e sobre os riscos que apresentam à sua saúde e segurança¹¹¹.

Para Ana Paula Barcellos e Luís Roberto Barroso, o inciso IV, do artigo 1º, da Constituição Federal exige que o exercício da livre iniciativa, “mesmo que se cuide de direito tipicamente privado, atenda a uma finalidade social, gerando benefícios não apenas para o seu titular, mas também para toda a coletividade”.¹¹²

¹¹¹ PASQUALOTTO, Adalberto. *Publicidade é Matéria De Ordem Econômica, Não Política*. CONJUR, publicado em 06/05/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-06/adalberto-pasqualotto-publicidade-liberdade-economica>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

¹¹² BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luis Roberto. Os Valores Sociais da Livre Iniciativa. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Editora Saraiva. Edição do Kindle. 2018. Posição 7277.

Claudio Mascarenhas Brandão sustenta, ainda, que, em função da supremacia da dignidade, a interpretação para o valor social da livre-iniciativa supera a concepção liberal-capitalista, apontando para

a existência de múltiplos valores sociais, entre os quais se encontram a igualdade (de oportunidade e de participação econômica e social); a livre concorrência (para impedir o abuso do poder econômico); a proteção aos consumidores (com o objetivo de compensar a desigualdade em face do fornecedor); e o desenvolvimento sustentável (aproximar meio ambiente do desenvolvimento econômico e qualidade de vida).¹¹³

Essa visão que privilegia os valores sociais da livre iniciativa não é pacífica¹¹⁴. Em 2019, foi promulgada a Lei nº 13.874/2019, que institui a “Declaração de Direitos da Liberdade Econômica”, chamada de “Lei da Liberdade Econômica” (LLE), estabelecendo normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica, assim como disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da Constituição Federal. A LLE, no seu art. 2º, estabelece, dentre os princípios que a norteiam, a “intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” (inciso III) e “o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado” (inciso IV). Tais princípios correspondem a uma interpretação liberal clássica à norma do art. 1º, VI, da Constituição, vez que exclui os valores sociais da interpretação do conceito de “livre iniciativa”, entendendo a própria liberdade econômica como fundamento do Estado brasileiro.

No seu art. 4º, *caput*, a LLE define e proíbe o que chama de “abuso do poder regulatório” pelo Estado¹¹⁵. No inciso VIII do dispositivo protege a publicidade

¹¹³ BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Os Valores Sociais do Trabalho. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Editora Saraiva. Edição do Kindle. 2018. Posição 7080/7088.

¹¹⁴ Conforme diversos entendimentos que separam o conceito de livre iniciativa de seus valores sociais e a interpretam como um direito fundamental em si, indicados no artigo citado de Fabio Carvalho Leite. LEITE, Fabio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Vol. 9. Jan/Jul 2000. p. 40-83.

¹¹⁵ “Art. 4º. É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;

como atividade econômica, determinando que é dever da administração pública evitar o abuso do poder regulatório do Estado de maneira a, indevidamente, restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal.

Eduardo Nunes de Sousa assevera que a reforma introduzida pela LLE “ignora o fato de que, dentre as liberdades civis, a livre iniciativa não é prevista pelo constituinte como um fim em si mesmo, reconhecendo a Constituição Federal apenas o *valor social* da livre-iniciativa como princípio”¹¹⁶.

Embora a LLE seja alvo de diversas críticas por intervir sem muito critério em matérias como direito civil, administrativo, constitucional¹¹⁷, a lei reconhece expressamente a publicidade como matéria de ordem econômica¹¹⁸.

As normas introduzidas pela LLE não devem ser interpretadas de forma destacada dos demais valores sociais e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal como um todo, especialmente quando se trata do direito à saúde da sociedade, considerando que o texto do art. 196 da Constituição Federal estabelece que o Estado tem o dever de garantir a todos, mediante políticas sociais e econômicas, a redução do risco de doenças.¹¹⁹ Fazer isso seria ferir o princípio da proibição do retrocesso, corolário da dignidade da pessoa humana, do mínimo

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros;

VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;

VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e

IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.”

¹¹⁶ SOUSA, Eduardo Nunes. “Lei da Liberdade Econômica e Seu Desprestígio à Autonomia Privada no Direito Contratual Brasileiro”. *Coluna Migalhas Patrimoniais*, coord. Thamis Dalsenter. 16/04/2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/324733/lei-da-liberdade-economica-e-seu-desprestigio-a-autonomia-privada-no-direito-contratual-brasileiro>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

¹¹⁷ IABNEWS. *Falta de critérios na Lei da Liberdade Econômica para hipótese de intervenção nos contratos é criticada*. Publicado em 30/09/2019. Disponível em: <<https://www.iabnacional.org.br/noticias/falta-de-criterios-na-lei-da-liberdade-economica-para-hipotese-de-intervencao-nos-contratos-e-criticada>>. Acesso: 06 dez. 2021.

¹¹⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade é Matéria De Ordem Econômica, Não Política. CONJUR, publicado em 06/05/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-06/adalberto-pasqualotto-publicidade-liberdade-economica>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

¹¹⁹ Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

existencial¹²⁰ e da própria noção de segurança jurídica, que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, exige que a aplicação das medidas adotadas pelo poder público esteja “em sintonia com a plena tutela e promoção dos direitos fundamentais em geral, incluindo os direitos sociais”.¹²¹

Assim, a perspectiva da proibição do abuso do poder regulatório pelo Estado não deve ser interpretada no sentido de criar obstáculos indevidos à atuação do Estado na saúde e na proteção ao consumidor (nos termos do art. 5º, XXXII), e deve respeitar a premissa de que cabe ao Estado, por meio de lei federal, estabelecer meios para a defesa das pessoas da propaganda comercial de produtos nocivos à saúde (art. 220, 3º, II, da Constituição Federal). Além disto, a lei não deve ignorar a norma do art. 174 da Constituição Federal, segundo a qual é permitido ao Estado, como agente normativo e regulador, exercer intervenções na livre iniciativa e cumprir sua função de fiscalização, além de dever observar os demais valores sociais e princípios fundamentais consagrados no seu texto. Vale lembrar, ainda, que o STF se manifestou em algumas ocasiões acerca da interpretação do artigo 196 da Constituição Federal no sentido de que o direito fundamental previsto no dispositivo “é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço”¹²². De modo que a LLE não deve ser lida de maneira a impedir que estratégias da atividade econômica das empresas que se utilizem de sua liberdade para agir em prejuízo da saúde sejam reguladas pelo Estado.

3.1.2. A proteção com base na liberdade de expressão

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. O “mínimo essencial” *corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público* (p. 38).

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista TST*, Brasília, Vol. 75, no. 3, jul/set 2009, p. 127.

¹²² Vide AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20-8-2010. RE 436.996 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 22-11-2005, 2ª T, DJ de 3-2-2006 Vide RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000. *In Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo*. Ed. Forum. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Constitui%C3%A7%C3%A3o-e-o-Supremo-Vers%C3%A3o-Completa--STF-Supremo-Tribunal-Federal.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias sustenta que, além da característica econômica da publicidade, resguardada pela livre iniciativa e pela livre concorrência, de modo suplementar, a publicidade pode ser vista como tendo proteção constitucional a partir da proteção à liberdade de expressão, “uma vez que, em certa medida, as peças publicitárias consistem em manifestações criativas do intelecto humano”. Segundo Dias, as peças publicitárias constituem expressões artísticas que, a despeito de sua natureza predominantemente comercial enquanto atividade econômica das empresas anunciantes, também são formas de expressão da atividade intelectual, artística, de informação e de comunicação, ao mesmo tempo informando o consumidor a respeito da existência de produtos e serviços, com a finalidade de vendê-los, e, também, encerrando “manifestação elaborada do intelecto humano em sons e imagens”.¹²³ Para a autora ¹²⁴, o art. 220 §4º da Constituição Federal reconhece que a publicidade é uma forma de manifestação da liberdade de expressão e informação, ao regulamentar, no dispositivo que trata de tais direitos, a publicidade comercial de produtos nocivos à saúde.

Sustenta, ainda, que um controle preventivo da publicidade ou restrições que caminhem para a própria proibição é visto como excessiva ingerência do Estado na tutela do consumidor, influido de forma descabida na sua liberdade de escolha e autodeterminação, na medida em que o priva do livre acesso a diferentes produtos e ofertas, como se o consumidor não fosse capaz de tomar as suas próprias decisões. Tais restrições seriam justificáveis tão somente em setores que envolvem a saúde e segurança dos consumidores ou no caso da publicidade voltada a pessoas especialmente vulneráveis, como a dirigida às crianças ou que alcança sobremaneira os idosos (por exemplo, no caso do crédito consignado).

Daniel Sarmento defende que a publicidade também se encontra abrangida no âmbito de proteção da liberdade de expressão, “apesar de localizar-se na sua periferia, onde a sua tutela constitucional não é tão intensa”¹²⁵. Assevera, ao comentar o § 3º, II, do art. 220, que

¹²³ DIAS, Lucia Ancona L. de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Saraiva. 3ª Ed. São Paulo: 2018. pp. 41-45.

¹²⁴ Ibid. p. 46-47.

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 220 – Da Comunicação Social – da Constituição Federal In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Editora Saraiva. Edição do Kindle. Posição 107010.

na análise da ponderação subjacente à regulação da matéria, deve-se levar em conta que a propaganda comercial é aspecto periférico da liberdade de expressão, não sendo protegida tão intensamente pela nossa ordem constitucional, e que, por outro lado, a tutela da saúde e meio ambiente ostenta posição de destaque no sistema de valores da Constituição.¹²⁶

– chamando atenção para o fato de que se deve admitir o controle tanto para excessos regulatórios pelo Estado, impondo restrições excessivas, quanto para a insuficiência das restrições. Ao comentar, de forma geral, o art. 220 da Constituição Federal, o autor defende a premissa de que “em matéria de comunicação social, o foco principal é a proteção e promoção dos direitos e interesses dos cidadãos em geral, que constituem o público da mídia, ficando em segundo plano a tutela dos interesses dos detentores destes veículos”¹²⁷, reconhecendo que há uma tensão latente entre, de um lado, a necessidade de intervenção do Estado em razão da forte concentração de poder comunicativo e, de outro, o perigo de esta atuação abrir espaço para arbitrariedades que favoreçam os interesses dos governantes.

Para Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, a livre expressão comercial, que se caracteriza pela publicidade, que, por sua vez, visa à promoção do comércio e do consumo, deve seguir os parâmetros de “valores sociais positivos” e restrições da Constituição e da legislação infraconstitucional, evitando o abuso do poder econômico.¹²⁸

O Supremo ainda não enfrentou diretamente o assunto, apenas emitindo algumas aproximações quanto ao reconhecimento de um direito à liberdade de expressão comercial, embora não tenha, ainda, esclarecido os seus contornos. A ADI 5.631 foi um dos casos em que o STF se aproximou da matéria, afirmando que “o direito constitucional à liberdade de expressão comercial” é “há muito reconhecido na prática deste Tribunal” e “envolve a possibilidade de fabricantes veicularem informações sobre seus produtos, inclusive dirigidas às crianças”, e mencionando, como referência, o precedente do tribunal na ADI 5.432-MC, de relatoria do Ministro Dias Toffoli (DJJe 15.12.2015)¹²⁹. Analisando tal decisão (e a

¹²⁶ Ibid. Posição 107022.

¹²⁷ Ibid. Posição 106878.

¹²⁸ MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. *Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade* n.º 3.311, pp. 1858-1859. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹²⁹ Trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizadas pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT e pela Associação Brasileira de Rádio e Televisão – ABRATEL (ADI nº 5.424 e 5.432, respectivamente), tendo como objeto a Lei

posterior decisão no julgamento do mérito), contudo, não identificamos o reconhecimento da liberdade de expressão comercial mencionado pelo Ministro Toffoli. A decisão na ADI citada limita-se a analisar a questão formal – a violação da competência legislativa privativa da União para legislar sobre o tema da publicidade, nos termos do art. 220 §§ 3º e 4º. Aliás, até o julgamento da ADI 5631, praticamente a totalidade das ADIs que envolveram leis estaduais dispendo sobre restrições à publicidade foram julgadas procedentes sob o argumento da competência legislativa, considerando o disposto no § 3º, II, e § 4º, do art. 220, da Constituição, e não enfrentaram a questão material quanto à proteção constitucional da publicidade pela liberdade de expressão.¹³⁰ Anteriormente ao julgamento da ADI 5631, a posição do STF era de que “a previsão constitucional de competência privativa da União para legislar a respeito de propaganda comercial fundamenta-se na necessidade de que exista regramento uniforme dispendo a respeito do tema em âmbito nacional”¹³¹.

A análise conjunta das decisões nas citadas ADIs revela que as circunstâncias específicas que envolvem cada ação e o julgamento dos magistrados sobre a matéria possivelmente direcionaram o seu desfecho, embora os fundamentos apresentados pelo STF para a procedência ou improcedência digam respeito à questão da competência legislativa sobre a matéria (exceto na ADI 5631, na qual o STF também se manifestou quanto aos argumentos materiais, contudo, sem enfrentar diretamente a questão da proteção da publicidade pela liberdade de expressão). A título ilustrativo, nas ADIs 5.424 e 5.432, julgadas procedentes, a lei objeto das ações tratava da publicidade de medicamentos no estado de Santa Catarina apesar de já existir lei federal em vigor regulando a matéria – a Lei nº 9.294/96 (e posteriores alterações) –, impondo, ainda, restrições mais severas do que as impostas pela lei federal, causando a superveniência de leis contraditórias no território. A decisão do STF de declarar a inconstitucionalidade da lei, portanto,

nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do estado de Santa Catarina, que proíbe a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação daquele estado.

¹³⁰ Além das citadas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 5.424 e 5.432), vide ADI 2815 (DJ de 7/11/03), que declarou inconstitucional lei do estado de Santa Catarina que proibia a publicação, em jornais, revistas e similares, de anúncios comerciais com fotos de natureza erótica e/ou pornográfica que caracterizassem afronta ao pudor, bem como de anúncios comerciais de conteúdo explicitamente libidinoso; e ADI nº 4.761 (DJe de 14/11/16), que declarou inconstitucional lei do estado do Paraná que impunha às operadoras de telefonia celular e aos fabricantes de aparelhos celulares e acessórios a obrigação de incluir em sua propaganda advertência de que o uso excessivo de aparelhos de telefonia celular pode gerar câncer.

¹³¹ Acórdão ADI 5432-SC, rel. Min. Dias Toffoli, J. 19.09.2018, p. 10.

faz sentido, na medida em que a coexistência de duas leis que tratam do mesmo tema – publicidade de medicamentos – e que são contraditórias não seria razoável, aliado ao fato de que a União já havia legislado por meio de lei federal (Lei nº 9.294), atendendo ao disposto no art. 220 § 4º. No entanto, o STF optou por não se dedicar a enfrentar a questão material, rejeitando de pronto a iniciativa do estado em legislar sobre matéria de publicidade.

Em 2003, o STF também teve a oportunidade de se manifestar a respeito da proteção da publicidade pela liberdade de expressão, no julgamento da ADI 2815, pois que a lei impugnada (Lei nº 11.377, de 18 de abril de 2000, do estado de Santa Catarina) tinha como objetivo vetar a publicação de determinados conteúdos artísticos que compõem a peça publicitária, de conceito vago e indeterminado. Mas o acórdão se limita a, novamente, fundamentar sua decisão com base na usurpação da competência privativa da União para legislar sobre matéria de publicidade. Não obstante, o texto do breve voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que acolhe o parecer do PGR como fundamento da decisão, deixa subentendido que o magistrado considerou o conteúdo da lei inconstitucional, ao determinar que “a manifesta inconstitucionalidade do esdrúxulo diploma legal dispensa achegas ao parecer do Chefe do Ministério Público da União que acolho para julgar procedente a ação direta: é o meu voto”.

Decisões como essas podem gerar uma espécie de *chilling effect* na atividade dos estados de regular a publicidade de produtos nocivos à saúde, pois não especificam claramente os motivos da declaração de inconstitucionalidade, criando precedentes – embora não vinculantes – desfavoráveis a futuras iniciativas.

Na decisão na ADI 5631, por sua vez, o STF reconheceu que a lei estadual da Bahia estava alinhada às recomendações da OMS no sentido de que “limitar a publicidade é um meio para proteger a saúde de crianças e adolescentes” e que “os locais onde as crianças se reúnem devem ser livres de todas as formas de publicidade de alimentos ricos em gorduras saturadas, gorduras trans, açúcares ou sódio”. Na análise da inconstitucionalidade formal, o Supremo justificou que “o federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição Federal tem por tarefa possibilitar que a realização de direitos fundamentais seja priorizada por todos os entes públicos”, assim, a competência estadual, no caso, “é justificada com base na competência concorrente de os Estados legislarem sobre defesa da saúde (art. 24, XII, da CRFB) e sobre proteção à infância (art. 24, XV, da CRFB)” e que “a

omissão da União em legislar jamais poderá justificar a inação dos Estados e do Distrito Federal”. Tanto as ADI 5424 e 5432 quanto a ADI 5631 tratavam do conflito entre o direito à publicidade e o direito à saúde (as primeiras, acerca da publicidade de medicamentos, e a segunda acerca da publicidade de ultraprocessados dirigida ao público infantil em estabelecimentos escolares).

Vale ressaltar que, na ADI 5631, o Ministro Relator reconheceu que, em casos anteriores, o Tribunal afirmara que a legislação estadual não estaria autorizada a legislar sobre a publicidade, porém considerou o caso dos autos distinto, pois “ao invés de estabelecer uma proibição geral de publicidade, restringe-a apenas aos estabelecimentos de ensino”. Este também foi o entendimento da Ministra Carmem Lucia, em voto concorrente na mesma ação, no sentido de que não há inconstitucionalidade formal na lei da Bahia porque “a norma impugnada limita-se ao ambiente de ensino local” e, com base no art. 24, IX e XV, a Constituição Federal estabelece ser competência concorrente da União e dos estados legislar sobre saúde, educação e proteção à infância e à juventude. Mas como não há uma argumentação jurídica estruturada sobre a matéria, a decisão deixa dúvidas quanto a se esta seria a mesma caso se proibisse ou restringisse a publicidade em outros tipos de estabelecimentos ou em outras situações. O voto da Ministra Carmem Lúcia deixa a entender que a magistrada julgaria a lei inconstitucional se não se limitasse a restringir a publicidade aos estabelecimentos de ensino, mas não enfrenta nem esclarece quais seriam os limites da legitimidade das restrições.

Embora o STF não tenha esclarecido a sua posição quanto à definição da liberdade de expressão comercial, algumas afirmações no acórdão permitem conclusões superficiais sobre a posição dos Ministros acerca do tema da publicidade: que consideram que há uma liberdade expressão comercial; que “as restrições à liberdade de expressão comercial podem ser aplicadas especialmente no ambiente escolar”; que a recomendação da Organização Mundial da Saúde legitima a imposição de restrições à liberdade de expressão comercial¹³²; e que o rol de restrições à publicidade admitido no âmbito do art. 220, § 4º, da Constituição Federal não é taxativo, mas meramente exemplificativo – ou seja: as restrições não

¹³² Conforme o trecho do voto, que diz: “a sanção prevista pelo legislador baiano é consequência da legitimidade da imposição de restrição à liberdade de expressão comercial, fundada em recomendação da própria Organização Mundial da Saúde”.

alcançam somente a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos e terapias, podendo se estender à publicidade de outros produtos¹³³. Vejamos as discussões suscitadas na ação.

A autora da ação alegou ser a lei inconstitucional do ponto de vista material porque viola a regra do art. 220 e parágrafos, da Constituição Federal, que revela as seguintes premissas: (i) que não haverá lei que vise embaraçar a liberdade de informação; (ii) que está vedada a censura; (iii) que se remete à lei federal a hipótese de se regular propaganda de produtos nocivos à saúde e ao meio ambiente; e (iv) elenca o rol taxativo do que se pode restringir em matéria de publicidade comercial – “tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias”. Para a ABERT, a lei impugnada, além de proibir a propaganda comercial, o fez com relação à publicidade de produtos não elencados nas hipóteses de restrições taxativas do art. 220, § 4º, quais sejam o “tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias”, defendendo, ainda, que os alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio não são nocivos à saúde e ao meio ambiente, portanto, não se enquadram na hipótese do art. 220, § 3º, II. A lei estaria, portanto, rotulando esses produtos como nocivos à saúde ou ao meio ambiente. A ABERT defende, ainda, que os produtos aos quais se refere o parágrafo 3º, inciso II, do art. 220 – cuja publicidade poderia, segundo o texto constitucional, sofrer restrições por meio de lei federal –, seriam restritos aos mesmos produtos elencados expressamente, de forma taxativa, no texto do parágrafo seguinte do artigo 220 (§ 4º) – quais sejam: “tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias”.

O STF discordou e sua decisão foi no sentido de que o rol das restrições admitidas no art. 220 §4º não é taxativo, mas meramente exemplificativo, apenas apontando um caminho possível para a restrição do direito à liberdade de expressão comercial, mediante a proteção ou promoção de um outro direito fundamental – o da saúde. O Supremo entendeu, no caso, que “a sanção prevista pelo legislador baiano é, (...) consequência da legitimidade da imposição de restrição à liberdade

¹³³ O Tribunal fundamentou sua decisão na Resolução No. 63.14, de 21 de maio de 2010, da Organização Mundial da Saúde, a qual, embasada em evidências científicas, recomenda aos Estados que regulem a publicidade de bebidas não alcoólicas e de alimentos ricos em gorduras e açúcares.

de expressão comercial, fundada em recomendação da própria Organização Mundial da Saúde.”¹³⁴

O entendimento manifestado pelo STF acima está em linha com o parecer elaborado por Virgílio Afonso da Silva, no sentido de que “a função da cláusula de restrição é deixar explícito que o legislador, nos casos nela previstos, tem um *menor ônus* de fundamentar o porquê de determinada legislação restritiva, já que esse porquê já é fornecido pela própria Constituição”, mas isso não significa dizer que a função da cláusula seja impedir outras restrições, as quais, para serem implementadas, demandarão um ônus argumentativo maior.¹³⁵

A Associação Brasileira de Anunciantes – ABA, qualificada nos autos como *amicus curiae*, sustenta, ainda, que a lei baiana contraria o princípio da proporcionalidade, pois que no Brasil não faltam normas e direcionamento para a publicidade, mostrando-se a autorregulamentação do CONAR e o art. 37 §2º do CDC como medidas legais suficientes para impor limites proporcionais à liberdade de expressão comercial que protege a publicidade dos alimentos e bebidas enunciados na lei. Este também foi o argumento utilizado pelos *amici curiae* na ADO22 (que objetivava a regulação da publicidade de bebidas alcólicas excluídas da Lei 9294/96 – com teor inferior a 13º GL), mas na ADO o tribunal entendeu que a autorregulamentação do CONAR dispõe de regras suficientes sobre a publicidade de bebidas alcólicas com teor inferior a 13º GL. Na ADI 5631, o STF reconheceu a relevância da função do CONAR, mas decidiu que, fundado na recomendação da Organização Mundial da Saúde, cabe aos Estados, por legislação própria, a liderança no controle da publicidade de alimentos e bebidas ricas em gorduras e açúcares e que, embora a lei proíba integralmente a publicidade nos estabelecimentos de ensino, está de acordo com o princípio da proporcionalidade e não constitui ofensa à liberdade de expressão comercial.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, não seria contrário ao princípio da proporcionalidade a restrição total da publicidade de um determinado produto ou a restrição total da publicidade direcionada a determinado público (por exemplo, publicidade voltada ao público infantil), porque não se trata de “uma restrição total

¹³⁴ STF, voto Min Fachin, acórdão da ADI 5631, p. 12.

¹³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil*. Parecer encomendado pelo Instituto Alana, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_Virgilio_Afonso_.pdf>. Acesso: 30 abr. 2022. p. 20.

à liberdade publicitária, mas uma restrição apenas parcial (e pequena) seja dessa liberdade, seja da liberdade geral de expressão”, desde que se demonstre “com argumentos técnicos e de saúde pública (muito mais do que com argumentos jurídicos) que os ganhos dessas restrições claramente superam as eventuais perdas para os anunciantes”.¹³⁶ Assim, de acordo com o princípio da proporcionalidade, o que precisa ser avaliado é se os ganhos com restrições estabelecidas previamente por meio de legislação específica aplicáveis à publicidade de alimentos ultraprocessados superam as perdas dos anunciantes com essas restrições, já que tais alimentos constituem produtos lícitos que compõem o mercado, mas isso não exclui a responsabilidade dos fabricantes quanto aos danos causados à sociedade de consumidores vulneráveis¹³⁷.

No julgamento da ADI 4613¹³⁸, o STF também tangenciou o tema nos fundamentos da decisão, emitindo algumas aproximações, embora não enfrentando diretamente os limites da definição da liberdade de expressão comercial. No voto condutor da decisão, o Ministro Relator afirma que conclusões anteriores do tribunal sobre a liberdade de imprensa, manifestadas no acórdão da ADPF 130 (lei de imprensa), se aplicam à publicidade, mas apenas em certa medida e com as devidas adequações – sem, contudo, delimitar quais seriam estas medidas e adequações. O tribunal também manifestou que a publicidade detém um cunho de pretensão comercial que a distancia “da mera propagação de informação, sendo mais propriamente, quanto a essa faceta, manifestação da livre iniciativa, para a qual se exige a observância de princípios constitucionais como a função social da propriedade e a defesa do consumidor”¹³⁹. Neste caso, as afirmações no acórdão

¹³⁶ Ibid. p. 30.

¹³⁷ BASBOSA, Fernanda Nunes. Direito à saúde, consumo de tabaco e vulnerabilidades: por que, no Brasil, as vulnerabilidades não são consideradas na distribuição dos encargos sociais? Revista de Direito do Consumidor. V. 138. Nov/Dez 2021. No artigo, a autora trata especificamente do tabaco, mas a sua conclusão pode também ser extensiva ao caso dos alimentos ultraprocessados, no sentido de que “o fato de a comercialização de cigarros constituir atividade lícita não exime as fabricantes de responsabilidade pelos danos causados por seu produto. Pensar de forma diversa seria desconsiderar toda a evolução no terreno da responsabilidade civil desde o século XIX, quando atividades lícitas, mas potencialmente causadoras de danos, no pós-Revolução Industrial, passaram a gerar responsabilidade para seus agentes. Assim ocorreu com os empregadores de modo geral, transportadores e, mais recentemente, com os fornecedores”.

¹³⁸ Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria contra a Lei 12.006/2009, que introduziu normas ao Código de Trânsito Brasileiro que determinam veiculação de mensagens educativas de trânsito em peças publicitárias de produtos da indústria automobilística.

¹³⁹ Conforme a transcrição do trecho da decisão: “Como elemento – em certa medida – de informação, tenho por aplicáveis, com as devidas adequações, as conclusões obtidas por esta Corte sobre a liberdade de imprensa no julgamento da ADPF nº 130 às propagandas comerciais, no

revelam uma posição do tribunal tendente a entender que a publicidade se encontra em uma categoria de proteção da expressão distinta da informação não comercial. O desfecho da decisão deixa o tema ainda menos claro ao concluir que a lei impugnada é constitucional, pois “não impõe restrições à liberdade comunicativa dos anunciantes”, permitindo algumas indagações: a lei continuaria sendo declarada constitucional caso a norma tivesse sido entendida como restritiva da liberdade comunicativa dos anunciantes (direito que, como todos os demais, não deve ser entendido como absoluto e pode sofrer restrições)? Quais seriam as hipóteses em que restrições seriam consideradas legítimas do ponto de vista da proteção constitucional à liberdade de expressão comercial?

No âmbito legislativo, ainda não foi publicada, até o momento, nenhuma lei federal com fundamento no art. 220 § 3º, II, da Constituição Federal, estabelecendo meios “que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” – o que, no caso de eventual impugnação, provavelmente exigiria um enfrentamento mais direto pelo STF quanto aos contornos da noção de liberdade de expressão comercial.

Com relação ao § 4º, do art. 220, encontra-se em vigor a Lei no. 9.294/96, com posteriores alterações, sendo que as alterações introduzidas pela Lei 10.167/00 são objeto da ADI 3311, na qual se espera o STF se posicione mais diretamente sobre o tema. A ADI foi ajuizada em 2004 e aguarda julgamento.

A ONU, por meio do mencionado *Relatório Sobre o Impacto do Marketing na Fruição dos Direitos Culturais*¹⁴⁰, expôs o entendimento de que o direito à liberdade de expressão não necessariamente inclui, mas “pode também incluir, a publicidade comercial”, e que, nos termos do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, admitem-se restrições que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde pública ou a moral (este último em

sentido de que seu caráter informativo estará resguardado pelas garantias constitucionais àquela atribuídas. Por outro lado, as propagandas também encerram pretensão comercial que as distancia, nesse ponto, da mera propagação de informação, sendo mais propriamente, quanto a essa faceta, manifestação da livre iniciativa, para a qual se exige a observância de princípios constitucionais como a função social da propriedade e a defesa do consumidor”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4613-DF, Min. Rel. Dias Toffoli. J. em 20.09.2018.

¹⁴⁰ Conforme citado, o relatório foi apresentado na Assembleia-Geral da ONU, em 2014, pela então Relatora para direitos culturais, Farida Shaheed

casos especiais), ressaltando, ainda, que a publicidade e o marketing comercial podem receber menos proteção do que outras formas de discursos.

Por fim, vale notar que, no Direito Americano, a Suprema Corte dos Estados Unidos já se manifestou algumas vezes declarando que a Constituição americana garante uma proteção menor ao discurso comercial do que a outras expressões constitucionalmente garantidas. Segundo Erin Chemerinsky e Catherine Fisk¹⁴¹, o entendimento da Suprema Corte é que o discurso comercial pertence a uma categoria distinta de expressão, por três motivos: (i) o anunciante fornece informações sobre um produto ou serviço específico que ele próprio fornece e, portanto, presumidamente detém mais conhecimento sobre o assunto do que qualquer outra pessoa; (ii) os anunciantes possuem interesse econômico na sua expressão/ discurso e, por isso, o discurso comercial é menos sujeito ao *chilling effect* – a ser “silenciado” – por força de regulação; e (iii) o interesse em evitar danos comerciais aos consumidores justifica uma regulação mais intensa do discurso comercial do que do discurso não comercial. Por este motivo, o direito americano tolera mais a regulação sobre a publicidade ou discurso comercial do que sobre outros tipos de expressão. Robert Post destaca, ainda, que o discurso – ou comunicação – comercial, diferentemente da comunicação não comercial, consiste em informação necessária para o processo decisório do público, mas não faz parte do discurso público, diferindo deste último porque o seu valor constitucional se refere meramente à informação que dissemina e não por ser a comunicação em si uma maneira de realização da autodeterminação democrática.¹⁴²

No caso *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, a Suprema Corte identificou três características que distinguem o discurso comercial do não comercial – chamado de *Bolger test*: (i) se a comunicação é uma publicidade; (ii) se ela se refere a um produto; e (iii) se o comunicador tem motivação econômica. Além disto, a Corte determinou que o fato de o discurso fazer referência a questões públicas não é suficiente para excluí-lo do alcance do discurso comercial (Chemerinsky, p. 1147-1148). Chemerinsky e Fisk observam que quando se trata de discurso comercial é o interesse de quem recebe a informação que é primordial

¹⁴¹ CHEMERINSKY, Erwin; FISK, Catherine. What Is Commercial Speech? The Issue Not Decided In *Nike v. Kasky*. Case W. *Law Review*, Vol. 54:4, 2003-2004. p. 1146.

¹⁴² POST, Robert. The Constitutional Status of Commercial Speech. *48 UCLA Law Review* 1(2000). P. 4.

e não o de quem a expressa. Ao analisar o caso *Nike v. Kasky*, os autores destacam que os consumidores possuem várias preocupações ao comprar produtos (que devem ser informadas pelas empresas), e que a preocupação com as condições nas quais o produto é produzido não devem dispor de menos proteção do que as condições que dizem respeito ao preço e a forma de pagamento. Assim, o dever de informar os consumidores sobre a segurança dos produtos não deve receber proteção constitucional diferente do que a preocupação dos consumidores com – e o consequente dever de informa-los sobre – a segurança dos produtos para os outros, o meio-ambiente ou os empregados da empresa¹⁴³.

Post ressalta (p. 5) que os limites do que consiste a categoria de discurso comercial ainda suscitam dúvidas (às vezes uma publicidade é entendida como discurso público mais do que discurso comercial e outras vezes expressões que ordinariamente não seriam consideradas como publicidade são incluídas na categoria de discurso comercial). Apesar das discussões oriundas de casos difíceis que envolvem o conceito de comunicação ou discurso comercial no Direito Americano, este certamente dispõe de regras ou parâmetros mais claros e precisos quanto ao que constitui o discurso comercial do que observamos no cenário brasileiro. No Brasil, como apresentado acima, ainda não se pode falar em uma posição consolidada quanto aos limites e à medida de proteção constitucional da publicidade, tanto pela doutrina, quanto pelo STF.

3.2. O regime jurídico da publicidade: autorregulamentação e heterorregulamentação.

Como regra geral, o controle da publicidade no Brasil é realizado por meio da autorregulamentação do CONAR e pela sociedade, com base na norma do art.

¹⁴³ O caso analisado no texto, *Nike v. Kinsky*, diz respeito a um indivíduo que acionou a Nike alegando que a empresa estava emitindo informações falsas e que induzem o consumidor a erro sobre seus produtos, especificamente ao emitir declarações sobre as suas práticas trabalhistas publicadas em diversos meios, inclusive na imprensa. As declarações desmentiam alegações feitas à empresa de que empregava trabalhadores nas suas fábricas na China, Vietnam e Indonésia, em condições ilegais (sujeitando os seus empregados a abusos físicos e verbais, condições inseguras de trabalho, exigindo jornada de trabalho mais longa do que, e salários inferiores aos, permitidos por lei). Segundo os autores, “*The First Amendment should grant no less protection to consumers who avoid beef produced under certain conditions for fear of ‘mad cow’ disease than those who avoid beef out of concerns for the welfare of cows or of those who raise and slaughter them. (...) Their motives for buying or eschewing products are irrelevant; false factual statements that might influence their buying are commercial harms and they are well within the power of states to regulate.*” in CHEMERINSKY, Erwin; FISK, Catherine, Op. Cit., p. 1152.

37 do CDC, que proíbe a publicidade abusiva e enganosa, seja por meio dos próprios consumidores, individualmente, seja por meio dos órgãos públicos e entidades privadas que integram ou colaboram com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, além do Ministério Público, por meio da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor, e organizações não governamentais de defesa do consumidor (ONGs). Essas formas de controle pressupõem, contudo, que uma peça ou campanha publicitária seja veiculada ou publicada para, então, a partir de danos potenciais ou efetivos verificados e denunciados pela sociedade aos referidos órgãos, instaurar-se um procedimento administrativo ou judicial, conforme o caso, para apurar eventual abusividade ou enganabilidade da peça ou campanha objeto da denúncia ou da ação. Mediante a análise de cada caso e a interpretação das normas, haverá uma decisão, subjetiva e aplicável somente ao caso concreto, sobre se o caso é ou não de abusividade e/ou enganabilidade, conforme a base fática indicada pelo autor da denúncia ou da ação. Em sendo verificada a abusividade e/ou enganabilidade da publicidade, o CONAR, o PROCON ou o Poder Judiciário, conforme o caso, aplicará as devidas penalidades ou determinações judiciais. Sendo a decisão do CONAR, pode ser recomendada uma advertência ao anunciante ou a alteração ou suspensão da publicidade (lembrando que se aplica, apenas, aos signatários do órgão).

Em todos os casos, de maneira geral, sendo a publicidade abusiva um conceito indeterminado e inexistindo restrições específicas previamente definidas por meio de regulação¹⁴⁴, sempre será necessário verificar o conteúdo *in concreto* – a publicidade é veiculada, os consumidores são expostos por determinado período àquela mensagem e aos seus efeitos econômicos e sociais, e qualquer tipo de avaliação de eventuais abusos ou enganos supostamente ocorridos somente podem ser apurados após todo este processo. No caso da publicidade de alimentos ultraprocessados, por inexistir norma que imponha restrições prévias à liberdade de anunciar, o consumidor é submetido à exposição às mais diversas estratégias publicitárias, de forma irrestrita, e aos efeitos prejudiciais decorrentes desta exposição. As peças publicitárias serão impugnadas caso sejam entendidas, pelos

¹⁴⁴ O CONANDA, por meio da Resolução 163, de 13 de março de 2014, exemplificou diversas situações em que a publicidade seria abusiva, dando certa concretude ao espaço de indeterminação do conceito de abusividade, embora restrita ao âmbito da publicidade dirigida à criança e ao adolescente.

consumidores, como abusivas ou enganosas no tocante ao conteúdo que apresentam, considerando os conceitos de abusividade e enganabilidade estabelecidos no CDC e no Código de Autorregulamentação. O problema é que todo o processo que vai da veiculação, passando pela denúncia, à instauração de um procedimento investigativo, até a decisão leva tempo e, ainda que haja qualquer decisão que suspenda a campanha, os danos à saúde da sociedade não poderão ser evitados¹⁴⁵.

Este é o cenário problemático que envolve o controle de publicidade de alimentos ultraprocessados no Brasil. Para entendermos um pouco mais como funciona esse cenário, vale analisarmos brevemente os regimes jurídicos disponíveis.

O CONAR é o órgão de autorregulamentação da publicidade no Brasil, cujo Código de Autorregulação Publicitária, até a publicação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, constituía basicamente o único meio de controle jurídico da publicidade no país, no sentido da atividade publicitária¹⁴⁶.

O órgão foi criado, em 1980, pelos agentes do mercado publicitário, e teria como fundamento ser uma alternativa a mecanismos de controle equiparáveis à

¹⁴⁵ A título ilustrativo, o caso do “Mascote da Sadia” foi uma campanha de marketing veiculada durante os Jogos Pan-americanos de 2006 e a decisão final do STJ se deu em 2017.

¹⁴⁶ Conforme Maria Elisabete Vilaça Lopes, anteriormente ao CDC, “no âmbito da legislação ordinária, vale registrar as seguintes leis: a) Lei 1.521/51, cujo art. 3.o, n. VII, tipifica como crime contra a economia popular a ação de dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas; b) Lei 4.728/65, que, ao disciplinar o mercado de capitais, estabelecendo medidas para o seu desenvolvimento, traça regras protetivas do investidor, seja conferindo ao Banco Central do Brasil competência para fiscalizar a observância, pelas sociedades emissoras, das regras legais e regulamentares sobre publicidade da sua situação econômica e financeira, da sua administração e da aplicação dos seus resultados, seja para considerar como feita a oferta, através da utilização de serviços públicos de comunicação, com o fito de negociar a colocação ou distribuição de títulos e valores mobiliários, seja para estabelecer a obrigação de a sociedade emissora apresentar ao Banco Central do Brasil, por ocasião do pedido de registro da emissão, os prospectos e quaisquer outros documentos a serem publicados, ou distribuídos, para oferta, anúncio ou promoção do lançamento da emissão, emissão essa que poderá ser suspensa ou proibida se a oferta, lançamento, promoção ou anúncio estiver sendo efetuado em condições diversas das constantes do registro no Banco Central ou mediante a divulgação de informações falsas ou manifestamente tendenciosas ou imprecisas (arts. 3.o, VII, “a”, 16, § 2.o, “b” e 21, §§ 2.o e 3.o); c) Lei 5.768/71 e Dec. 70.951/72, que dispõem sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de “propaganda” e estabelecem normas de proteção à poupança popular; d) Lei 6.463/77, que torna obrigatória, na publicidade escrita e falada, a declaração do preço total da mercadoria nas vendas a prestação; e) CP, art. 283, que tipifica o crime de charlatanismo: inculcar ou anunciar cura por meio secreto infalível; f) LCP, que proíbe o anúncio de meio abortivo (art. 20); g) Lei 7.802/89, que, entre outras coisas, dispõe sobre a pesquisa, experimentação, produção, embalagem e rotulagem, transporte, armazenamento, comercialização, propaganda comercial (art. 8.o), utilização e importação de agrotóxicos.” *In O Consumidor e a Publicidade*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 1, jan/março 1992, p. 10 (da versão Proview – digitla da RT).

censura que o governo militar então no poder pretendia instituir no país¹⁴⁷¹⁴⁸.

Segundo Juliana Santos Botelho,

a aprovação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), em 1978, seguida da criação do Conar, em 1980, marca oficialmente o nascimento do processo de autorregulamentação do setor publicitário no Brasil. Argumenta-se, com frequência, que “o Conar nasceu de uma ameaça” (Schneider, 2005:9) em vias de se concretizar no final da década de 1970, representada pelo desejo manifesto do governo federal de impor mecanismos de censura a toda forma de publicidade. Neste sentido, a adoção da autorregulamentação publicitária no Brasil representaria uma “resposta inspirada” do setor publicitário às tentativas de controle e censura do governo militar.

Conforme Pasqualotto, o modelo de autorregulamentação geralmente é adotado como uma forma de se impor limites à publicidade, ao mesmo tempo atuando como uma reação contra a lei em favor da liberdade. Segundo o autor, os códigos de ética, nascidos da autorregulamentação, seriam, a julgar pelo ponto de vista dos que praticam a autorregulação, “a única forma aceitável de delimitação das fronteiras da publicidade”.¹⁴⁹

Há três modelos básicos que podem ser imaginados para o controle da publicidade: a) o modelo autorregulamentar puro, que era o caso do Brasil até a adoção do CDC, pelo qual só o próprio setor publicitário, através de códigos de ética e de órgão próprios (privados), está capacitado e legitimado para controlar os abusos da publicidade; também conhecido como “controle interno”; b) o modelo estatal, em que somente o Estado impõe limites aos abusos da publicidade, também conhecido como ‘controle externo’; e c) o modelo misto, que é o modelo no qual convivem, no mesmo espaço, um sistema autorregulamentar e um outro legislativo (estatal), os controles interno e externo.¹⁵⁰

A autorregulamentação do CONAR apresenta alguns problemas. É exclusivamente privada, não havendo representatividade de interesses alheios à publicidade. Segundo o próprio órgão, este é “mantido pela contribuição das principais entidades da publicidade brasileira e seus filiados – anunciantes, agências

¹⁴⁷ BOTELHO, Juliana Santos. *O Conar e a regulação da publicidade brasileira*. Líbero. São Paulo, v. 13, n. 26, pp. 125-134, dez. de 2010.

¹⁴⁸ DIAS, Lucia Ancona L. de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Saraiva. 3ª Ed. São Paulo: 2018. p. 50.

¹⁴⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Autorregulamentação da Publicidade: um estudo de modelos europeus e norte-americano. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 112. ano 26. pp. 115-148. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2017. p. 116.

¹⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *O Controle Jurídico da Publicidade*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 9, Jan-Mar 1994. pp. 36-39.

e veículos”¹⁵¹. No Conselho Superior do CONAR não há representação direta de consumidores ou de associações de consumidores, nem de entidades governamentais de defesa dos consumidores, havendo vedação estatutária para a participação de detentor de cargo de confiança na administração direta ou indireta.

No seu site, o CONAR define da seguinte forma a sua missão:

Impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas e defender a liberdade de expressão comercial. Constituído por publicitários e profissionais de outras áreas, o CONAR é uma organização não-governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. (...)

Assim, a posição do órgão é essencialmente defensora da publicidade, do anúncio publicitário em si, embora inclua em sua missão a disponibilidade de meios para impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas (concorrentes, no caso), defendendo, acima de tudo, a liberdade de expressão comercial – i.e. o direito à publicidade que tratamos no subcapítulo anterior. Trata-se, portanto, de posição centrada na prática comercial e não na proteção do consumidor.

Pasqualotto critica o modelo brasileiro, afirmando que, no Brasil, parecem existir somente duas posições possíveis: ou a liberdade é garantida ou o oposto é a censura, dificultando um debate proveitoso, principalmente porque a posição do CONAR é a de que qualquer regulação prévia da publicidade, constitui controle *a priori*, correspondendo a censura prévia, e deve ser repudiada. Por este motivo, os casos no CONAR são julgados sempre após a veiculação da peça ou campanha publicitária¹⁵². O posicionamento do órgão, publicado no seu site, é claro neste sentido, afirmando que “não exerce censura prévia sobre peças publicitárias, já que se ocupa somente do que está sendo ou foi veiculado”.

A partir da entrada em vigor do CDC, em 1990, o Brasil passa a adotar um sistema dito como “misto” de regulação da publicidade, na medida em que coexistem uma esfera legal, feita especialmente no Código de Defesa do Consumidor (e, eventualmente, por outras leis que contêm dispositivos esparsos

¹⁵¹ Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹⁵² PASQUALOTTO, Adalberto. Op. Cit., pp. 136-137.

sobre publicidade), e uma esfera privada, exercida pelo CONAR sob a forma de autorregulamentação.¹⁵³.

Juliana Botelho defende que, tendo sido o CDC o responsável por introduzir o conceito jurídico de consumidor no ordenamento jurídico e, no que se refere especificamente à publicidade, definindo novas regras agora vistas do ponto de visto do consumidor, as normas do Código devem prevalecer sobre as normas adotadas pelo CONAR¹⁵⁴.

Lucia Ancona Magalhães Dias, na linha do entendimento da indústria publicitária¹⁵⁵, discorda, entendendo que o Código de Autorregulamentação Publicitaria do CONAR está “em absoluta harmonia com o texto do Código de Defesa do Consumidor” e que não raras vezes as suas normas “servem de subsídios para o aplicador do direito, devido à completude e extensão do seu conteúdo em matéria publicitária”. Para a autora, a atuação do CONAR vem sendo essencial nos últimos 30 anos no controle e na fiscalização da ética da publicidade no Brasil, tanto para o mercado quanto para os consumidores, sustentando que o controle privado exercido pelo CONAR é importante e eficiente, pois “não obstante as suas normas não terem caráter coercitivo da lei, a verdade é que as suas recomendações são efetivamente respeitadas e acatadas pelos profissionais da área”¹⁵⁶.

Independentemente do dissenso acerca do caso, fato é que o CONAR é composto tão somente por agentes privados, que representam os interesses exclusivos do mercado publicitário e, ainda que tenham as melhores intenções na elaboração e aplicação de princípios éticos à prática publicitária, não há interesse público relevante representado na elaboração do Código de Autorregulação Publicitária, o que leva à conclusão de que há um conflito de interesses nas decisões promovidas pelo órgão, principalmente quando interesses comerciais do setor estão em jogo. O conflito pode ser identificado na própria “missão” do órgão, publicada no seu site, no sentido de que o CONAR repudia qualquer tipo de controle *a priori*

¹⁵³ Há quem entenda que o modelo brasileiro de autorregulamentação não corresponde, de fato, a um modelo misto, pois, nas palavras de Pasqualotto, “em um modelo misto, as duas esferas de competências devem se articular de modo complementar, uma atuando nos espaços não ocupados pela outra”, o que não acontece no Brasil, onde, na verdade, há dois regramentos paralelos, com posicionamentos muitas vezes opostos. (PASQUALOTTO, Adalberto. Op. Cit., pp. 136-137). Nesta mesma linha, Juliana Botelho defende que não se pode afirmar que prevalece no Brasil um sistema misto de regulação da publicidade (BOTELHO, Juliana Santos. Op. Cit., p. 127).

¹⁵⁴ BOTELHO, Juliana Santos. Op. Cit., p. 127.

¹⁵⁵ Nos termos das argumentações emitidas nas ADIs contra leis que impõem restrições à publicidade mencionadas no presente trabalho.

¹⁵⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. Op. Cit., pp. 50-51.

da publicidade, entendendo-o como censura prévia. Tal postura radical, que não admite qualquer debate acerca de possíveis restrições previamente definidas à publicidade de produtos que possam ser prejudiciais, inclusive à saúde, vão de encontro com os princípios estabelecidos no CDC, que visam a proteção não só do consumidor efetivo, mas também, no caso da publicidade, do consumidor em potencial, além de ir contra outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como o princípio da proteção do consumidor e o direito à vida e à saúde, além do princípio estabelecido no art. 220 §§3º e 4º, que pressupõe a implementação, por meio de lei federal, de restrições à publicidade quando se referir à comercialização de produtos nocivos à saúde.

Maria Clara Sidou Monteiro¹⁵⁷ defende que, para que a autorregulamentação tenha legitimidade, “mesmo não sendo um órgão do Estado, o órgão deve também ouvir a voz dos interessados do público e não somente dos seus membros associados, para tentar se aproximar de uma regulamentação que cumpra com os princípios democráticos”, promovendo um espaço de deliberação onde uma atividade que se dirige a um grande público envolva a participação do próprio público. Segundo a autora, “a participação dos cidadãos é fundamental para a criação de políticas públicas que atendam às suas necessidades”, na medida em que “é o público bombardeado constantemente pelos comerciais e suas estratégias de persuasão”.¹⁵⁸ Sustenta a autora que a escassez de políticas públicas no Brasil para delimitar os limites da atividade publicitária tem como um dos principais fatores os interesses dos anunciantes em manter a autorregulamentação para ter uma certa liberdade em fazer publicidade, usando do discurso da liberdade de expressão para defender o suposto direito de elaborar peças publicitárias livres de intervenção governamental, considerando que “o próprio CONAR e a autorregulamentação nasceram da ameaça do governo militar no final da década de 1970 de impor mecanismos de censura”.

O discurso do CONAR, endossado pelo mercado publicitário, contra a censura nos parece um tanto ultrapassado, principalmente considerando a promulgação da Constituição Federal democrática, que traz a liberdade de

¹⁵⁷ MONTEIRO, Maria Clara Sidou. *A autorregulamentação em questão: a legitimidade do CONAR e a participação da esfera pública na discussão da publicidade para a criança*. Trabalho apresentado no XXXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Fortaleza, CE – 3 a 7/9/2012, p. 3.

¹⁵⁸ Ibid. p. 5.

expressão como direito fundamental. Este é o entendimento de Herman Benjamin, segundo o qual,

a princípio, não há incompatibilidade entre o controle da publicidade — e até mesmo seu banimento em situações excepcionais — e as garantias constitucionais inerentes ao Estado Social Democrático. ‘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’.¹⁵⁹

Apesar de a Constituição Federal determinar que o Estado deva proteger o sujeito consumidor em suas relações intrinsecamente desequilibradas com os fornecedores de produtos e serviços, esta não definiu quem é o consumidor efetivamente — este sujeito a se proteger —, sendo necessário, para tanto, recorrermos ao CDC, que introduziu a noção de consumidor no ordenamento jurídico brasileiro.

No CDC, o consumidor é definido em quatro dispositivos diferentes (art. 2º *caput* e parágrafo único, art. 17 e art. 29), não sendo tarefa fácil conceitua-lo objetivamente. Benjamin¹⁶⁰ sustenta que

no Direito tradicional o consumidor não vem expressamente assim denominado. É o comprador no contrato de compra e venda; é a vítima que sofre lesões por mau funcionamento de produtos de consumo; é aderente nos contratos de adesão; é o destinatário da mensagem publicitária; é o segurado no contrato de seguros; é o mutuário no contrato de mútuo; é o passageiro no contrato de transporte; é o inquilino nos contratos de locação residencial.

O conceito de consumidor é definido de uma forma ampla, visto tanto sob a ótica individual, quanto coletiva, inclusive com relação aos seus interesses, sejam interesses individuais homogêneos, interesses coletivos ou interesses difusos. O consumidor também não é entendido sob enfoque meramente contratual (como adquirente), sendo também protegidos os sujeitos vítimas de atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatários finais. Trata-se de definição

¹⁵⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *O Controle Jurídico da Publicidade*. [Versão ampliada e atualizada de palestra proferida no IV Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado em Buenos Aires, de 26 a 29 de maio de 1993, sob a coordenação geral do Prof. Gabriel A. Stiglitz, presidente do "Instituto Argentino de Derecho del Consumidor" p. 42. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8981/O_Controle_Jur%3%addico_da_Publicidade.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

¹⁶⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos et al. *O conceito jurídico de consumidor*. Revista dos Tribunais, v. 628, pp. 69-79, 1988.

concernente às relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas.

Neste sentido, Benjamin define o consumidor como sendo

todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais.¹⁶¹

Claudia Lima Marques, com base na teoria finalista, defende que a tutela do consumidor só existe porque este é a parte vulnerável nas relações contratuais de mercado e, portanto, consumidor seria o não profissional, a parte mais fraca nas relações de consumo, o que justifica a garantia de um nível mais alto de proteção para este. Segundo a autora, a vulnerabilidade é peça fundamental do direito do consumidor, sendo presumida a vulnerabilidade para as pessoas físicas destinatárias finais dos produtos e serviços. A autora define vulnerabilidade como ¹⁶²

uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

No tocante à publicidade, o consumidor é o destinatário da mensagem publicitária, sendo, portanto, titular de proteção e visto como parte vulnerável.

O CDC adotou alguns princípios que norteiam a relação entre o anunciante e o destinatário da mensagem publicitária, quais sejam¹⁶³:

(i) o *princípio da identificação da publicidade*, no art. 36, *caput*, do CDC, segundo o qual toda publicidade deve ser identificável como tal pelo consumidor.

(ii) o *princípio da vinculação contratual da publicidade*, nos arts. 30 e 35 do CDC, segundo o qual a publicidade vincula o anunciante contratualmente, permitindo ao consumidor exigir do fornecedor o conteúdo da comunicação publicitária.

(iii) o *princípio da veracidade da publicidade*, nos termos do art. 37, §1º, do CDC, que proíbe e define a publicidade enganosa.

¹⁶¹ Ibid. p. 79.

¹⁶² BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. pp. 105-115.

¹⁶³ Ibid. pp. 314-315.

(iv) o *princípio da não abusividade da publicidade*, nos termos do art. 37, §2º, do CDC, que tem por objetivo reprimir desvios que prejudicam os consumidores, não apenas financeiramente, mas também com relação a outros valores considerados importantes pela sociedade de consumo.

(v) o *princípio da inversão do ônus da prova*, nos termos do art. 38 do CDC, que reconhece o consumidor como vulnerável e, como consequência dos princípios da veracidade e da não abusividade, em caso de alegação de enganabilidade ou abusividade, é o anunciante que deve buscar provar o contrário.

(vi) o *princípio da transparência da fundamentação da publicidade*, nos termos do art. 36, parágrafo único, do CDC, segundo o qual o fornecedor deve sempre fundamentar o anúncio de seus produtos ou serviços com base em elementos fáticos e científicos, devendo dar acesso a esses dados aos consumidores.

(vii) o *princípio da correção do desvio publicitário*, nos termos do art. 56, XII, conforme o qual, caso seja verificado o desvio da publicidade, o anunciante tem o dever de reparar os malefícios causados aos consumidores, inclusive através da contrapropaganda (*corrective advertising*).

O artigo 37 define a publicidade enganosa e abusiva, ao dispor que:

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

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

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

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

Segundo Herman Benjamin *et al.* a proteção do consumidor contra a publicidade enganosa não exige que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado, podendo ser aferida, portanto, em abstrato. Não exige, por conseguinte, qualquer prejuízo individual do consumidor, mas apenas a capacidade da mensagem publicitária induzir o consumidor em erro, ou seja, o erro potencial, que pode estar relacionado com qualquer dado dos produtos ou serviços. A publicidade pode ser considerada enganosa ainda que a sua capacidade de induzir

a erro seja referente apenas a determinados consumidores particularmente vulneráveis, como por exemplo, doentes, idosos, crianças ou pessoas de pouca instrução. Os autores esclarecem que “a regra é, pois, que, na caracterização da publicidade enganosa, se analise a natureza da mensagem publicitária e a vulnerabilidade do consumidor”.¹⁶⁴

O fundamento da proibição da publicidade enganosa é o reconhecimento de que, no Direito brasileiro, o consumidor tem direito a não ser enganado, e isso independe da boa-fé do anunciante (a intenção de enganar) e, tampouco, se foi por uma afirmação capaz de induzir o consumidor em erro, independentemente de ser informação falsa ou verdadeira (enganosidade por comissão), ou se foi pela omissão de informação relevante para a escolha do produto ou serviço, induzindo também o consumidor em erro (enganosidade por omissão).

A norma do CDC que coíbe a enganosidade por omissão, segundo Paulo Jorge Scartezzini, não tem por objetivo “obrigar o fornecedor a informar o consumidor de todos os dados do produto ou serviço” – o que poderia confundi-lo ainda mais, dada a quantidade de informações que deveriam ser disponibilizadas –, mas sim fornecer os dados “necessários quanto a fruição e risco ou que, se tivesse o consumidor tomado conhecimento previamente, poderiam conduzi-lo a não adquirir ou usar o bem”.¹⁶⁵ Ou seja, sendo o consumidor induzido a erro, ou a um potencial erro, por uma mensagem publicitária, seja por comissão, seja por omissão, ainda que tal enganosidade efetiva ou potencial seja verificada em apenas uma categoria específica de consumidores, a publicidade será considerada ilícita. O que se exige, portanto, é que o anúncio possua a tendência ou a capacidade de enganar, de induzir o consumidor a erro. O conceito jurídico que norteia a norma do CDC é justamente o oposto do que envolve a norma do Código de Autorregulamentação Publicitária, isto é: aqui o que se busca é a proteção do consumidor, e não a repressão do comportamento do anunciante.

Nesse contexto, uma publicidade pode ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, “seja porque informação importante foi deixada de fora, seja

¹⁶⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 323.

¹⁶⁵ GUIMARÃES, Paulo Jorge Sartezzini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que Dela Participam*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2007. p. 137.

porque o seu esquema é tal que o consumidor entenda mal aquilo que se está, realmente, dizendo”. Da mesma forma, “se a mensagem é ambígua, há enganabilidade se um dos seus sentidos é falso e o outro absolutamente verdadeiro”.¹⁶⁶

A decisão no Recurso Especial nº 1.539.056/MG, da relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, julgado em abril de 2021 pela Quarta Turma do STJ, ilustra caso de publicidade enganosa e abusiva que causa danos coletivos. A ação civil pública, julgada procedente, foi ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais contra empresa imobiliária e respectivo sócio que divulgaram e venderam a consumidores, na sua maioria de baixa renda, lotes de imóveis urbanos, informando que o condomínio se encontrava devidamente "legalizado" perante a Prefeitura e registrado no cartório imobiliário competente. No entanto, os adquirentes não conseguiram registrar seus recém-adquiridos imóveis, pois o condomínio na verdade não se encontrava devidamente legalizado, tornando-se vítimas de publicidade enganosa e abusiva pelos comerciantes. O TJMG havia julgado improcedente o pedido de danos morais coletivos, sob o argumento de que “a vítima de um dano moral é necessariamente uma pessoa, pois não é compatível com o dano moral a ideia da ‘transindividualidade’ (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão”, na medida em que envolve, necessariamente, lesão que afete “a parte sensível do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. A Quarta Turma do STJ reconheceu, ao contrário do tribunal *a quo*, a incidência de dano moral coletivo em decorrência da “veiculação de publicidade enganosa a consumidores de baixa renda, que teriam sido submetidos a condições precárias de moradia”, aferível *in re ipsa*, ou seja, por meio da mera apuração de uma conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, violou valor ético-jurídico fundamental da sociedade, revelando-se desnecessária a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

A decisão cita expressamente os arts. 66 e 67 do CDC, que tipificam criminalmente condutas de pessoas que façam afirmações falsas ou enganosas ou omitam informações relevantes sobre produtos ou serviços, conectando-se com a publicidade enganosa ou abusiva conceituada no art. 37 do CDC. Na decisão, o

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 12ª Ed. Forense. Rio de Janeiro: 2019. pp. 342-349.

voto do Ministro Relator esclarece que o Código criminalizou as condutas relativas à fraude em oferta e à publicidade abusiva ou enganosa, a fim de “resguardar os direitos básicos de informação adequada e de livre escolha dos consumidores — protegendo-os, de forma efetiva, contra métodos desleais e práticas comerciais abusivas”.¹⁶⁷

Nos termos da decisão, os objetos jurídicos tutelados pelas citadas normas penais do CDC compreendem

os direitos de livre escolha e de informação adequada dos consumidores, cuja higidez da manifestação de vontade deve ser assegurada, de modo a atender o valor ético-jurídico encartado no princípio constitucional da dignidade humana, conformador do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, que não se coaduna com a permanência de profundas desigualdades, tal como a existente entre o fornecedor e a parte vulnerável no mercado de consumo.

Vale ressaltar que a conduta tipificada referente à publicidade enganosa, estabelecida no art. 67 do CDC, diz respeito à publicidade que é sabidamente enganosa ou abusiva, ou que se deveria saber enganosa ou abusiva, conforme ficou evidenciado na ação.¹⁶⁸

¹⁶⁷ O texto dos arts. 66 e 67 do CDC dispõe que:

“Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

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

§ 1º *Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.*

§ 2º *Se o crime é culposos;*

Pena. Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.”

¹⁶⁸ Segundo Hector Valverde Santana e Roberta Cordeiro de Melo Magalhães, “o tipo penal objeto de estudo neste artigo, com previsão no art. 67 do Código de Defesa do Consumidor, ao promover a publicidade enganosa ou abusiva, prevê as expressões sabe ou deveria saber. O agente pratica a conduta mediante dolo direto quanto à primeira expressão (sabe), que consiste na vontade de realizar a conduta, consciente dos efeitos que dela irão se desencadear, em detrimento do consumidor, do meio ambiente e da paz pública.

A doutrina, com a análise de vários tipos penais que empregam os elementos subjetivos do tipo, é tranquila em se referir ao dolo direto quando se tem a expressão sabe. A expressão deveria saber enseja divergência doutrinária. Parte da doutrina entende que o caso deve ser resolvido como dolo eventual, mas outros doutrinadores admitem que a expressão é indicativa de culpa.” In SANTANA, Hector Valverde; MAGALHÃES, Renata Cordeiro de Melo. “A controvérsia em torno do elemento subjetivo no crime de publicidade enganosa ou abusiva”. *Revista de Direito do Consumidor* 127, versão digital Thomson Reuters, PROVIEW, jan/fev 2020.

Ainda sobre o assunto, segundo Carlos Reis da Silva Junior, “dentro do sentido primordial das relações de consumo, verifica-se que as sanções de cunho civil, mormente as indenizatórias ou reparatórias, possuem eficácia e efetividade superiores às normas de Direito Penal, no caso. A eventual prisão ou mesmo a imposição de uma sanção penal que possua efetividade se mostra bastante difícil dentro do sistema penal trazido para Código de Defesa do Consumidor.” (p. 93). Quanto à questão do dolo ou culpa no art. 67 do CDC, o autor sustenta que “trata-se de crime doloso, na modalidade do dolo direto, quanto ao termo ‘sabe’, e dolo eventual, quanto ao termo ‘deveria saber’. Não estamos diante de figura culposa, posto que o legislador, nas hipóteses de crimes

Segundo José Carlos Maldonado de Carvalho, tanto a publicidade enganosa quanto a abusiva têm conceitos amplos e flexíveis. Para o autor, a caracterização da publicidade enganosa, a intenção e a imprudência – dolo e culpa –, só ganham destaque e importância no seu tratamento penal, bastando, como anteriormente mencionado, que o consumidor seja induzido a erro para a caracterização da publicidade enganosa. Destaca o autor que, no âmbito do direito civil, a verificação do dolo ou culpa não se faz necessária, “posto que apenas a potencialidade do perigo de indução do consumidor a erro tipifica a publicidade como enganosa, independentemente da comprovação do engano e do prejuízo efetivo”.¹⁶⁹

O § 2º do art. 37 do CDC¹⁷⁰ trata especificamente da publicidade abusiva, cujo conceito ainda não foi definido pela doutrina ou pelo direito brasileiro e internacional, apesar de trazer o dispositivo um rol meramente exemplificativo de hipóteses em que ela ocorrerá.¹⁷¹ A abusividade é noção distinta da enganabilidade¹⁷². Paulo Jorge Scartezini sustenta que será abusiva e, portanto, ilícita, a publicidade “que ofende a ordem pública, ou não é ética ou é opressiva ou inescrupulosa”¹⁷³. Ada Pellegrini *et al.* consideram abusivo “tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso”¹⁷⁴. Estes autores afirmam, ainda, que a liberdade publicitária não pode colidir com certos imperativos de ordem pública, ferindo os direitos do consumidor não apenas como partícipe do mercado, mas como indivíduo titular de direitos e garantias constitucionais¹⁷⁵.

culposos, expressamente menciona a existência de crime culposos, como verificamos nos artigos anteriores”. (p. 89). JUNIOR, Carlos Reis da Silva. Dos Crimes Próprios Do Código De Defesa Do Consumidor. *Revista JurisFIB* | ISSN 2236-4498 | Edição Especial 15 anos Direito FIB | Dezembro 2020 | Bauru – SP.

¹⁶⁹ CARVALHO, José Carlos Maldonado. Propaganda Enganosa e Abusiva. *Revista da EMERJ*, v.4, n.15, 2001, pp. 124-125.

¹⁷⁰ Art. 37.

(...)

§ 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.

¹⁷¹ ¹⁷¹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que Dela Participam*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2007. pp. 141-142.

¹⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 12ª Ed. Forense. Rio de Janeiro: 2019. p. 356.

¹⁷³ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Op. Cit., p. 142.

¹⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Op. Cit., p. 355.

¹⁷⁵ *Ibid.* p. 356.

Villaça defende que a publicidade de tabaco e bebidas alcoólicas constitui, por si só, publicidade abusiva, por se tratar de publicidade que visa a persuadir o consumidor a comprar produtos nocivos à saúde e, “portanto, estimulam o seu consumo (*induzem* a um comportamento)”, sendo o enunciado do § 2º do art. 37 do CDC suficiente para enquadrar esse tipo de mensagem como abusiva e justificar a proibição ou a restrição da publicidade destes produtos.¹⁷⁶ A autora sustenta, ainda, que, na apuração da abusividade, deve-se levar em conta o consumidor médio, que é aquele que não possui o “necessário discernimento para sopesar o risco do consumo desses produtos e se vê sempre cobrado e induzido, pela publicidade constante, a ter esse comportamento”, iludido pelas cenas maravilhosas que a mensagem o induz a crer que vivenciará ao consumir os produtos.

Com exceção dos produtos que já têm, em alguma medida, a sua publicidade restrita por meio de legislação infraconstitucional, como é o caso do tabaco, das bebidas alcoólicas (de determinado teor alcóolico), dos medicamentos e das terapias específicas, além de publicidade direcionada ao público infantil, o CDC coloca todo um arsenal à disposição do consumidor para que este possa fazer valer os seus direitos, porém, vale reiterar, que se dá na prática sempre por meio de avaliação após a veiculação da publicidade e mediante denúncia pelo próprio consumidor supostamente lesado (por si ou por meio dos órgãos de defesa dos consumidores).

Há três esferas de proteção do consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva no Direito brasileiro: a) ressarcimento dos danos comprovados pelo consumidor, desde que conectados com os ilícitos publicitários; b) aplicação de penalidades administrativas; e c) aplicação de sanções penais.

Quando a publicidade, enganosa ou abusiva, assim como nos casos de violação do princípio da vinculação da mensagem publicitária, resulta em dano pessoal, patrimonial ou até moral ao consumidor, há a obrigação de indenizá-lo. O direito à indenização está assegurado no art. 6º, VI, que cuida dos direitos básicos do consumidor e nos princípios do Código Civil e da Constituição, e os danos podem ser tanto individuais como coletivos. A responsabilidade civil é objetiva, bastando-se a comprovação do nexo causal entre a ação ou omissão do agente e o

¹⁷⁶ LOPES, Maria Elizabeth Villaça. O Consumidor e a Publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*. Versão digital da RT virtual – Proview. Vol. 1, Jan/Mar 1992. p. 17

dano gerado, ainda que em sua potencialidade¹⁷⁷. Em regra, a responsabilidade objetiva é do anunciante ou de quem o anúncio aproveita. Entretanto, o veículo, a agência e a celebridade que participar da publicidade, podem ser considerados corresponsáveis, quando agirem com dolo ou culpa. Para Paulo Jorge Scartezzini, a responsabilidade também é objetiva para o veículo, a agência e a celebridade.

O CDC estabelece, no seu art. 81, que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. No parágrafo único do art. 81¹⁷⁸, o Código reconhece as possibilidades de defesa de interesses coletivos e difusos e, no art. 82, o CDC define os legitimados para protegerem tais interesses¹⁷⁹.

É possível, ainda, incluir na ação principal pedido judicial de abstenção de prática da publicidade enganosa ou abusiva, requerendo-se a cessação da publicidade. O CONAR, no âmbito da autorregulamentação, também pode recomendar que se retire de circulação publicidade ilícita ou contrária aos princípios éticos.

Ada Pellegrini *et al.* observam que, no Direito brasileiro, “para que publicidade seja considerada ilícita, seja pelo juiz, seja pelo administrador, exige-se que tenha sido veiculada pelo menos uma vez”, entretanto, “por mais ágeis que sejam as providências legais”, a mensagem já terá alcançado o público. Portanto, a sua retirada não apaga os efeitos já causados pela mensagem, servindo apenas para

¹⁷⁷ DIAS, Lucia Ancona L. de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Saraiva. 3ª Ed. São Paulo: 2018. p. 401.

¹⁷⁸ Art. 81(...)

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁷⁹ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

evitar enganos ou abusos futuros. Este é o problema do controle jurídico da publicidade no Brasil se dar, via de regra, exclusivamente após a veiculação, à exceção dos produtos que tenham sua publicidade restrita por meio de lei federal ou por serem dirigidas ao público infantil.

Adalberto Pasqualotto traz a experiência do direito comparado, mais especificamente da França, sobre o assunto. O sistema de controle da publicidade francês – segundo o autor, verdadeiramente misto –, adota, por meio do seu órgão de autorregulamentação – a ARPP –, ferramenta para evitar que danos irreparáveis sejam causados à sociedade por força da identificação de publicidade ilícita somente após a veiculação (como acontece no Brasil). Tal ferramenta refere-se ao serviço de aconselhamento conhecido como *copy advice*, que corresponde ao exame das mensagens publicitárias antes da sua difusão, embora sem força vinculante. Segundo o autor, “a ARPP concita os anunciantes à adesão como forma de administrar os riscos jurídicos e deontológicos relativos à elaboração, criação e difusão da publicidade, prevenindo eficazmente problemas futuros”, permitindo seja submetido, “em qualquer estágio de criação ou produção da publicidade, e antes da sua difusão, qualquer questão jurídica ou deontológica concernente”.¹⁸⁰

No Brasil, não há um órgão específico que fiscalize ativamente a publicidade enganosa ou abusiva, tampouco que se proponha a analisar a licitude da publicidade previamente à sua veiculação, como ocorre na França, no caso citado acima, dependendo sempre, a atuação de órgãos como o PROCON ou o Ministério Público, ou o próprio CONAR, de denúncias dos próprios consumidores, por si mesmos ou por meio de associações civis de defesa do consumidor, como o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.¹⁸¹

O IDEC disponibilizou aos consumidores uma plataforma chamada “OPA – Observatório de Publicidade de Alimentos”, especificamente com a finalidade de “fortalecer o direito dos consumidores à informação adequada, apoiando a identificação de publicidades ilegais de alimentos e facilitando a sua denúncia aos órgãos competentes”. Sob o *slogan* “você envia a suspeita, o OPA analisa!”, a

¹⁸⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Autorregulamentação da Publicidade: um estudo de modelos europeus e norte-americano. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 112. ano 26. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2017. p. 143.

¹⁸¹ <<https://idec.org.br/quem-somos>>. O IDEC é “uma associação de consumidores sem fins lucrativos, independente de empresas, partidos ou governos”, cuja missão é “orientar, conscientizar, defender a ética na relação de consumo e, sobretudo, lutar pelos direitos de consumidores”

plataforma disponibiliza um formulário em que o consumidor preenche os dados da publicidade que supõe ser ilegal, e o corpo técnico e jurídico da associação analisa o caso. Se constatada a ilicitude, a equipe jurídica poderá entrar com processo junto aos órgãos responsáveis, caso em que acompanhará todo o trâmite, podendo, também, os casos/denúncias ajudarem no apoio a projetos de lei e pautas que promovam a alimentação saudável no Brasil.¹⁸²

Em notícia datada de novembro de 2021, o IDEC informa que, por meio da atuação da OPA, encaminhou ao PROCON-SP denúncia contra a empresa de alimentos Nestlé por fazer publicidade enganosa de alguns de seus produtos, mais especificamente os já citados quatro produtos da linha “Nesfit”, que têm mel no nome e dão destaque para o alimento na embalagem, mas que não contêm mel na sua composição, induzindo, desta forma, o consumidor a erro sobre as características do produto.

Outro caso apoiado pelo IDEC foi o do iogurte “Activia”, da multinacional Danone. Em junho de 2008, a Anvisa determinou a suspensão, em todo o território nacional, da publicidade do iogurte. Em que pese não haver qualquer problema com o produto em si segundo a Anvisa, a campanha publicitária do alimento induzia o consumidor a erro ao promover a ideia de que a ingestão do produto seria a solução para problemas de constipação intestinal, além de apresentar outra irregularidade – a de não indicar se o produto contém ou não glúten, colocando em risco pessoas que tenham alergia à proteína. Além da decisão de suspender a veiculação da publicidade, determinou que os veículos de comunicação que continuassem a reproduzi-la estariam sujeitos a serem multados entre R\$2.000,00 e R\$1,5milhão.¹⁸³ O Jornal Folha de São Paulo, ao noticiar o caso, menciona, ainda, que uma pesquisa da UnB que analisou as peças publicitárias veiculadas entre agosto de 2006 e agosto de 2007 mostra que o “Activia” era o sexto alimento mais anunciado na Rede Globo. O caso ilustra o cenário da publicidade abusiva e enganosa no Brasil. O argumento da Anvisa para a suspensão da campanha, noticiado pelo Jornal Folha de São Paulo, era de que, induzido pela publicidade do alimento, “o consumidor poderia ser levado a retardar a procura por um médico e por um diagnóstico de doenças graves que causam os problemas intestinais”. A

¹⁸² Disponível em: <<https://publicidadedealimentos.org.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹⁸³ PINHO, Angela. Anvisa suspende anúncio do iogurte Activia. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2806200840.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

campanha circulou pela mídia por, no mínimo, 2 anos (já que em agosto de 2006 foi identificada na pesquisa da UnB e a decisão da Anvisa se deu em junho de 2008) – isto é, por, pelo menos, 2 anos, os consumidores foram expostos aos danos à saúde causados pela publicidade enganosa, mesmo havendo um canal de denúncias e um processo junto aos órgãos competentes – no caso em tela, a Anvisa.

O desafio promovido pela resistência a uma legislação específica que introduza restrições à publicidade de determinados produtos nocivos e a prevalência, quase que exclusiva, do controle por meio do sistema estabelecido pelo CONAR e o CDC, se verifica na premissa de que, na prática, a sociedade, diretamente afetada pelos abusos dos anunciantes e indiscutivelmente parte vulnerável na relação publicitária, precisa, ela própria, fiscalizar as mensagens publicitárias veiculadas e identificar os danos sofridos individualmente, para, então, realizar a denúncia aos órgãos competentes (que, a partir daí, iniciarão um processo investigativo para apurar os fatos denunciados e fazer cessar o dano ou repará-lo). Tal premissa parece não estar alinhada à *ratio* que se pode extrair do art. 36, § único do CDC, que pressupõe a impraticabilidade (e injustiça) em se esperar que o consumidor efetue milhares de testes com produtos ou serviços como forma de verificação da veracidade da informação publicitária a ele dirigida, exigindo esta atitude ao próprio anunciante, previamente à divulgação do anúncio (o anunciante de um produto ou serviço deve recolher e reunir dados objetivos que deem sustentação ao que alega). Mas, não havendo regras, ou critérios ou parâmetros claros e previamente definidos quanto à legitimidade constitucional de restrições à liberdade de expressão comercial, tampouco que identifiquem os limites do que é ou não prejudicial ao consumidor do ponto de vista da publicidade abusiva ou enganosa, aplicáveis de forma uniforme e difusa, o anunciante dispõe de poucos limites jurídicos quanto à sua liberdade de anunciar, orientando-se por decisões judiciais e/ou do CONAR que não garantem previsibilidade. Além disto, o consumidor acaba precisando se auto proteger de eventuais abusos, sendo a parte que irá identifica-los e recorrerá ao judiciário para tentar se proteger. Parece haver certa incoerência entre a teoria da proteção do consumidor no tocante às noções que norteiam a publicidade abusiva e enganosa no CDC e a prática de como funciona o processo de identificação dos abusos e cessação e reparação dos danos causados à sociedade. E tal situação existe porque, à exceção dos produtos minimamente regulados – seja por força das regras do ECA, seja pela regra do art. 220 §4º da

Constituição –, prevalece a quase absoluta inexistência de políticas públicas, por meio de leis, que imponham restrições específicas e previamente definidas à atividade publicitária.

3.2.1. A responsabilidade das celebridades e influenciadores digitais e a vulnerabilidade do consumidor no meio digital

No importante e já citado trabalho sobre a responsabilidade civil de celebridades por publicidade ilícita, Paulo Guimarães sustenta que artistas, pessoas públicas famosas e *experts* (que ele chama em conjunto de “celebridades”) quando participam de publicidade influenciam diretamente na decisão do consumidor, dando-lhe as vezes uma falsa segurança sobre as qualidades do produto ou serviço. (p. 161). Segundo o autor, o consumidor que recebe a informação “submete-se voluntariamente ou até involuntariamente à influência do informante, porque confia na sua sinceridade, competência e conhecimento profissional” (p. 162) E, com isso, a credibilidade do apresentador da mensagem reforça a credibilidade do produto (p. 163). Por isso, no caso de publicidade ilícita, o autor defende a responsabilidade civil das celebridades “pela violação dos valores secundários da boa-fé, mais especificamente o da confiança na fase pré-contratual, mesmo que ela se refira à conduta de terceiro”, na medida em que a celebridade tem a liberdade para escolher participar da publicidade, ganhando benefício para isso, e, portanto, deve prestar as informações de forma a não prejudicar terceiros (p. 168).

Com a evolução tecnológica e dos meios digitais, vivemos uma sociedade de consumo que, ao mesmo tempo, é hiperconectada. Neste cenário da hiperconexão digital, os fornecedores passaram a se valer de estratégias baseadas na coleta de dados e na inteligência artificial que, baseada em seus algoritmos, podem ser utilizados seja para produzir previsões, seja para identificar, prever ou até induzir comportamentos.¹⁸⁴

Nesse contexto, segundo Michel Cesar *et al.*, “a publicidade ilícita, no meio digital, possui como peculiaridade uma maior amplitude de propagação e

¹⁸⁴ LUNARDI, Henrique Lapa. *Sociedade de consumo hiperconectada*. Editora Dialética. Edição do Kindle. p. 61.

velocidade na divulgação de seus produtos e serviços”¹⁸⁵ – o que por si só já promove maior exposição do consumidor à publicidade e seus efeitos.

Além disto, surge também a figura do influenciador digital: o indivíduo com enorme representatividade social no ambiente digital, em especial nas redes sociais, onde influenciam a rotina de seus seguidores com o seu estilo de vida e sua fonte de consumo, fidelizando seu público com seu tipo de vestuário, gostos e peculiaridades diárias, influenciando o comportamento dos seus seguidores¹⁸⁶. Os influenciadores são geralmente criadores de conteúdo e a identificação do consumidor com o influenciador digital é formada justamente pelo fato deste último ser considerado uma pessoa normal, que se conecta com muitas outras por meio das plataformas digitais, se relacionando em áreas de que tem conhecimento. Por este motivo, Michel Cesar defende que, apesar de alguns influenciadores acabarem se tornando celebridades, o indivíduo deverá ter seu papel como influenciador e como celebridade analisados de forma distinta, vez que o público atingido não será necessariamente o mesmo.¹⁸⁷

Segundo Malheiro e Pimenta,

a influência é tamanha ao ponto de quatro em cada 10 usuários do YouTube confiarem mais no seu *youtuber* favorito do que em seus próprios amigos; e de seis em cada 10 optarem por seguir uma indicação de produto/serviço realizada por seu *youtuber* favorito do que por outras celebridades da TV ou cinematográfica, segundo uma pesquisa realizada pela Google.¹⁸⁸

Os autores observam que a partir da divulgação por influenciadores digitais, inauguram-se estratégias mercadológicas, às vezes imperceptíveis, por meio das quais os fornecedores têm impulsionado as vendas ou contratações, tornando o consumidor ainda mais vulnerável.

Há diversas formas de divulgação, seja por meio de *briefing* dos anunciantes ao influenciador, orientando-o sobre as características do produto ou serviço e muitas vezes desenvolvendo juntos o conteúdo que será postado em seus perfis nas redes sociais; seja por situações em que os fornecedores enviam seus produtos como

¹⁸⁵ SILVA, Michel César; BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; BRITO, Priscila Ladeira Alves. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 2, mai.-ago./2019. p. 3.

¹⁸⁶ MALHEIRO, Emerson Penha, PIMENTA; Enki Della Santa. A responsabilidade civil do digital influencer nas relações de consumo na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*: RDC, São Paulo, v. 30, n. 137, p. 61-82, set./out. 2021.

¹⁸⁷ SILVA, Michel César et al. Op. Cit. p. 10.

¹⁸⁸ MALHEIRO, Emerson Penha, PIMENTA; Enki Della Santa. Op. Cit.

“presentes”, de forma gratuita, para o influenciador, que posta fotos e vídeos divulgando estes produtos/serviços. O usual é que o público seja informado que se trata de publicidade, porém, tal modelo não é seguido diversas vezes, ocorrendo violação do princípio da identificação da mensagem publicitária, desrespeitando o artigo 36 do CDC¹⁸⁹. Outras práticas como o *review* e o *unboxing* de produtos também podem constituir formas de publicidade, quando “encomendadas” pelo fornecedor. No *review*, o influenciador posta um vídeo que corresponde à sua avaliação pessoal sobre um determinado produto que já utilizou. No *unboxing*, o influenciador divulga vídeo no qual desempacota um produto que ainda não conhece, informando seus seguidores sobre suas primeiras impressões acerca do produto e realizando também uma avaliação (os prós e contras), porém mais superficial do que no *review*. O problema, nestes casos, é que não se tem como saber com segurança se o influenciador está divulgando um produto ou serviço ou dando uma opinião pessoal descompromissada. Silva alerta para o fato de que “com as inovações no âmbito digital outrora mencionadas, torna-se árduo o trabalho de filtrar o que seria publicidade ilícita ou opinião descompromissada”.¹⁹⁰

O caso da parceria entre a marca de biscoitos “Cheetos”, da empresa Pepsico, e a cantora Anitta – uma das maiores celebridades do momento no Brasil, com 61,3 milhões de seguidores na sua conta do Instagram¹⁹¹ e que figura na Revista Forbes como uma das 20 mulheres mais poderosas do Brasil –, ilustra como as marcas vem encontrando novas formas de reforçar a sua exposição ao público. Em 2017, em menos de 24 horas, o clipe da música “Paradinha” da cantora já contava com mais de 4 milhões de visualizações no seu canal oficial no YouTube. Como parte de ação com a empresa Pepsico, no clipe a cantora aparece comendo o biscoito “Cheetos” em corredor de supermercado, “propiciando uma ação orgânica e verdadeira”, segundo entrevista concedida pela vice-presidente de marketing da empresa, Daniela Cachich, à revista Meio & Mensagem¹⁹². Segundo a matéria, “embora a união com a cantora tenha como objetivo estreitar os laços com o público brasileiro, a PepsiCo admite que o gingado de Anitta pode ampliar a visibilidade internacional de Cheetos”. Em 2019, a estratégia de marketing da empresa colocou

¹⁸⁹ SILVA, Michel César et al. Op. Cit. p. 10.

¹⁹⁰ Ibid. p. 13 e 14.

¹⁹¹ Segundo acesso em 07/04/2022.

¹⁹² Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2017/06/01/assim-como-anitta-cheetos-quer-ganhar-o-mundo.html>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

a “mascote” do biscoito, “Chester Cheetah”, ao lado de Anitta no clipe da música “Combatchy”. Em janeiro de 2020, sob o slogan “Cheetos leva público para festa na casa de Anitta”, a parceria entre a empresa Pepsico e a cantora ganhou nova etapa, conforme noticiado pela revista Meio&Mensagem,¹⁹³ segundo a qual quem comprasse os produtos “Cheetos” durante determinado período concorria a cinco ingressos para participar de uma festa na casa de Anitta – reforçando a meta de estreitar os laços do salgadinho com o público brasileiro. Em abril de 2022, foi noticiado que Anitta, embaixadora da marca de biscoitos “Cheetos”, participa de nova campanha da marca de biscoitos, ao lado do dançarino Jonathan Neguebites, com o objetivo de reforçar “o novo posicionamento da marca”¹⁹⁴. O tema central do vídeo destaca que quando “Cheetos” passa, todo mundo segue o cheiro e o ambiente fica mais divertido e vibrante. Segundo Daniel Camillo, diretor de marketing da marca, com a participação de Anitta é visível o quanto as pessoas se conectam com os propósitos da marca, que busca reposicionar “Cheetos” como um *lifestyle* – sob o slogan “isso é muito Cheetos”. Camillo esclarece que “fazer o público brasileiro se sentir representado em mais uma campanha por meio de dois ícones do cenário musical nacional é muito importante na construção da nossa história”. No boletim de monitoramento publicado em março de 2022¹⁹⁵, a ONG “ACT” alerta que as campanhas da parceria de Anitta com a marca de ultraprocessados “Cheetos” tem foco em público jovem, de 13 a 18 anos, e que as parcerias entre artistas e a indústria de alimentos e bebidas alcoólicas desenvolvem novas estratégias, ganhando novas tecnologias e maior penetração pelos artistas (ACT, 2020; p. 25). Segundo a publicação, por meio do olhar sobre Anitta “revela-se novo modelo de parceria entre artistas com as empresas contratantes: liderança e gestão dos contratos, participação nas tomadas de decisão, criação, desenvolvimento e divulgação das marcas e produtos” (ACT, 2020, p. 3).

Os valores recebidos por Anitta para participar como embaixadora da marca “Cheetos” em diversas ações de marketing da empresa de alimentos ultraprocessados não foram divulgados publicamente. Contudo, em novembro de

¹⁹³ Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2020/01/10/cheetos-leva-publico-para-festa-na-casa-de-anitta.html>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

¹⁹⁴ PROMOVIEW. Disponível em: <<https://www.promoview.com.br/blog/redacao/publicidade/cheetos-identidade-campanha-anitta.html>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

¹⁹⁵ Boletim de Monitoramento. Disponível em: <<https://actbr.org.br/uploads/arquivos/boletim-monitoramento/boletim-monitoramento-marco2020.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

2021, foi divulgado pelo prospecto da instituição financeira “Nubank”, em cumprimento a regras de *disclosure* específicas do setor, que o contrato de prestação de serviços de marketing firmado com a cantora Anitta para a divulgação da instituição pelo período de cinco anos remonta a um total de R\$35,95 milhões.¹⁹⁶

Para fins da presente pesquisa, caberia indagar: ainda que as peças publicitárias realizadas neste tipo de estratégia de marketing não contenham, em si, elementos ou informações que configurem enganabilidade, nos termos do art. 37 do CDC, tais estratégias propriamente ditas, que impactam fortemente no consumo de alimentos ultraprocessados, sem restrições prévias (que poderiam incluir, por exemplo, alertas sobre riscos à saúde), poderiam configurar publicidade abusiva, por estimular o consumo de produtos nocivos à saúde (art. 37 § 2º)?

3.3. Publicidade e rotulagem de alimentos

Como mencionado no capítulo anterior, publicidade não se confunde com embalagem ou rotulagem de alimentos. Entretanto, a embalagem e rotulagem do produto também constituem veículo de comunicação entre o fabricante, distribuidor ou vendedor, e o consumidor e, conseqüentemente, veículo de marketing, estando sujeita aos limites da enganabilidade estabelecidos no direito brasileiro¹⁹⁷. Por meio da embalagem/rotulagem, o fornecedor apresenta as informações sobre o seu produto ao consumidor, inclusive as informações técnicas.

Há casos em que a embalagem ou rotulagem do produto pode ser entendida, no todo ou em parte, como publicidade, quando sejam nela identificadas mensagens ou desenhos gráficos de caráter publicitário, por exemplo, quando houver informação que faça referência a uma promoção (“leve mais e pague menos”) ou dizeres que tenham como finalidade a influência na escolha de consumo do consumidor, exaltando a eficácia, características ou propriedades do produto.¹⁹⁸

Adalberto Pasqualotto observa que “por publicidade, nos dias de hoje, não se pode entender, restritamente, a mensagem comercial direta, ‘identificada como

¹⁹⁶ Bloomberg Línea. Disponível em: <[¹⁹⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V, MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Rosco. *Manual de Direito do Consumidor*. Ed. Revista dos Tribunais, 9ª Edição. São Paulo: 2021. p. 305.](https://www.bloomberglinea.com.br/2021/11/01/nubank-prospecto-revela-contrato-de-r-35-milhoes-com-a-cantora-anitta/#:~:text=Bloomberg%20L%C3%ADnea%20%E2%80%94%20prospecto%20do,R%24%2035%20milh%C3%B5es>”. Acesso em: 30 abr. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁹⁸ DIAS, Lucia Ancona L. de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Saraiva. 3ª Ed. São Paulo: 2018. p. 124.

tal’, conforme diz expressamente o art. 36, *caput*, do CDC”, pois, segundo o autor, “há diversas formas de comunicação da empresa com o seu público que, imediata ou mediata, buscam o mesmo fim da publicidade convencional”¹⁹⁹.

Para ilustrar, os quatro produtos da linha “Nesfit”, da Nestlé, que foram objeto de denúncia ao PROCON-SP pelo IDEC, constituem casos em que a embalagem dos produtos traz mensagem publicitária enganosa, no caso, apresentando no seu nome e em destaque na embalagem, inclusive por meio de desenhos gráficos, o alimento mel, porém não contendo mel na sua composição, induzindo, desta forma, o consumidor a erro sobre as características do produto, conforme se verifica abaixo.



Fonte: <https://www.vidaecacao.com.br/atencao-aos-rotulos-idec-denuncia-nestle-por-falso-mel-em-produtos-saudaveis/>

Segundo Paola Sartori e Ingo Sarlet, o direito específico à informação do consumidor é considerado um direito fundamental, sendo “de suma importância a garantia do direito à informação do consumidor para que conseqüentemente também se garanta o direito fundamental à defesa do mesmo”. Isso porque há um

¹⁹⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e Publicidade em Ritmo de Descompasso. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 100. Jul/Ago 2015.

“desequilíbrio de forças entre fornecedor e consumidor que se deve especialmente à desigualdade de informação existente entre eles”.²⁰⁰

Adriana Carvalho Pinto Vieira e Adriana Régia Cornélio²⁰¹ defendem que o direito do consumidor no Brasil possui alguns princípios basilares que dão maior clareza nas relações de consumo, entre eles o *princípio do dever de informar* (art. 6.º, III, do CDC) que se concentra nas informações sobre as características do produto ou do serviço oferecido no mercado e representa, no sistema do CDC, um dever essencial de bem informar o consumidor, para a harmonia e transparência das relações de consumo, atribuído a todos os agentes que ofereçam produtos ou serviços no mercado. Este dever de informar se vincula ao princípio da transparência, expresso no *caput* do art. 4.º do CDC, que corresponde à obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos e, também, gerando, no contrato, a obrigação de propiciar-lhe o conhecimento prévio de seu conteúdo. Segundo as autoras, tais princípios pressupõem que “o fornecedor está *obrigado* a prestar todas as informações acerca do produto ou do serviço, suas características, qualidades, *riscos*, preços etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões”.

Sarlet e Sartori sustentam, ainda, que o direito fundamental à informação do consumidor está amparado pelos princípios consumeristas da boa-fé e da transparência, exigindo que o consumidor tenha ao seu alcance todas as informações necessárias quanto ao que está adquirindo, a fim de que, de posse destas informações essenciais, possa tomar uma decisão livre e consciente no momento da compra, “garantindo-se, assim, sua liberdade de escolha, autonomia e, conseqüentemente, sua dignidade humana”.²⁰²

É neste contexto que se insere a obrigação de constar, nos rótulos dos produtos, a informação adequada sobre as suas características e os elementos que os compõem.

²⁰⁰ SARLET, Ingo, SARTORI, Paola. *A rotulagem de alimentos e o direito fundamental à informação dos consumidores: uma análise sob a ótica da criação industrializada de animais*. Revista de Direito Econ. Socioambiental. V. 9. Set/Dez 2018, Curitiba, 347-365. p. 360. Segundo os autores, “enquanto os fornecedores conhecem detalhadamente os bens que colocam à venda, o consumidor em geral não possui meios de acesso a qualquer informação que não se deseje divulgar, tornando-se incapazes de eleger o produto conscientemente”.

²⁰¹ VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto, CORNÉLIO, Adriana Régia. *Produtos Light e Diet: O Direito À Informação Do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 54. Abr/Jun 2005.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang, SARTORI, Paola. Op. Cit. p. 364.

A Lei nº. 9.782, de 27 de janeiro de 1999, define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, com natureza de autarquia especial (art. 3º, parágrafo único), atuando como entidade administrativa independente (art. 4º), à qual cumpre “promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária” (art. 6º). Dentre outras atribuições da ANVISA compreende-se “controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária” (art. 7º XXVI) e, respeitando a legislação em vigor, “regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública” (art. 8º, caput). O parágrafo primeiro do art. 8º da Lei elenca os bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência, incluindo, no inciso II, os “alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários”.

Como importante movimento para o aperfeiçoamento da sua atribuição de controle sanitário na área de alimentos, visando a proteção à saúde da população, a ANVISA, por meio da Resolução-RDC Nº 259, de 20 de setembro de 2002, aprovou o Regulamento Técnico sobre Rotulagem de Alimentos Embalados, o qual define “rotulagem” e “embalagem” de alimentos como:

- 2.1. Rotulagem: É toda inscrição, legenda, imagem ou toda matéria descritiva ou gráfica, escrita, impressa, estampada, gravada, gravada em relevo ou litografada ou colada sobre a embalagem do alimento.
- 2.2. Embalagem: É o recipiente, o pacote ou a embalagem destinada a garantir a conservação e facilitar o transporte e manuseio dos alimentos.

A Anvisa estabelece quais informações devem constar nos rótulos dos alimentos, com o objetivo de que as empresas forneçam à população dados que ajudem na hora da escolha do produto. As informações que devem ser incluídas nos rótulos incluem: lista de ingredientes, prazo de validade e informações nutricionais, assim como a medida caseira, que é como o consumidor mede os alimentos (fatias, xícaras, colheres, etc.), informações sobre conservantes, lactose, glúten e diversos outros itens usados na composição de alimentos enlatados e processados, especialmente que contenham ingredientes que possam causar algum tipo de alergia ou intolerância ou, ainda, que possam causar doenças como

obesidade, hipertensão e diabetes. As regras também incluem o que as empresas não podem usar nos rótulos, como palavras e informações falsas ou que induzam ao erro.²⁰³

Vale ressaltar que a atuação da ANVISA está em linha com o *Codex Alimentarius*, que constitui um programa conjunto da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) e da Organização Mundial da Saúde (OMS), criado em 1963, “com o objetivo de estabelecer normas internacionais na área de alimentos, incluindo padrões, diretrizes e guias sobre Boas Práticas e de Avaliação de Segurança e Eficácia”, tendo como principais objetivos: proteger a saúde dos consumidores e garantir práticas leais de comércio entre os países. Segundo informações disponibilizadas pela ANVISA, em 2016, participavam do *Codex Alimentarius* 187 países membros e a União Europeia, além de 238 observadores (57 organizações intergovernamentais, 165 organizações não governamentais e 16 organizações das Nações Unidas).²⁰⁴

Como tratado anteriormente, há, no país, grande discussão sobre a competência da ANVISA para regular matéria que seja entendida como publicidade de alimentos, concretizado nas discussões judiciais, ainda em curso, que envolvem a RDC 24/2010. Em que pese este debate, é incontroverso que a agência detenha competência para estabelecer as regras sobre as características e elementos que devem ou não devem constar na rotulagem dos alimentos. Neste passo, a ANVISA editou a referida RDC Nº 259, e formou, em 2014, grupo de trabalho para discutir novas propostas para a rotulagem nutricional, a partir da Recomendação do Consea (Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional) no. 7/2013, que trata da necessidade de melhorar a rotulagem nutricional para facilitar a compreensão e a legibilidade da informação para os consumidores, e também de combater a divulgação de informações enganosas e abusivas. O grupo de trabalho, cujo convite se fundamentou na necessidade de suporte técnico e científico para a elaboração de novas propostas, contou com representantes do IDEC, além de instituições como a Universidade Federal de Santa Catarina, Proteste, Conselho Federal de Nutrição

²⁰³ ANVISA. *Rotulagem de Alimentos*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/alimentos/rotulagem>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

²⁰⁴ ANVISA. *Codex Alimentarius*. <https://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/Codex%20Alimentarius_%20Minist%C3%A9rio%20Anvisa.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

(CFN), Coordenação-Geral de Alimentação e Nutrição (CGAN), e representantes do setor produtivo, entre outros.²⁰⁵

Como resultado destes esforços, após amplo debate com especialistas e uma consulta pública que teve mais de 23 mil participações, em 8 de outubro de 2020, a Anvisa aprovou, por meio da RDC nº 429 e da Instrução Normativa nº 75/2020, novas normas sobre rotulagem nutricional, estabelecendo mudanças na legibilidade, no teor e na forma de declaração de informações na tabela de informação nutricional e nas condições de uso das alegações nutricionais, além de adotar, de forma inovadora, a rotulagem nutricional frontal²⁰⁶ – denominada “lupa” –, que constitui um símbolo destacado na parte da frente do produto, informando sobre quantidades excedentes aos limites estabelecidos pela ANVISA, nos termos do Anexo XV da IN nº 75/2020, de açúcar adicionado, sódio e gorduras saturadas, nos termos do Anexo XVII – Modelos Para Declaração Da Rotulagem Nutricional Frontal, da referida Instrução Normativa, dentre os quais, a seguir:

a) Modelos com alto teor de um nutriente



b) Modelos com alto teor de dois nutrientes



c) Modelos com alto teor de três nutrientes



Fonte:

http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/3882585/IN_75_20_20_COMP.pdf/e89784b5-ed18-4bdd-a4d4-139724a56d4d.

²⁰⁵ IDEC. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Idec compõe grupo de trabalho da Anvisa sobre rotulagem nutricional*. Disponível em: <<https://idec.org.br/em-acao/em-foco/idec-compe-grupo-de-trabalho-da-anvisa-sobre-rotulagem-nutricional>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

²⁰⁶ Segundo Rojas *et al.*, “rótulos nutricionais frontais são artefatos gráficos que destacam e simplificam informações nutricionais importantes, reduzindo a carga cognitiva”. In ROJAS, Carlos Felipe Urquizar, SPINILLO, Carla Galvão. *InfoDesign | Revista Brasileira de Design da Informação / Brazilian Journal of Information Design*. São Paulo | v. 18 | n. 1 [2021], pp. 1 – 28.

Segundo a ANVISA, a agência optou pelo modelo acima após analisar os modelos adotados, de forma mandatória ou voluntária, em mais de 40 países, bem como analisar estudos científicos e sistemáticos que comparavam os efeitos de diferentes modelos para a compreensão do consumidor e a eficiência dos modelos de alto conteúdo de nutrientes críticos em relação a outros modelos de rotulagem frontal.²⁰⁷

A norma entra em vigor em 09 de outubro de 2022. A mudança, apesar de não ser ideal, está sendo considerada um avanço na melhoria da qualidade da informação nutricional aos consumidores.²⁰⁸

Carlos Felipe Urquizar Rojas e Carla Galvão Spinillo sustentam que “estudos constatarem que indivíduos em geral têm dificuldade de entender as informações nutricionais contidas em embalagens de alimentos e bebidas, e dedicam cada vez menos tempo e atenção no preparo e escolha de alimentos”. Por isso, a utilização de rótulos nutricionais frontais, como o modelo adotado pela ANVISA, pode contribuir consideravelmente com a orientação na escolha dos alimentos pelos consumidores. Segundo os autores, “rótulos nutricionais frontais devem ser úteis, chamar a atenção e ser fáceis de entender por uma diversidade de consumidores, de diferentes níveis de escolaridade, profissões e idade”.²⁰⁹

O Chile foi o primeiro país do mundo a adotar medida de rotulagem nutricional com advertência frontal²¹⁰. A Lei de Rotulagem e Publicidade de Alimentos do Chile (Lei nº. 20.606), implementada em 2016, faz parte de um conjunto de medidas regulatórias relacionadas a rotulagem, mas que também incluem a venda e publicidade de alimentos. As medidas incluem a proibição da publicidade televisiva de alimentos ultraprocessados, com excesso de calorias, das 6h às 22h, tanto para TV aberta quanto fechada e determina que as embalagens dos

²⁰⁷ ANVISA. *Rotulagem nutricional*. Disponível em: < <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/alimentos/rotulagem/rotulagem-nutricional>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

²⁰⁸ Informações disponibilizadas pelo IDEC, disponível em: <<https://idec.org.br/de-olho-nos-rotulos#mudancas>>. Acesso em 12 jan. 2022.

²⁰⁹ ROJAS, Carlos Felipe Urquizar, SPINILLO, Carla Galvão. InfoDesign | *Revista Brasileira de Design da Informação / Brazilian Journal of Information Design*. São Paulo | v. 18 | n. 1 [2021], pp. 1 – 28.

²¹⁰ LÍDICE, Sarah. Chile se destaca na agenda de políticas de nutrição. *Jornal da USP*. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/chile-se-destaca-na-agenda-de-politicas-de-nutricao/>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

alimentos não podem, também, estampar personagens infantis, desenhos ou outros atrativos voltados ao incentivo do consumo.²¹¹

O Chile adotou o modelo de advertência frontal que corresponde a um símbolo octogonal, com fundo preto e borda branca, para cada nutriente em excesso, contendo o texto “alto em”, seguido pelo nome do ingrediente em excesso e pelas palavras “Ministério da Saúde”²¹²



Fonte: <https://idec.org.br/noticia/chilenos-mudam-habitos-alimentares-apos-inclusao-de-alertas-nos-rotulos>

A lei chilena proibiu, ainda, amostras grátis de produtos com alertas nutricionais para crianças menores de quatorze anos e todos os tipos de propagandas para alimentos com alertas nutricionais direcionadas ao público infantil, incluindo o uso de brinquedos gratuitos ou qualquer outra estratégia promocional de vendas para crianças, bem como a venda e a distribuição de produtos com alertas dentro das instalações de educação infantil, ensino fundamental e médio.²¹³

De acordo com Guillermo Paraje *et al.*, o resultado de estudo apoiado pelo Ministério da Saúde do Chile seis meses após a entrada em vigor da lei mostrou que entre 70% e 94% do público apoia as restrições de marketing direcionadas ao público infantil e que 77.5% das mães informaram que passaram a escolher alimentos com menos ou nenhuma advertência. Os autores realizaram importante estudo questionando a validade das preocupações alegadas pela indústria

²¹¹ Observatório da Obesidade. *Regulamentação chilena de alimentos e bebidas e empregos/salários no setor produtivo*. Disponível em: <<http://www.observatoriodeobesidade.uerj.br/?p=3160>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

²¹² BOZA S, Saco V, Polanco R. *Rotulagem nutricional frontal de alimentos na América Latina: revisão das experiências do Chile e do Peru*. Boletim do Instituto de Saúde. Vol. 21. No. 1. Julho/2020, p. 151-160.

²¹³ *Ibid.*

alimentícia de que a regulação que implementou as advertências frontais impactaria negativamente na economia chilena, especificamente na taxa de emprego e na renda real. As análises revelam que a regulação não resultou em mudanças significativas na taxa agregada de emprego ou de renda real nas indústrias de bebidas e alimentos.²¹⁴

Segundo Daniela Neri, pesquisadora do Núcleo de Pesquisas Epidemiológicas em Nutrição e Saúde da USP (Nupens), o modelo de lupa, adotado pela ANVISA, apesar de se tratar de avanço para o consumidor brasileiro em prol da proteção à saúde, não é tão eficiente quanto o modelo adotado pelo Chile – e seguido por outros países, como por exemplo, o Peru.²¹⁵

O IDEC aponta alguns pontos negativos do modelo regulatório adotado pela ANVISA. Dentre as principais críticas, temos: (i) inexistência de estudos publicados que comprovem a eficácia e superioridade do modelo; (ii) somente um selo é inserido, independentemente do número de nutrientes críticos (seja açúcar, sódio, gorduras) presentes no produto; (iii) a proporção do selo é pequena em relação ao rótulo como um todo; e (iv) muitos alimentos considerados não saudáveis ficarão sem a advertência frontal (lupa), pois os pontos de corte para classificar alimentos altos em sódio, açúcar e gorduras saturadas são alto demais. Além disto, interessante notar a observação do instituto de que pesquisadores e profissionais de saúde do Canadá criticaram o modelo, alegando que os

²¹⁴ PARAJE, Guillermo *et al.* *The effects of the Chilean food policy package on aggregate employment and real wages*. Food Policy. Vol. 100, 2021, 102016. Segundo os autores, “our ITSA analyses show that the new regulations requiring FOP labeling did not cause discernible shifts in either aggregate employment or real wages in the food and beverage manufacturing industries in Chile. The results show no differential changes in either aggregate employment or average real wages in industries likely to be affected by FOP regulations when compared with those unlikely to be affected. When we pooled solid food and beverage industries with FOP regulations the results were the same, which suggests that it is quite likely that these regulations did not alter the long-term, underlying patterns of employment and wages in these industries. We found evidence of a decrease in aggregate employment in the beverage sector likely to be affected by FOP regulations. Unfortunately, we found no suitable control group to test if such a change is associated with the FOP regulations.”, p. 7. Disponível em: <<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0306919220302220?token=A5098330BA4D0612CF7E46755DBEFB34086333D9F09C4FFEB4FD91D2FA82959B5BEA67D64A0C12665DFFC3B51B4BF1B1&originRegion=us-east-1&originCreation=20220309143343>>. Acesso em: 08 mar. 2022..

²¹⁵ LÍDICE, Sarah. Chile se destaca na agenda de políticas de nutrição. *Jornal da USP*. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/chile-se-destaca-na-agenda-de-politicas-de-nutricao/>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

consumidores acabam não conseguindo entender as informações somente com o símbolo.²¹⁶

As advertências frontais deveriam conseguir alertar a sociedade para os problemas de saúde que o consumo excessivo dos produtos que os contenham pode causar. Para tanto, cabe ao Estado brasileiro, por meio dos órgãos competentes, instruir adequadamente a população, por meio de ampla divulgação do que as advertências representam.

3.4. Da enganabilidade e da abusividade na publicidade: inexistência de regras ou critérios claros.

Embora o CDC tenha introduzido, no ordenamento jurídico brasileiro, conceitos importantes que caracterizam como ilícita a publicidade enganosa e abusiva sob o prisma da proteção do consumidor, tais conceitos são vagos e abstratos, e a sua interpretação e aplicação, é deferida ao poder judiciário, sendo o STJ a instância final. Para que o poder judiciário possa se manifestar sobre os contornos destes conceitos, precisa ser provocado. Por isso, há uma quantidade reduzida de acórdãos que tratam do tema se comparada à intensidade e ao volume do mercado publicitário²¹⁷. Apenas o Ministério Público e os órgãos públicos competentes de proteção ao consumidor, além das associações civis de defesa dos consumidores, podem propor ações sobre a matéria, assim como os próprios consumidores que tenham sofrido lesão em decorrência da publicidade. Do ponto de vista de processo – análise caso a caso, posteriormente à veiculação da mensagem publicitária, sem fiscalização estatal efetiva, dependendo de denúncia de consumidores e interessados, além dos longos procedimentos de investigação e decisão pelos órgãos competentes –, o sistema apresenta fragilidade na proteção do consumidor, em especial quando se tratam de campanhas publicitárias de produtos

²¹⁶ IDEC. *Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <<https://idec.org.br/de-olho-nos-rotulos#americalatina>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

²¹⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade enganosa e abusiva: uma análise sobre a efetividade do seu controle com base em decisões do STJ e do Conar. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 139. ano 31. pp. 195-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/92900151/v20220139/page/RR-9.8>>. Acesso em: 08 mar. 2022. No artigo, o autor apresentou resultado de pesquisa realizada no site do STJ que levantou todas as ações que tratam tipicamente de publicidade enganosa e abusiva desde o ano de 1996, chegando a um total de 28 acórdãos.

não saudáveis, como os alimentos ultraprocessados, que não dispõem de regulação específica.

Conceitos jurídicos vagos e abstratos, como enganabilidade e abusividade da publicidade, respaldam outro direito abstrato, o direito fundamental à informação do consumidor, o qual, por sua vez, entra em conflito com direitos também vagos e abstratos que envolvem o direito à publicidade (direitos fundamentais da livre iniciativa e liberdade de expressão comercial).

Considerando que o CDC se destina a tratar da publicidade em geral, envolvendo variados assuntos relacionados à defesa do consumidor, o Código não tem o propósito de regular de forma mais detalhada a publicidade de produtos e serviços específicos, limitando-se a estabelecer determinados princípios gerais.

Segundo a norma do art. 37 do CDC, para que uma peça publicitária seja considerada enganosa, esta deve conter informação considerada inteira ou parcialmente falsa, ou que, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, seja 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); ou quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (§ 3º). A publicidade será abusiva quando for discriminatória ou incitar a violência, explorar o medo ou a superstição, se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeitar valores ambientais, ou for capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (§ 2º).

O texto do art. 37 §§ 1º e 3º, que trata da publicidade enganosa, envolve noções abstratas como “informação considerada inteira ou parcialmente falsa”; informação que, por ação ou omissão, “seja capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço”; “que possam conduzir a erro”, “quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”; e ainda “dado essencial do produto ou serviço”.

Com o conceito de abusividade (37 §2º) ocorre o mesmo. O CDC não prevê critérios claros e previamente definidos para se aferir, por exemplo, se uma mensagem publicitária é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Na inércia do legislador em estabelecer políticas públicas com base na norma do CDC para salvaguardar o consumidor de se expor a este tipo de publicidade, resta ao poder judiciário

interpretar, em cada caso que chega até a esfera judicial, se o consumidor foi, durante o período em que a campanha estava no ar, exposto à publicidade abusiva e aos seus consequentes prejuízos. Desta forma, o Código remete ao poder judiciário discernir sobre os parâmetros e estabelecer o alcance destas noções na caracterização da enganosidade e abusividade, mediante análise das circunstâncias de cada caso concreto, cabendo ao STJ a palavra final sobre a interpretação destes conceitos. As decisões do STJ ainda não representam uma “jurisprudência” pacífica que delimita contornos precisos acerca das noções indeterminadas que envolvem tais conceitos. Porque as decisões se aplicam somente ao caso concreto, as fundamentações constituem meras *obiter dicta*, não criando precedentes vinculantes, embora possam ser citadas como argumentos persuasivos em casos futuros. Esse sistema em que os juízes e tribunais estão livres para interpretar normas vagas e indeterminadas, delimitando os seus contornos de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, contribui para um cenário de imprevisibilidade, podendo resultar em decisões inconsistentes e até mesmo contraditórias. O sistema exige, ainda, que a publicidade seja veiculada para que, então, a partir da análise casuística dos possíveis ou efetivos efeitos prejudiciais, instaure-se um processo para avaliar a suposta ilicitude de cada campanha. Adicionalmente, nem toda publicidade que seja supostamente abusiva ou enganosa chega a ser discutida no âmbito judicial, pois há poucas associações civis de defesa dos consumidores atuantes e o Ministério Público, os PROCONs locais e o próprio consumidor nem sempre têm (provavelmente na maioria das vezes não tenham) recursos humanos e conhecimento técnico claro para avaliar a precisão e veracidade das informações veiculadas e, talvez ainda menos, os riscos – potenciais ou efetivos – que a exposição à publicidade pode acarretar à saúde, de forma a leva-los a provocar o judiciário. Uma vez no âmbito judicial, o processo geralmente é longo e as decisões finais pelo STJ podem variar de acordo com os entendimentos de cada magistrado na interpretação dos enunciados normativos, para se chegar ao entendimento quanto ao alcance da norma²¹⁸ e sua aplicação àquelas condições

²¹⁸ Vale notar que, segundo Riccardo Guastini, “a interpretação jurídica tem como objeto, propriamente falando, não “normas”, mas textos ou documentos normativos. Em outras palavras, interpretam-se (não propriamente normas, mas sim) *formulações* de normas, enunciados que expressam normas: disposições, como se costuma dizer. Assim, a norma constitui não o objeto, mas o resultado da atividade interpretativa”. In GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e Argumentar*. Vol. 1, 2ª reimp., Editora D’Placido, Belo Horizonte, 2021, p. 17.

fáticas específicas. Com isso, os riscos e possíveis danos à saúde dificilmente são previstos e evitados.

A título ilustrativo, vale citar algumas interpretações emitidas pelo STJ.

No julgamento do REsp Nº 1.101.949 - DF, a 4ª Turma do STJ entendeu que a publicidade “revelou-se enganosa, induzindo o consumidor a erro porquanto se adotasse a conduta indicada pela publicidade, independente das consequências, teria condições de obter sucesso em sua vida.” A ação envolvia filme publicitário que não se identificava como tal, no qual o Ministério Público alegou que foram utilizadas mensagens subliminares e técnicas acerca do uso do tabaco que visavam atingir crianças e adolescentes. No caso, a partir da verificação dos fatos, a publicidade foi entendida como enganosa e, portanto, ilícita, porque associava o uso do tabaco ao sucesso na vida, influenciando crianças e adolescentes a se comportarem de maneira prejudicial à saúde. O filme publicitário contrariava, ainda, o texto da Lei 9294/96 (art. 3º§1º, II e VI), antes da sua alteração introduzida pela Lei no. 10.167/2000, que proibiu, de forma definitiva, a publicidade de cigarro por radio e televisão.

Na ação que culminou no REsp Nº 1.705.278 – MA, a questão controversa envolvia a discussão quanto a se a ausência do preço do produto no panfleto publicitário caracteriza propaganda enganosa por omissão. Tanto o juiz de primeira instância quanto o TJMA entenderam que a publicidade impugnada era enganosa, concluindo que o preço do produto ou serviço figura como elemento essencial à oferta e, portanto, deve constar da publicidade, sob pena de induzir os consumidores a erro. A 4ª Turma do STJ, por sua vez, entendeu que o tribunal de origem não analisou a questão da enganabilidade à luz das circunstâncias do caso concreto, pois que “restringiu-se a afirmar, de forma genérica e abstrata, ser o preço um dado imprescindível na publicidade”. Por este motivo, determinou o retorno do processo ao tribunal de origem para realizar a análise e, só então, concluir se ficou caracterizada ou não a publicidade enganosa, fundamentando a sua decisão no sentido de que “em verdade, apenas a análise do caso concreto permite determinar os dados essenciais que deveriam constar na publicidade e foram levemente omitidos”. Afirmou, ainda, que “no caso de que tratam os autos, o preço pode ou não ser uma informação essencial, a depender de diversos elementos para exame do potencial enganoso, especificamente o uso ou a finalidade a que se destina o produto ou serviço e qual é seu público alvo”. Na sua fundamentação, apresentou

dois precedentes anteriores da 2ª Turma, sendo um (REsp 1.370.708/RN) em que a ausência do preço nos materiais de divulgação não caracterizou publicidade enganosa e outro em que ficou caracterizado o ilícito por não conter tal informação (REsp 1428801/RJ). O Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira teceu alguns comentários acerca do seu entendimento sobre o conceito de publicidade enganosa e a importância do direito à informação adequada do consumidor, mas entendeu que

o art. 31 do CDC não traz uma relação exaustiva nem determinante a todos os tipos de publicidade, mas meramente exemplificativa, portanto, pode ser necessária, no caso concreto, inserir outra informação não constante no dispositivo legal, assim como não há obrigação de que, no anúncio publicitário, estejam inclusos todos os dados informativos descritos no rol do citado artigo.

No caso, o STJ teve oportunidade de delimitar a interpretação do conceito de enganabilidade, inclusive do dado essencial, como fizeram os magistrados *a quo*, mas optou por assegurar sua indeterminação, a fim de que a norma seja interpretada de forma mais abrangente ou mais restrita de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

Assim como no REsp Nº 1.705.278 – MA, em outras ações que envolvem enganabilidade a interpretação do art. 37 do CDC se encontra associada à obrigação do fornecedor de prestação das informações relativas às características do produto, nos termos do art. 31 do Código²¹⁹. O dispositivo tem origem em um dos direitos mais elementares do consumidor, expresso no art. 5º, XIV, da Constituição Federal, referente à "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" (art. 6º, III, do CDC).²²⁰

A título ilustrativo, na decisão do Agravo em REsp nº 259.903 -SP, a 2ª Turma do STJ manteve a autuação da Ambev por expor a venda a cerveja *Kronenbier*, classificando-a como sem álcool, sem assegurar as informações

²¹⁹ “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.”

²²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em REsp nº 259.903 -SP, Min. Rel. Herman Benjamin, DJe 25/09/2014, p. 4.

corretas sobre o teor alcoólico na composição do produto, infringindo o disposto no artigo 31 do CDC. A decisão deu-se no sentido de que "é manifesta a confusão do consumidor ao se deparar com a expressão 'sem álcool' em destaque no rótulo da cerveja e a advertência do teor alcoólico menor que 0,5% em letras minúscula" –, concluindo por constituir publicidade enganosa. No caso, a informação “sem álcool” exposta no rótulo foi constatada como inverídica.

O STJ se manifestou poucas vezes acerca da publicidade abusiva, não estabelecendo critérios muito claros para identificação do que constitui especificamente este conceito.

Para ilustrar, no REsp nº 1.447.375 – SP, a 3ª Turma do tribunal não distingue a publicidade abusiva da enganosa, asseverando que a publicidade, no caso, pode se tornar “abusiva ou enganosa”, “caso perca a eficácia obrigatória”, o que ocorrerá se “induzir no público-alvo uma falsa percepção da realidade” ou “frustrar as legítimas expectativas criadas pela informação veiculada, em desprestígio à boa-fé objetiva e ao princípio da confiança”. No caso, o tribunal analisou o direito do aceitante de exigir o cumprimento do que foi declarado na oferta dirigida ao público, concluindo que “tal tipo de divulgação faz parte do risco da atividade, sendo ínsitos os deveres de bem informar e de não enganar, de forma que há completa vinculação com o conteúdo divulgado”.

No REsp nº 1.655.731 – SC, a 3ª Turma do STJ se limitou a analisar a incidência do dano moral coletivo, embora tecendo algumas aproximações acerca do seu entendimento quanto ao conceito de publicidade abusiva. O STJ manteve a decisão do tribunal de origem que considera a publicidade abusiva “porque vulnera de forma injustificável, injusta e intolerável os valores sociais”, valores estes que, no caso, foram entendidos como “comportamentos positivos na relação paterno-filial”.

Outro caso em que o STJ reconheceu ser hipótese de publicidade abusiva, já mencionado no presente trabalho, é o do REsp nº 1.613.561 – SP (caso do “Mascote Sadia”), julgado em 25/04/2017, no qual a 2ª Turma entendeu abusiva a publicidade de alimentos direcionada, de forma explícita ou implícita, a crianças. O STJ cita, como precedente, decisão anterior da mesma Turma no REsp 1.558.086/SP, julgado em 15/04/2016, que também entendeu ser a publicidade abusiva “por utilizar ou manipular o universo lúdico infantil” – representando uma

tendência do tribunal em caracterizar publicidade de alimentos direcionada ao público infantil como abusiva.

Condicionar a interpretação da norma do art. 37 aos fatos e circunstâncias de cada caso concreto cria precedentes (ainda que não vinculantes) que respaldam as diferentes interpretações, o que, de um lado, pode ser positivo, por manter em aberto a interpretação da norma para que possa se estender a situações ainda não previstas em favor da proteção do consumidor, mas, por outro lado, admite decisões inconsistentes e maior discricionariedade dos juízes.

4. Críticas ao regime jurídico brasileiro de controle da publicidade de alimentos ultraprocessados.

Até aqui o presente trabalho buscou identificar as características do sistema de controle da publicidade no Brasil, mais especificamente com relação à publicidade de alimentos ultraprocessados, chegando às seguintes conclusões:

(i) que não há um entendimento pacífico, tanto pela doutrina quanto pelos tribunais, com relação à proteção constitucional da publicidade, em especial quanto a se a publicidade está protegida pela liberdade de expressão como direito fundamental, contudo, sendo possível concluir que, caso reconhecida a proteção, há uma tendência dos tribunais a reconhecê-la como liberdade de expressão comercial – conceito ainda não delimitado e definido, mas que leva a crer que pode se referir a uma categoria distinta da expressão, dotada de proteção menor do que o discurso não comercial;

(ii) que é praticamente pacífico, tanto na doutrina quanto nos tribunais, que a publicidade constitui instrumento da atividade econômica, protegido pela livre iniciativa, princípio que, por sua vez, deve ser interpretado à luz dos seus valores sociais, embora existam correntes distintas quanto à leitura da livre iniciativa como direito fundamental;

(iii) que, como todo direito, o direito à publicidade não é absoluto e, portanto, pode sofrer restrições, tendo a Constituição Federal previsto expressamente a possibilidade de restrições à publicidade de “produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (§3º, II), além da publicidade “de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias” (§4º), por meio de lei federal;

(iv) que, até o momento, inexistem restrições específicas, estabelecidas por meio de lei federal, à publicidade de alimentos ultraprocessados, valendo, para esta atividade, o controle por meio da autorregulamentação do CONAR e a proibição da publicidade enganosa e abusiva nos termos do art. 37 do CDC, cujas eventuais restrições somente podem ser avaliadas à luz do caso concreto, após a veiculação, por meio de denúncia aos órgãos competentes e por provocação do Poder Judiciário pelas entidades de proteção ao consumidor admitidas no CDC; e

(v) que o CONAR é constituído exclusivamente por agentes privados do mercado publicitário, por isso as suas decisões envolvem conflito de interesses econômicos quando se referem a denúncias por consumidores.

A partir das características específicas do sistema de controle da publicidade no Brasil, tecemos algumas reflexões sobre este sistema – conforme atualmente em vigor –, em especial se este se mostra suficiente para proteger a sociedade dos efeitos prejudiciais à saúde decorrentes da exposição à publicidade de alimentos ultraprocessados, à luz das informações fornecidas pela OMS/OPAS, a partir de evidências científicas aludidas acerca dos DCS.

4.1. Livre iniciativa e liberdade de criação versus o direito à saúde: algumas reflexões acerca do cabimento da ponderação de direitos.

Segundo a opinião do Ministro Relator Fachin no seu voto na ADI 5631, a publicidade constitui “instrumento da liberdade de iniciativa” e se encontra no âmbito da proteção da liberdade econômica e da liberdade de expressão, embora não tenha se posicionado quanto aos precisos contornos destes direitos²²¹. Pensando na publicidade como atividade econômica e que este conceito, inclusive as normas estabelecidas por meio da Lei de Liberdade Econômica (LLE), não devem ser interpretadas de forma destacada dos demais valores sociais e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal como um todo, a livre iniciativa não deve ser lida como um direito fundamental *per se*, mas apenas os seus valores sociais. Ana Paula Barcellos e Luís Roberto Barroso, ao comentarem a norma do inciso IV, do artigo 1º, da Constituição Federal, sustentam que a Constituição exige que o exercício da livre iniciativa, “mesmo que se cuide de direito tipicamente privado, atenda a uma finalidade social, gerando benefícios não apenas para o seu titular, mas também para toda a coletividade”.²²² Assim, a atividade econômica é livre desde que também gere benefícios para a coletividade. Se, ao contrário, a atividade econômica irrestrita beneficia o seu titular, mas prejudica a coletividade, então esta

²²¹ BRASIL. STF, Acórdão da ADI 5631, p. 21.

²²² BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. Os Valores Sociais da Livre Iniciativa. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Editora Saraiva. Edição do Kindle. Posição 7277.

atividade não mais estaria protegida como direito fundamental e deveria sofrer restrições para que passasse a atender a este objetivo.

O direito à saúde, por sua vez, constitui direito fundamental essencial ao direito à vida, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, que alicerça toda a gama de direitos fundamentais que compõem o texto constitucional. Para assegurar a redução do risco de doenças, o texto do art. 196 da Constituição Federal estabelece, ainda, que o Estado tem o dever de formular políticas sociais e econômicas.

No caso da publicidade de alimentos ultraprocessados, estudos embasaram o Marco de Referência da OPAS/OMS, que reconheceu a atividade como um dos fatores fundamentais de aumento do consumo destes alimentos, em razão do poder de influência que exerce ou é capaz de exercer na escolha dos consumidores²²³ – que não dispõem da informação adequada e clara quanto aos riscos à saúde deste consumo. Assim, tal publicidade contribui para a disseminação das DCNTs, na contramão dos esforços da OMS e dos governos para combater estas doenças – sendo caracterizada como um dos DCS. Desta forma, a publicidade de alimentos ultraprocessados constitui atividade econômica que beneficia a indústria sob a ótica da economia e do mercado, mas prejudica a saúde da sociedade (e, por consequência, também afeta negativamente a economia porque exige gastos maiores pelo Estado com o tratamento das doenças e outras consequências que envolvem os impactos na família das doenças e das mortes).²²⁴ Como toda atividade econômica lícita e regular, também favorece a sociedade, cumprindo a função social de gerar empregos e movimentar a economia. Mas tal característica não deve ser suficiente para justificar a sua liberdade irrestrita em função deste valor social,

²²³ Cf. Organização Pan-americana da Saúde, Marco de referência sobre a dimensão comercial dos determinantes da saúde..., Op. Cit., pp. 13-14, “*Evidências também demonstram que as indústrias de produtos não saudáveis podem influenciar as políticas públicas e a opinião pública de diferentes maneiras, além de utilizar práticas incisivas de marketing para aumentar muito rapidamente a venda de seus produtos não saudáveis em todo o mundo*”.

²²⁴ Cf. YACH, Derek, STUCKLER, David, BROWNELL, Kelly. *Epidemiologic and economic consequences of global epidemics of obesity and diabetes*. Nature Medicine. Volume 12, Jan/ 2016, p. 64. Segundo os autores, “*beyond the toll they take on the health and well-being of individuals, epidemic obesity and diabetes impose a considerable economic burden on societies. There is a well-established body of evidence that the medical and treatment costs for these conditions siphon considerable resources from health systems*” (p. 63); e, ainda, “*The burden of obesity and diabetes on health systems only reflects a fraction of the financial disruptions they cause to sick individuals, their families and communities. Empirical evidence shows that the full costs of diabetes accrue to society through lower returns on education, decreased household wages, earnings and incomes, increased premature retirement and unemployment, and higher dependence on welfare. Over time, these indirect impacts can be more costly than the conditions themselves.*”.

se, por outro lado, desequilibra a sociedade de outras formas que podem ser prejudiciais, violando valores previstos no art. 170 da Constituição. No RE 349.686, o STF entendeu que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. No caso, o Ministério das Minas e Energia proibiu a venda de combustível por transportador-revendedor-retalhista para evitar o comércio clandestino destes produtos – o que não foi entendido como ofensa ao princípio da livre iniciativa, na medida em que a Portaria do Ministério de Minas e Energia tinha como objetivo a defesa do consumidor, evitando o contrabando. Trata-se de atividade que gera empregos e movimentação a economia, mas, por outro lado, prejudica o consumidor e a própria economia e, por isso, teve a sua liberdade limitada, sem que isso ficasse entendido como violação da livre iniciativa, mas apenas uma medida para assegurar o seu valor social, à luz do art. 170 da Constituição.²²⁵

A experiência do Chile com a lei que restringe a publicidade de produtos de acordo com as advertências frontais também é interessante: os estudos analisados mostram que tais restrições na publicidade não afetaram substancialmente a economia, a geração de empregos e a taxa de renda das pessoas, pois os desempregos foram absorvidos por outras indústrias que não geram o mesmo impacto na saúde pública.²²⁶

Assim, diante da leitura conjunta da perspectiva da publicidade de alimentos ultraprocessados como DCS e dos valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro²²⁷, poder-se-ia indagar se essa atividade se encontra protegida pela livre iniciativa como direito fundamental *prima facie*. Não

²²⁵ BRASIL. STF, Recurso Extraordinário No. 349.686-7 -PE, Min. Rel. Ellen Gracie, J. em 14/06/2005. DJ 05/08/2005.

²²⁶ PARAJE, Guillermo *et al.* *The effects of the Chilean food policy package on aggregate employment and real wages.* Food Policy. Vol. 100, 2021, 102016. p.8. Disponível em: <<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0306919220302220?token=A5098330BA4D0612CF7E46755DBEFB34086333D9F09C4FFEB4FD91D2FA82959B5BEA67D64A0C12665DFFC3B51B4BF1B1&originRegion=us-east-1&originCreation=20220309143343>>. Acesso em: 08 mar. 2022, concluíram que “*the lack of significant effects on aggregate employment and real wages may suggest that companies in the food and beverage industries have a potential for labor substitution and internal labor reallocation. That is, if consumers shift to products without FOP warning labels, multiproduct firms internally reallocate workers to the production of the more popular goods.*”

²²⁷ que inclui valores como igualdade (de oportunidade e de participação econômica e social); a livre concorrência (para impedir o abuso do poder econômico); a proteção aos consumidores (com o objetivo de compensar a desigualdade em face do fornecedor); e o desenvolvimento sustentável (aproximar meio ambiente do desenvolvimento econômico e qualidade de vida), cf. BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Os Valores Sociais do Trabalho. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil.* Edição do Kindle. 2018.. Posição 7080/7088.

há interesse aqui em se tomar uma posição acerca dos limites internos e limites externos dos direitos fundamentais, mas vale expor que não seria implausível, a partir de estudo específico e aprofundado do tema, posteriormente, se analisar, quando se trata de publicidade de alimentos considerados nocivos à saúde, se essa atividade se encontraria protegida pela livre iniciativa e pela liberdade de expressão como direitos fundamentais *prima facie*. Isso porque, a atividade de produção e comercialização destes produtos, considerados lícitos, encontra-se protegida pelo direito – enquanto parte da cadeia econômica, gerando empregos e movimentando a economia –, mas a publicidade, como um acessório do direito, uma ferramenta que impulsiona o consumo, por todos os motivos expostos, gera dúvidas.

Não obstante, a própria Constituição Federal previu expressamente a norma do art. 220 § 3º, II e §4º, da qual se infere, conforme sustenta Daniel Sarmiento, “uma autorização para que o legislador busque, através da regulação da propaganda, desestimular o consumo de determinados produtos de efeitos deletérios sobre a saúde humana e meio ambiente, como o tabaco”.²²⁸

Ainda, no entender de Bruno Miragem,

a atividade publicitária não pode ser mecanismo da lesão a direitos fundamentais. Ao contrário, no exercício das liberdades que fundamentam o exercício desta atividade legítima, de fins econômicos, há de se exigir sua conformação com outros direitos e liberdades fundamentais, de modo a prevenir-se sua colisão.

E, por este motivo, “a própria Constituição expressamente prevê uma hipótese específica – embora não seja a única – de limite à atividade publicitária” – qual seja: a hipótese prevista no art. 220, §3º, II.

Seria possível sustentar, com isso, que restrições à publicidade de produtos nocivos visando a redução no seu consumo em favor da promoção e proteção da saúde não necessariamente representam uma colisão entre o direito fundamental à saúde e o direito à publicidade como valor social da livre iniciativa, inexigindo, na hipótese, a ponderação entre os direitos? Esta visão estaria em linha com o pensamento de Neto e Sarmiento, que defendem que em algumas situações pode se chegar à conclusão de que uma das normas constitucionais em debate não incide sequer *prima facie*, não havendo necessidade de ponderação. Os autores citam o

²²⁸ SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 220 – Da Comunicação Social – da Constituição Federal. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Edição do Kindle. 2018. Posição 107018

exemplo da responsabilização de alguém que explodiu uma repartição pública para protestar contra o governo. No caso, não haveria colisão entre a liberdade de expressão e o direito à vida, à segurança ou à tutela do patrimônio público, porque, em que pese a liberdade de expressão proteger condutas de protesto, certamente não abrange a explosão de um prédio público, motivo pelo qual sustentam que a liberdade de expressão simplesmente não se aplica à hipótese.²²⁹

A mesma lógica poderia ser aplicada à proteção da publicidade pela liberdade de expressão? O conteúdo da publicidade – as mensagens, desenhos gráficos e obras audiovisuais que veiculam a publicidade ou que estão contidas nas campanhas e produtos, conforme o caso – são protegidos pela liberdade de expressão e criação artística, mas, a proteção por esse direito se estenderia à publicidade considerada ilícita ou que veiculasse mensagem ilícita – aí não incluídas mensagens que não cumpram o propósito da proteção do consumidor, não o informando adequadamente quanto aos riscos que o consumo do produto ou serviço possam oferecer à sua saúde²³⁰? Estando em desacordo com os pressupostos do dever de informação adequada e da proibição da publicidade abusiva ou enganosa, a liberdade de expressão, que protege as mensagens criativas, desenhos gráficos, ou obras audiovisuais que compõem a publicidade, incidiria *prima facie* sobre o direito à publicidade na hipótese? A mesma dúvida se aplicaria ao caso de se entender a própria publicidade como protegida pela liberdade de expressão comercial – que mais ou menos corresponde à mesma coisa: a liberdade de comunicação das empresas de veicularem anúncios sobre seus produtos.

Em tese, todas as expressões que emitimos estariam protegidas pela liberdade de expressão, qualquer que seja o seu conteúdo ou seu meio de transmissão²³¹. Porém, a esta regra geral se opõem diversos limites e restrições²³². As expressões que, como tais, incitam a realização de condutas que podem

²²⁹ NETO, Claudio Ferreira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Editora Forum, Belo Horizonte, 2017. p. 518.

²³⁰ Conforme Nelson Nery Jr., “basta, portanto, a tão só potencialidade de perigo de indução do consumidor em erro, para que se caracterize a publicidade como enganosa, sendo desnecessário o engano e o prejuízo efetivo. Em se tratando de anúncio ambíguo, basta que um dos sentidos seja enganoso para que toda a publicidade se caracterize como enganosa. A publicidade *falsa* pode ser verdadeira, mas, ainda assim, ser considerada como enganosa, se omitir dado essencial para aquele anúncio publicitário.” In JUNIOR, Nelson Nery. O Regime da publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 15. Jul/Set 1995.

²³² Cf. MELLO, Rodrigo Gaspar. *Liberdade de Expressão*. Honra e Censura Judicial. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019. pp. 332-333.

determinar responsabilidades jurídicas para quem as emite e/ou produzir efeitos danosos sobre bens juridicamente protegidos podem, segundo Miguel Carbonell, configurar expressões fora do âmbito da proteção pelo direito à liberdade de expressão.²³³ Para ilustrar, Carbonell cita o exemplo apresentado pelo juiz da Suprema Corte americana, Oliver Wendell Holmes, no caso *Schrenk*, de quando uma pessoa grita ‘fogo!’ dentro de um teatro abarrotado. No caso, a pessoa “não está exercendo sua liberdade de expressão somente, mas está colocando em perigo a integridade física de quem se encontra no seu interior”, pois provavelmente as pessoas que escutarem o grito vão sair correndo em pânico para encontrar a saída²³⁴. Outro tipo de conduta expressiva que produz efeitos danosos a bens juridicamente tutelados, citada pelo autor, ocorreria quando uma pessoa não apenas emite seu ponto de vista nas ruas sobre a inferioridade de certo grupo racial – expressão que estaria dentro da proteção da liberdade de expressão –, mas incita seus ouvintes a irem atrás de um membro desta raça supostamente inferior e a submete-lo a algum tipo de violência; nesta hipótese, a expressão não estaria protegida pela liberdade de expressão. Assim, dependendo do tipo de conduta que a expressão incita, ou, talvez, dos danos que a conduta incitada pela expressão ou discurso causam a outros direitos protegidos às pessoas ou à sociedade, seria possível restringir ou excluir tal expressão da proteção pela liberdade de expressão. A interpretação de Bruno Miragem com relação à norma do art. 220 § 3º, II, da Constituição, aponta para a mesma direção: segundo o autor, no caso, a norma existe porque “os produtos, práticas e serviços é que serão nocivos e por isso deve haver meios legais de proteção em relação a eles, não a publicidade em si” – o que não invalida que outros limites sejam reconhecidos a partir da “proteção a direitos fundamentais que eventualmente possam ser objeto de lesão por parte da própria mensagem publicitária e não dos produtos e serviços objeto aos quais ela se refira”.²³⁵

Entendendo-se, por outro lado, por um direito *prima facie* à publicidade de alimentos ultraprocessados que conflita com o direito à saúde e à vida, seria

²³³ CARBONELL, Miguel. *El Fundamento de la Libertad de Expresión en la Democracia Constitucional*. Biblioteca Jurídica Virtual do Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidade Nacional do México, 2014. p. 86.

²³⁴ Ibid. p. 87.

²³⁵ MIRAGEM, Bruno. *A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente* (Conanda). Parecer encomendado pelo Instituto ALANA. São Paulo, 2014. p.12. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022.

possível concluir que o conflito já teria sido solucionado pelo próprio legislador constitucional, ao autorizar medidas restritivas nos termos do art. 220 § 3º, II da Constituição, desde que evidenciado que estes alimentos constituem produtos nocivos à saúde²³⁶(já que não se encontram elencados expressamente no artigo, como acontece, por exemplo, com o tabaco - art. 220, § 4º)?

Virgílio Afonso da Silva²³⁷ se baseia numa premissa um pouco mais abrangente da leitura dos direitos fundamentais, no sentido de que “direitos fundamentais têm um suporte fático e âmbito de proteção amplos”. Entende o autor que o direito à publicidade é garantido por uma leitura extensiva das normas constitucionais contidas no art. 5º, IV (liberdade de expressão) e IX (liberdade de comunicação) e no art. 220 (liberdade de imprensa), além das normas sobre livre iniciativa, contidas, por exemplo, no art. 170, *caput*, existindo um direito *prima facie* à publicidade. Nessa visão, sempre que o direito à publicidade colide com o direito à saúde, há necessidade de se realizar uma ponderação para avaliar qual direito deve prevalecer no caso concreto. Mas, ainda nesta visão, a regra do art. 220 § 3º, II da Constituição poderia ser entendida como resultado de tal ponderação e justificar uma lei federal regulamentando restrições à publicidade de tais produtos?

Para Virgílio Afonso da Silva²³⁸, eventual lei que viesse a regular a publicidade destes produtos precisaria passar pelo teste da proporcionalidade, na medida em que “as restrições legais a algum direito previsto constitucionalmente serão consideradas como constitucionais se, além de respeitarem os requisitos de forma e competência, passarem no teste da proporcionalidade”, exigindo a análise quanto à “adequação da medida restritiva adotada, de sua necessidade e, por fim, de um sopesamento entre os direitos envolvidos”, sendo que o sopesamento “implica um exame comparativo entre os graus de restrição e realização desses mesmos direitos”. Segundo Neto e Sarmento, o Judiciário deve adotar uma “posição de autocontenção e deferência” com relação a ponderações realizadas pelos demais poderes²³⁹. Para os autores, eventual invalidação ou não aplicação de

²³⁶ NETO, Claudio Ferreira de Souza; SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 496. Segundo os autores, “quando se fala em colisão entre normas constitucionais, pensa-se logo no juiz como responsável pela sua solução. Contudo, tal equacionamento não é monopólio jurisdicional. O legislador, ao editar normas jurídicas, também soluciona, em abstrato, certas colisões, ponderando interesses.”

^{237 237} SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil*. Parecer encomendado pelo Instituto Alana, São Paulo, 2012, Op. Cit., pp. 16-17.

²³⁸ Ibid. p. 21.

²³⁹ NETO, Claudio Ferreira de Souza; SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 524.

decisões ponderativas dos demais poderes somente deveria ocorrer em caso de erro de sopesamento grave, como, por exemplo, “em situações que envolvam grupos minoritários vulneráveis, ou que versem sobre direitos fundamentais básicos, que possam ser vistos como pressupostos da democracia ou componentes essenciais da dignidade humana”²⁴⁰.

Não obstante as diferentes visões, uma lei que venha a ser elaborada deve respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade – este último, em sentido estrito, significando que “o grau de realização do direito a ser fomentado” justifique “o grau de restrição ao direito atingido”²⁴¹, sendo certo que eventual omissão, em tese, poderia ser levada ao Poder Judiciário, por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) já foi utilizada para buscar sanar omissão legislativa parcial do Poder legislativo, na ADO 22 do Distrito Federal (ADO22), julgada em 22/04/2015, que teve como requerente o Procurador-Geral da República e como intimados o Presidente da República e o Congresso Nacional. A ação teve como objetivo sanar omissão legislativa parcial pela Lei Federal 9.294/96, que estaria em desacordo com o comando constitucional previsto no art. 220 §4º. O preceito constitucional, como já mencionado, determina que “a propaganda de bebidas alcóolicas estará sujeita a restrições legais, incluída advertência, sempre que necessário, sobre os malefícios decorrentes do seu uso” (p. 3 do inteiro teor do acórdão). No entanto, a Lei 9.294/96, que cuida da matéria, apenas restringiu a propaganda de bebidas alcóolicas com teor alcóolico superior a treze graus Gay Lussac (13º GL), excluindo, assim, do âmbito das restrições, a publicidade de bebidas como cervejas e vinhos. No caso sob análise, o STF julgou improcedente a ação, entendendo que não houve omissão inconstitucional. A relatora, Ministra Carmen Lúcia, após ouvir os intimados e diversos *amici curiae* no processo, observou que

²⁴⁰ NETO, Claudio Ferreira de Souza; SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 524. Segundo os autores, a postura de deferência se justifica por dois fundamentos: (i) por força do princípio democrático, que exige ampla liberdade de conformação para os poderes eleitos; e (ii) em situações que envolvam conhecimento técnico não jurídico especializado, o órgão que realizou originariamente a ponderação geralmente dispõe de maior capacidade institucional do que o Judiciário.

²⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.311*, p. 18. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

Está demonstrado nos autos ter sido a matéria relativa à propaganda de bebidas alcoólicas objeto de amplos debates em ambas as Casas do Poder Legislativo brasileiro, que, no exercício de sua função legislativa, nos sete anos durante os quais tramitou o Projeto de Lei n. 4.556/1989, observou as normas do devido processo legislativo e, de forma legítima, aprovou a lei formal exigida pelo art. 220, § 4o, da Constituição da República: Lei n. 9.294/1996. (p. 42 do acórdão)

Em complemento, a Ministra entende que, no caso concreto, reconhecer a insuficiência da Lei 9294/96 nos termos postos pelo requerente significaria “ultrapassar a barreira que fundamenta o princípio da separação dos poderes (...) e, ainda, desconsiderar a validade também das normas criadas pelo CONAR”. (p. 43 do acórdão). Segundo seu voto, a alegação do autor de que a publicidade das bebidas com teor alcoólico inferior a 13º GL permanece sem qualquer regulamentação ou restrição legal é improcedente porque não se pode “desconsiderar a existência de normas infraconstitucionais regularmente aprovadas pelo Poder Legislativo federal e de normas validamente estabelecidas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária” (p. 43 do acórdão).

Assim, no caso específico, a ADO 22 julgou improcedente a alegada omissão legislativa parcial ou insuficiência da Lei 9294/96, mas o STF, para chegar a esta conclusão, analisou a fundo a situação que envolvia o caso concreto, os argumentos e informações trazidos pelas partes da ação e demais interessados e as normas infraconstitucionais que tratam do tema. Caso os fatos do caso concreto tivessem se direcionado para uma conclusão diversa pelo Supremo – ou seja: de que houve omissão inconstitucional na elaboração da lei, que mantivesse a sociedade desprotegida dos efeitos nocivos à saúde causado pela publicidade de bebidas com teor alcoólico inferior a 13ºGL – seria não razoável cogitar que a decisão do STF pudesse ser diferente, no sentido de exigir do Congresso Nacional que suprimisse a omissão inconstitucional, como fez, por exemplo, na ADO 26, que será analisada mais adiante no capítulo 5?

O tema traz interessantes reflexões que não pretendemos responder no presente trabalho, mas certamente merecem ser estudadas em trabalho específico.

4.2. A questão do particularismo jurídico adotado pelo Código de Defesa do Consumidor

Como já mencionado, o CDC introduziu noções importantes para o controle da publicidade pelo direito. A *ratio* que se pode extrair do art. 36, § único, por exemplo, pressupõe a impraticabilidade (e injustiça) em se esperar que o consumidor efetue milhares de testes com produtos ou serviços como forma de verificação da veracidade da informação publicitária a ele dirigida, exigindo esta atitude do próprio anunciante, previamente à divulgação do anúncio (o anunciante de um produto ou serviço deve recolher e reunir dados objetivos que deem sustentação ao que alega). Da mesma forma, inserida no conceito de publicidade enganosa, prevista no art. 37 do CDC, está a premissa de que esta provoca uma distorção no processo decisório do consumidor, induzindo o consumidor a erro, pois acaba adquirindo produtos ou serviços que provavelmente não adquiriria se estivesse melhor informado, garantindo, desta forma, ao consumidor, o direito de não ser enganado.²⁴² No tocante à publicidade abusiva, o vício está no anúncio, na informação veiculada, não atingindo o consumidor individualmente, mas a todos indistintamente, de forma difusa. A publicidade abusiva, entretanto, por repercutir na coletividade, é difícil de ser controlada e a sua reparação, de ser quantificada, embora a defesa do consumidor difuso possa ser feita por entes e órgãos públicos, em especial o Ministério Público, e por associações de defesa do consumidor legitimadas.²⁴³

Além disto, em seu artigo 6º, inciso VI, o CDC prevê como um dos direitos básicos do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Dante Ponte de Brito e Ana Luiza Masstalerz apontam que, além do caminho da reparação dos danos, na perspectiva consumerista a função preventiva da responsabilidade civil também constitui caminho lícito e condizente com o direito fundamental da defesa do consumidor disposto no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, afirmando, neste sentido, que “o legislador infraconstitucional elucida seu objetivo de tutela do consumidor por meio da função preventiva de danos, inclusive os de ordem extrapatrimonial”, podendo adotar medidas preventivas em atuação complementar à função

²⁴² GRINOVER, ADA Pellegrini *et al.*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Volume único. 12ª Ed. Forense, RJ, 2018. p. 338.

²⁴³ MAZON, Marília, O Controle e a Prevenção do Dano ao Consumidor Perante a Publicidade Abusiva, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 78, abril-junho, 2011.

reparatória.²⁴⁴ Ada Pellegrini *et al.* observam que art. 6º, VI, do CDC imputa enorme responsabilidade ao Poder Público no aspecto da prevenção de danos ao consumidor. Um exemplo citado pelos autores é o de quando a ANVISA não autoriza desde logo a fabricação de determinado medicamento cujo fator de risco suplanta o fator benéfico, obtendo-se aí o efeito preventivo da proteção à saúde do público consumidor em geral. Este dispositivo, segundo os autores, deve ser lido em conjunto com o art. 55 do CDC que trata dos aspectos administrativos da defesa do consumidor no âmbito desta premissa da prevenção aos danos. Nessa atuação preventiva, o art. 55 §1º estabelece que a União, os estados e municípios devem fiscalizar e controlar a

produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação, do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

Em que pesem as inovações trazidas pelo Código, contudo, inexistem restrições claras e definidas aplicáveis especificamente à publicidade de outros produtos nocivos à saúde que não sejam tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos e terapias – produtos elencados no § 4º do art. 220 da Constituição. Na prática, a ilicitude da publicidade fica sujeita à identificação de eventuais elementos que possam configurar abusividade ou enganiosidade, somente após a sua veiculação, privilegiando a atuação reparatória e não preventiva. Por não existir regulação específica que determine restrições prévias à publicidade destes produtos, o sistema exige que o próprio consumidor fiscalize a prática e denuncie as peças publicitárias que suponha sejam enganosas ou abusivas. Por isso, os casos de enganiosidade e abusividade não abarcam uma atividade publicitária possivelmente prejudicial à saúde completa, mas apenas mensagens específicas e o seu potencial de lesão ao consumidor por força do conteúdo das mensagens.

Assim, a proibição de publicidade “enganosa” ou “abusiva” foi um passo fundamental, mas ainda insuficiente (ou ao menos limitado), por deixar a cargo dos aplicadores do direito delimitar o seu sentido e alcance, o que pode gerar interpretações distintas e eventualmente conflitantes nos casos concretos, em

²⁴⁴ Brito, Dante Ponte de, Aragão, Ana Luiza Masstalerz Pires. Responsabilidade civil pela veiculação de publicidade infantil no YouTube: análise jurisprudencial e doutrinária do Caso Mattel. *Revista de Direito do Consumidor* V. 139. Jan/Fev 2022.

especial porque há no Brasil um problema na qualidade dos julgamentos, especialmente quando interpretam normas jurídicas abstratas, como os conceitos de abusividade e enganabilidade. Há uma falta de comprometimento dos juízes com a pureza dos conceitos, de forma a estabelecer contornos jurídicos precisos e bem fundamentados, com o objetivo de fornecer verdadeiras interpretações claras da norma jurídica à sociedade. Aliado a isto, as decisões judiciais muitas vezes são impregnadas de discursos políticos. Talvez esta falta de comprometimento dos juízes com uma fundamentação das decisões de forma a apresentarem posições claras e que forneçam previsibilidade e segurança jurídica se veja facilitada pelo fato de as decisões no Brasil não serem dotadas de efeito vinculante e, com isso, reduz a responsabilidade dos juízes em emitirem decisões “ruins”; em se posicionarem firmemente em relação aos contornos jurídicos de conceitos indeterminados, como o da publicidade abusiva e enganosa, já que não vincularão casos futuros e somente serão aplicáveis ao caso concreto, inclusive facilitando julgamentos parciais.

Como mencionado no subcapítulo 3.4. do capítulo anterior, o enunciado do art. 37 e seus parágrafos que tratam da publicidade enganosa e abusiva envolvem noções abstratas como “informação considerada inteira ou parcialmente falsa”; informação que “seja capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço”; “quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”; “dado essencial do produto ou serviço”; e mensagem publicitária que seja “capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. Assim, na análise de cada peça publicitária que se suponha seja abusiva ou enganosa, após a sua veiculação, no sistema vigente, não havendo restrições específicas estabelecidas previamente por meio de lei, caberá ao julgador aferir se a mensagem se enquadra em algum destes conceitos, e, nesta análise, decidirá sobre o seu entendimento sobre a norma jurídica aplicável. Ainda que a doutrina estabeleça alguns parâmetros para delimitar o que poderia ser essa mensagem capaz de induzir o consumidor a erro e quais seriam as informações que necessariamente devem constar da publicidade do produto ou serviço de forma a evitar a publicidade abusiva ou enganosa, oferecendo caminhos para a interpretação jurídica pelos magistrados, ao final caberá a estes definirem tais conceitos. Como no sistema judicial brasileiro as decisões não produzem efeito vinculante, ainda que estes magistrados se utilizem ou possam se

utilizar de argumentações similares em casos equiparáveis anteriores, o sistema admite maior discricionariedade dos juízes em cada decisão e com isto, pouca previsibilidade.

Portanto, de acordo com esse sistema, os efeitos prejudiciais da exposição da sociedade à publicidade enganosa, abusiva ou que não disponha claramente de todas as informações essenciais para a adequada formação da escolha do consumidor (art. 31 CDC) dificilmente são evitados.

Para ilustrar, vale citar o exemplo a seguir. Em 2017, a 2ª Turma do STJ, no REsp nº 1.613.561/SP, decidiu que a campanha publicitária do “Mascote Sadia” era abusiva à luz do art. 37, § 2º, do CDC, por manipular o universo lúdico infantil. Neste caso específico, o produto objeto da campanha (alimentos frigoríficos) era voltado a um público adulto, mas o STJ entendeu que a publicidade em si era dirigida ao público infantil, reformando a decisão do TJSP, que havia interpretado como não abusiva a campanha publicitária. No entanto, dois anos depois, em 2019, a 4ª Turma do STJ, ao julgar um caso praticamente igual, não seguiu o mesmo entendimento da 2ª Turma, e manteve a decisão do TJSP que interpretou como não abusiva a campanha publicitária de uma empresa de sucos, argumentando que se tratava de “produto que não é comumente adquirido por crianças e sim por seus pais ou responsáveis. Portanto não há que se falar que o publico alvo é um grupo hipossuficiente”²⁴⁵.

Anteriormente ao primeiro caso, em março de 2016, a 2ª Turma do STJ já havia condenado uma empresa de alimentos (biscoitos, bolos etc.) por publicidade abusiva em razão de campanha de marketing dirigida ao público infantil, segundo a qual, na compra de 5 biscoitos da linha “Gulosos” da marca, e mais o valor de R\$5,00 (cinco reais), o consumidor receberia/ganharia um “relógio do Shrek”, conhecido personagem de animação, mantendo a decisão do TJSP²⁴⁶. A diferença deste último caso para o caso do “Mascote Sadia” é que o produto objeto desta campanha era voltado ao público infantil. Embora a 2ª Turma do STJ tenha condenado ambas as campanhas publicitárias como abusivas por se dirigir ao

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo - TJ-SP - APL: 00081961420118260053 SP 0008196-14.2011.8.26.0053, Relator: Marcelo Berthe, Data de Julgamento: 10/02/2014, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/02/2014.

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo - TJ-SP. Recurso Especial: REsp nº 1558086. Relator: Ministro Humberto Martins, Data do Julgamento:10/2016, T2 – Segunda Turma. Data da Publicação: 15/04/2016.

publico infantil, utilizando-se indevidamente de seu universo lúdico, as decisões do TJSP em ambos os casos foram distintas – isto é: se as ações não tivessem sido analisadas pelo STJ, as decisões do TJSP prevaleceriam, sendo inconsistentes.

Vale citar outro exemplo. Dois recursos especiais diferentes tratam do mesmo tema: a interpretação do dever de informação assegurado pelo art. 31 do CDC com relação à presença do glúten nos alimentos e advertência quanto à substância ser prejudicial aos portadores da doença celíaca – e ambos foram julgados no mesmo ano (2018), por Turmas diferentes do STJ. No REsp nº 1.531.559 – MS, o STJ analisou ação proposta pela Associação dos Aposentados e Pensionistas de Campo Grande e Mato Grosso do Sul contra empresa de alimentos que não apresentava na embalagem dos produtos a informação sobre a presença ou não de glúten, exigindo que, além desta informação, a empresa inserisse a advertência de que o "glúten é prejudicial ao doente celíaco". O STJ entendeu que as expressões "contém glúten" ou "não contém glúten" são suficientes para a advertência aos consumidores, mantendo o entendimento do tribunal de origem no sentido de que “o portador da chamada doença celíaca é sabedor dos malefícios que o glúten causa à saúde dele, sendo desnecessária a inserção da informação”. Ao decidir, o Ministro Relator informa que esta é a posição da Corte sobre o assunto e, para fundamentar, apresenta decisão anterior no mesmo sentido (REsp 1.515.895/MS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 6/12/2016). No outro recurso especial, nº 1.475.915 – MS, a mesma Associação dos Aposentados e Pensionistas de Campo Grande e Mato Grosso do Sul ajuizou ação contra outra empresa de alimentos, realizando o mesmo pedido. O STJ, por sua vez, fez outra leitura do art. 31 do CDC, entendendo que “não há o cumprimento do dever geral de informação quando o fornecedor faz constar, apenas, a expressão ‘contém glúten’, sendo necessário o complemento alertando acerca da prejudicialidade do produto ao consumidor celíaco”. Na sua fundamentação, o Ministro Marco Buzzi afirma que a sua decisão corresponde à jurisprudência do STJ, citando várias decisões anteriores que seriam nesta mesma linha. O exemplo é interessante para ilustrar o assunto sob reflexão, pois que nenhum dos acórdãos admite entendimento diferente de acordo com as circunstâncias do caso concreto, limitando-se, os dois, a manifestar que, de forma geral – no assunto referente à necessidade de informação quanto à presença de glúten nos alimentos –, a sua decisão estava de acordo com o posicionamento do STJ. A previsibilidade quanto a se o direito brasileiro exige que,

no rotulo de um alimento que contenha glúten conste também advertência de que a substância é prejudicial aos portadores da doença celíaca parece depender de qual a composição de Ministros responsável por analisar cada caso no STJ, na medida em que há precedentes para fundamentar as duas interpretações possíveis.

Essa cultura do particularismo jurídico – que privilegia a interpretação da aplicação da norma às circunstâncias de cada caso concreto, ao invés de estabelecer regras ou critérios claros, precisos, aplicáveis de forma isonômica e universal, a casos equiparáveis – permite que sejam produzidas decisões hipoteticamente mais justas, por levar os juízes a considerarem particularidades que normas vagas e abstratas não são capazes de prever, mas, ao mesmo tempo, amplia o risco de arbítrio judicial, por não haver muito de concreto que ao menos condicione o juiz a decidir de determinada forma, além de prejudicar a previsibilidade do Direito, comprometendo a segurança jurídica do cidadão.²⁴⁷ Fabio Leite sustenta que “as decisões que analisam a questão jurídica apenas à luz de um caso concreto são problemáticas por uma série de motivos”. Dentre os motivos, destaca que as decisões não formam jurisprudência, por não envolverem um compromisso dos magistrados em tomar uma posição sobre a controvérsia jurídica para o julgamento de casos futuros, a fim de “firmar um entendimento sobre a questão, e não apenas decidir o caso concreto”. Além disto, as decisões “conferem uma enorme discricionariedade ao magistrado para decidir a favor de qualquer um dos direitos em conflito”.²⁴⁸

Em decorrência da imprevisibilidade do Direito, este sistema de controle acaba deferindo às próprias agências de publicidade juntamente com os anunciantes a responsabilidade de avaliarem, com base nas noções abstratas estabelecidas no art. 31 e no art. 37 do CDC e em decisões judiciais existentes sobre o tema – que não geram precedentes vinculantes (sendo, portanto, meras opiniões nos casos concretos, que podem variar caso a caso) –, os riscos que assumirão caso as campanhas que pretendem divulgar venham a ser impugnadas e sejam condenados e desembolsar valores a título de reparação. Na prática, como o processo judicial

²⁴⁷ NETO, Claudio Ferreira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Editora Forum, Belo Horizonte, 2017. p. 521.

²⁴⁸ LEITE, Fabio Carvalho. Nem todo case é um hard case: reflexões sobre a resolução dos conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade no Brasil. In Coord. ABREU, Célia Barbosa et al. *Debates sobre Direitos Humanos Fundamentais*. Vol. 1. Gramma, Rio de Janeiro, 2017, pp. 227-228.

leva tempo, a publicidade dificilmente será retirada do ar no período previsto para sua divulgação. E, para que seja concedida a suspensão da exibição por meio de liminar, a campanha precisaria ser extrema e indubitavelmente abusiva ou enganosa, a ponto de um juiz entender antes do julgamento do mérito que o caso é de indiscutível “fumaça do bom direito” e “perigo na demora”, o que dificilmente acontecerá. Por isso, na prática, os anunciantes acabam sendo levados a realizar uma ponderação entre os riscos financeiros de eventual condenação e os possíveis ganhos com as estratégias de marketing que pretendem anunciar. Geralmente os valores das condenações são baixos se comparados com as receitas das *Big Food Companies*.²⁴⁹ Assim, em uma visão puramente de negócios, poderia se dizer que “vale a pena” para essas empresas a manutenção deste tipo de sistema, uma vez que não impõe restrições efetivas à sua liberdade de comunicar o que pretendem e na forma que pretendem, mas tão somente possíveis ônus financeiros posteriores.

Essa cultura parece favorecer, na prática, as indústrias envolvidas, que se veem livres para lançar suas campanhas publicitárias, sendo que eventuais condenações virão após os objetivos serem alcançados, sem formar jurisprudência que restrinja as campanhas seguintes, de forma preventiva. O alerta para este fato foi veiculado por meio do Marco de Referência da OPAS, que, no levantamento acerca dos DCS, informa que “estudos apontam que as indústrias de produtos não saudáveis têm um poder econômico que lhes permite influenciar políticas, pesquisas e práticas de saúde pública”. O documento esclarece que o poder destas indústrias influencia as preferências da sociedade inclusive quanto a escolha do ambiente jurídico para lidar com o seu consumo, sendo que o nível de consumo está diretamente relacionado à existência ou não de políticas públicas nos países, afirmando que:

o nível de consumo de produtos não saudáveis está ligado à existência ou não de políticas públicas para lidar com esse consumo nos países. De acordo com Madureira e Galea, o poder das indústrias de produtos não saudáveis pode ser exercido por meio do ambiente político, da formação de preferências, do ambiente de conhecimento, do ambiente jurídico e extrajurídico. Essas práticas estão

²⁴⁹ A receita da Nestlé, por exemplo, em 2021 foi de USD94,59 bilhões, conforme noticiado pela CNN Brasil, na matéria: “Receita da Nestlé cresce 3,3% e atinge US\$ 94,5 bilhões no acumulado de 2021”, disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/receita-da-nestle-cresce-33-e-atinge-us-9459-bi-no-acumulado-de-2021/#:~:text=Valores%20a%20Receber,Receita%20da%20Nestl%C3%A9%20cresce%203%2C%25%20e%20atinge%20US%24,bilh%C3%B5es%20no%20acumulado%20de%202021&text=A%20Nestl%C3%A9%20informou%20nesta%20quinta,francos%20su%C3%AD%20no%20ano%20anterior>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

relacionadas com os interesses comerciais dessas corporações que nem sempre são alinhadas aos objetivos das políticas públicas, em especial as relacionadas à saúde.
250

Vale ressaltar que o consumidor é parte vulnerável na relação com o fornecedor – sendo presumida a sua vulnerabilidade informacional, nos termos art. 4º, I, do CDC²⁵¹. Isso significa, que não dispõe de meios de obter as informações adequadas para avaliar a nocividade dos produtos e da própria campanha em sua vida. Como o sistema depende de denúncia, acaba que associações não governamentais como o IDEC se organizam para realizar um papel de proteção do consumidor que caberia ao Estado, especialmente tratando-se de saúde. Entretanto, estas associações não dão conta de defender os consumidores de forma suficiente, na medida em que a sua atuação é pontual, além do que são poucas e dispõem de recursos limitados para defender a sociedade brasileira na sua totalidade contra potenciais danos causados por toda uma poderosa indústria. Além disto, segundo o art. 55 do CDC, esta é uma função da administração pública.

Diante deste cenário, aliado aos comentários já realizados nos capítulos anteriores, nos parece que o sistema de controle da publicidade de alimentos ultraprocessados no Brasil, que associa (i) a inexistência de regulação específica que imponha restrições prévias às estratégias de publicidade destes alimentos, à (ii) cultura jurídica brasileira do particularismo nas decisões que envolvem a interpretação de normas vagas e abstratas, se mostra insuficiente para defender os consumidores contra as influências que sofrem em razão da publicidade abusiva ou enganosa veiculada por anunciantes. A autorregulamentação do CONAR parece também contribuir para a manutenção deste cenário jurídico insuficiente.

4.3. A parcialidade e a insuficiência do CONAR

Por inexistirem regras claras e previamente definidas aplicáveis à publicidade de alimentos não saudáveis, as decisões do Conselho do CONAR, assim como as do Poder Judiciário, ficam restritas às interpretações subjetivas dos julgadores em cada caso concreto, com vinculação apenas *inter partes*, sem estabelecer parâmetros específicos e também sem se basear em critérios decisórios

²⁵⁰ Organização Pan-americana da Saúde, Marco de referência sobre a dimensão comercial dos determinantes da saúde, pp. 13-14.

²⁵¹ MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, pp. 124-125.

claros, muito menos atuam de forma a estabelecer critérios para prevenir danos futuros ao consumidor, na medida em que a sua atuação tem como princípio assegurar a ética na atividade publicitária e não defender os direitos dos consumidores, conforme discorrido no capítulo anterior.

Essa falta de regras e critérios previamente definidos, como já defendemos, amplia os poderes discricionários dos julgadores nos casos concretos, pois se veem livres para interpretar cada campanha ou peça publicitária, de forma subjetiva, admitindo decisões conflitantes ou inconsistentes e assegurando pouca previsibilidade do Direito e insegurança jurídica aos consumidores.

Em que pese o fato de o CONAR ter um Conselho de Ética que analisa e julga casos de denúncias de peças publicitárias consideradas enganosas ou abusivas, muitas vezes determinando advertências aos anunciantes, propondo alterações ou sustações das peças, a autorregulamentação do CONAR apresenta alguns problemas. Em primeiro lugar, trata-se de autorregulamentação exclusivamente privada, no sentido de que somente os partícipes privados têm voz, não se fazendo, portanto, pelo ângulo do consumidor e não contemplando a representação de interesses alheios à publicidade (i.e., não há representação direta de consumidores ou de associações de consumidores, nem de entidades governamentais de defesa dos consumidores, por exemplo). Além disso, as decisões do órgão somente obrigam os signatários do sistema de controle, não vinculando todos os agentes do mercado²⁵². A posição do CONAR é essencialmente protetora da publicidade²⁵³, entendendo que qualquer tipo de restrição aplicável anteriormente à veiculação da publicidade equipara-se a censura. Afirma que “não exerce censura prévia sobre peças publicitárias, já que se ocupa somente do que está sendo ou foi veiculado”.²⁵⁴ Por estes motivos, a sua atuação é vista como não

²⁵² DIAS, Lucia Ancona L. de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Saraiva. 3ª Ed. São Paulo: 2018. p. 52.

²⁵³ A análise de dados que levantamos junto ao CONAR sobre denúncias contra publicidade de alimentos julgadas entre 2011 e 2020 (595 processos) revelou que 35.6% resultaram em arquivamento da denúncia, 34.8% em alteração do anúncio, 5.5% em mera advertência e somente 24% em sustação da peça publicitária.

²⁵⁴ Fonte: <<http://www.conar.org.br/>>. Em seu *website*, o CONAR estabelece como sua missão “impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas e defender a liberdade de expressão comercial”. Note-se que a missão do CONAR não é proteger o consumidor, mas defender a liberdade de expressão comercial, ao mesmo tempo, impedindo que a publicidade cause constrangimentos aos consumidores ou empresas.

dispondo da transparência e independência desejáveis.²⁵⁵ Ainda, em termos de operacionalidade, comparando-se com o sistema de autorregulamentação da publicidade da França, por exemplo, o volume de julgamentos de casos de denúncia de enganabilidade e abusividade pelo CONAR é substancialmente baixo (em média 236 casos por ano, segundo dados encontrados no site, enquanto que o órgão francês apresentou, em 2015, um balanço de 35.910 análises)²⁵⁶. Por fim, por não exercer “poder de polícia” para multar os anunciantes e fiscalizar a colocação de produtos e serviços no mercado, o modelo se mostra insuficiente para a defesa dos consumidores²⁵⁷.

No site do CONAR constam os membros do Conselho de Ética, que analisam e julgam os casos, sendo 27 representantes da Associação Brasileira de Anunciantes, 33 representantes da Associação Brasileira de Agências de Publicidade, 17 representantes da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, 14 representantes da Associação Nacional de Editores de Revistas, 15 representantes da Associação Nacional de Jornais, 4 representantes da Central de Outdoors, 14 representantes das Associações de Propaganda, 4 representantes da Televisão Por Assinatura, 16 representantes da Mídia Interativa, 3 representantes da Mídia Cinema, 30 representantes da Sociedade Civil, 14 representantes de Profissionais de Criação, 4 representantes da Associação Brasileira de Rádio e Telecomunicações (ABRATEL), além de um vice-presidente executivo, uma diretora de acompanhamento processual e dois secretários executivos adjuntos. Dos representantes da sociedade civil, os quatro únicos nomes cujos currículos estão disponibilizados no site são profissionais do mercado de marketing e publicidade. Não há no site informação detalhada quanto aos julgamentos, tampouco o inteiro teor dos processos, sendo disponibilizado pelo órgão tão somente breves resumos de cada caso, o nome do anunciante, do relator, decisão final e os artigos do código de autorregulamentação envolvidos. Com isso, não se sabe, por exemplo, qual a formação dos Conselheiros em cada julgamento; quantos julgaram a favor ou contra; além dos votos e a fundamentação para cada decisão, sendo que a decisão se refere apenas ao desfecho final, se foi advertência, suspensão, arquivamento ou

²⁵⁵ PASQUALOTTO, Adalberto “Autorregulamentação da Publicidade: um estudo de modelos europeus e norte-americano”, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 112. ano 26. pp. 115-148

²⁵⁶ *Ibid.* p. 143.

²⁵⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op. Cit.* p. 52.

alteração. Sendo, por exemplo, alteração, não informa exatamente qual seria a alteração proposta.

Dado interessante é a enquete disponibilizada no site do CONAR que pergunta se “você já fez uma reclamação sobre propaganda no CONAR”. Das 24.960 respostas, 15% disseram sim e 85% disseram não. Ou seja, das pessoas que acessaram o site do CONAR e decidiram responder a enquete, apenas 15% já realizaram uma reclamação ao órgão. A informação suscita alguns questionamentos que não se podem responder apenas com os dados disponibilizados, como, por exemplo, o baixo número de consumidores que já realizaram reclamação no órgão significa que o consumidor está satisfeito com a publicidade? Ou seria porque o consumidor não tem conhecimento e acesso à atuação do órgão? O que se pode concluir com a informação é que certamente os 24.960 acessos que responderam à enquete não representam significativamente o consumidor brasileiro, muito menos os 3.839 que afirmaram já terem realizado reclamação junto ao órgão. Embora a enquete não possa traduzir praticamente nada em termos de suficiência do órgão, o CONAR disponibiliza o volume de casos julgados desde a sua fundação até 2021, que correspondem a um total de 10.707 processos instaurados. Apresenta dados também da quantidade de processos por autoria. Em 2021, por exemplo, dos 286 processos instaurados, 183 foram por denúncia de consumidor, correspondendo a 64%. Entretanto, não consta a informação quanto à quantidade de denúncias, tampouco o seu autor, mas tão somente os processos julgados. Não sabemos, por exemplo, se a quantidade de processos instaurados se refere a todas as denúncias realizadas; se há processos instaurados e ainda não julgados e qual este volume e em que estágio se encontram.

Para ilustrar, abaixo, reproduzimos, por meio de alguns casos, como a informação sobre as decisões é apresentada pelo CONAR.

Mês/Ano Julgamento:	MARÇO/2021
Representação nº:	005/21
Autor(a):	Conar, mediante queixa de consumidor
Anunciante:	Cervejaria Petrópolis e Cleo Pires
Relator(a):	Conselheira Ana Paula Cherubini
Câmara:	Sétima Câmara

Decisão:	Alteração e advertência
Fundamentos:	Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30 e 50, letras "a" e "b", do Código e seu Anexo P
Resumo:	<p>Duas queixas de consumidor motivaram esta representação contra anúncio em redes sociais da cerveja Itaipava, por considerarem que não é facilmente perceptível a sua natureza publicitária. A direção do Conar notou a ausência da frase recomendando consumo moderado de bebidas alcoólicas e questionou a adequação do desafio proposto na peça publicitária e se ele atende recomendação do recém-lançado Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais, em especial se há estímulo ao engajamento responsável dos consumidores. A Cervejaria Petrópolis, fabricante de Itaipava, alegou em sua defesa que o desafio proposto é apenas uma brincadeira, para promover interação, que considera adequada a forma como a peça é identificada como publicidade, mas que, mesmo assim, alterou os posts de forma a tornar mais clara esta informação. A influenciadora Cleo Pires também enviou defesa ao Conar, informando que uma das postagens objeto desta representação foi espontânea. Reconheceu nas demais erro na omissão da frase de advertência.</p> <p>A relatora propôs a advertência à Cervejaria Petrópolis e à influenciadora Cleo Pires para que assegurem o atendimento aos critérios gerais de veiculação do anúncio, em especial a presença de expressão que identifique o conteúdo publicitário do anúncio e a frase de advertência. Propôs também a alteração dos posts que tratam do "Desafio tá no clima, tá na mão", para que se façam presentes a responsabilidade social e o incentivo ao consumo moderado de bebidas alcoólicas, cujos limites foram extrapolados no chamamento para "não largar a lata da mão" e na veiculação de cenas que desestimulam a moderação, devendo tanto o anunciante como a influenciadora reforçarem a importância dessas regras gerais aplicáveis à publicidade de bebidas alcoólicas. O voto foi aceito por unanimidade.</p>

O caso acima, julgado em março de 2021, refere-se à publicidade de bebida alcoólica em redes sociais, nas quais não havia a informação quanto à natureza publicitária das mensagens e tampouco as advertências obrigatórias do consumo moderado de bebidas alcoólicas. Informa, na parte do “resumo”, que a representação foi motivada por duas denúncias por consumidores. A informação não é clara quanto aos fatos, os argumentos que envolvem o caso e sua fundamentação, assemelhando-se a uma ementa de decisão processual. O que se sabe é que o anunciante, por liberalidade, decidiu alterar os posts para “tornar mais clara” a informação de que se tratam de mensagem publicitária. A decisão foi de advertência para que o anunciante e a celebridade que veiculou a publicidade em suas redes “assegurem o atendimento aos critérios gerais de veiculação do anúncio, em especial a presença da expressão que identifique o conteúdo publicitário do anúncio e a frase de advertência”. O voto propôs, ainda, a alteração dos posts para que as informações faltantes passassem a ser inseridas. A decisão se deu por unanimidade, embora não seja informado quantos membros participaram do

juízo. Não se sabe se a proposta foi de fato acatada pelos anunciantes e responsáveis, lembrando que não há punição pelo CONAR.

Pelo resumo apresentado pode se identificar que o caso trata de violação à norma do art. 36 do CDC, segundo a qual “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, além de ter deixado de cumprir com a advertência obrigatória para bebidas alcoólicas nos termos da legislação específica. A norma do CDC tem por finalidade conferir proteção ao consumidor relativa à possibilidade de identificar a pressão a que está exposto por meio da publicidade. Esta pressão, segundo Leonardo Barifouse, constitui um fator externo ao qual o consumidor está sujeito, que pode se caracterizar a partir de estratégias de publicidade e de fomento ao consumismo. A *ratio* que se depreende da norma, segundo Barifouse, refere-se à premissa de que “não se pode pretender que o consumidor consiga se defender contra os eventuais desvios da publicidade, se ele não é capaz de perceber quando a mais básica pressão publicitária se faz presente”. Assim, não identificar uma publicidade como tal nas redes sociais constitui violação ao direito do consumidor, que, no caso, foi tratada pelo CONAR como mera advertência e uma proposta de alteração para inclusão da devida informação. A hipossuficiência do consumidor, no caso, não parece protegida na autorregulação da publicidade.

No próximo exemplo, também de uma representação por meio de denúncia por consumidor, as informações são ainda mais resumidas e o caso foi de arquivamento, ou seja, nenhuma recomendação foi proposta ao anunciante. Não está claro, nas informações disponibilizadas, quais foram os argumentos apresentados pelo anunciante, tampouco as razões da decisão do Conselho do CONAR. Segundo se pode depreender da ementa, o caso foi de utilização pela empresa Procter & Gamble (P&G) de fotografia de criança em publicidade nas redes sociais. E o anunciante teria se defendido “discorrendo sobre a vulnerabilidade de crianças diante da contaminação da água potável” – o que não significa muita coisa face à denúncia, que era de que o anunciante não deveria utilizar fotografia de criança em mensagem publicitária. Como fundamento – aparentemente da decisão –, consta o art. 27, 1 “a” do Rice, que diz que

o relatório conterá o resumo dos fatos, das principais peças dos autos e das provas neles produzidas; (...) e, em parecer fundamentado, recomendará, conforme o caso:

I – o Arquivamento da representação quando: a – julgar não caracterizada infração ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Como o site não disponibiliza o acesso aos processos, não temos como analisar se a norma citada foi devidamente cumprida pelo órgão. O resumo da decisão é a única informação disponibilizada para acesso pelo site e nele não constam as informações determinadas pela norma do dispositivo citado do Código, muito menos o parecer fundamentado. Abaixo a decisão conforme disponibilizada no site:

P&G - UM CLIQUE = 1 DIA DE ÁGUA PURA

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2019

Representação nº: 140/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: P&G

Relator(a): Conselheiro André Porto Alegre

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidor paulistano reprovou uso de foto de uma criança em anúncio em redes sociais divulgando iniciativa da P&G, de doar água ao fundo Childrens Safe Drinking Water. A anunciante defendeu-se, discorrendo sobre a vulnerabilidade de crianças diante da contaminação da água potável. O relator recomendou o arquivamento da representação, por não encontrar na peça publicitária desrespeito às recomendações do Código.

A tese de doutorado de Glicia Maria Pontes Bezerra²⁵⁸ conta os eventos que levaram à criação do CONAR. Segundo a autora, o Ministro Interino da Fazenda, José Carlos Soares Freire, em 1976, aconselhou o setor publicitário para que criasse um organismo de autorregulamentação, alertando que o adiamento para que as entidades do setor assumissem o comando seria um convite a que os adversários da propaganda indicassem outros caminhos. A autora conta que por “adversários da propaganda” entendiam-se os projetos de lei que tramitavam no Congresso e as novas organizações em defesa do consumidor, como o Procon paulista, fundado em 1976. A estratégia defensiva adotada pelos publicitários se baseou no argumento da

²⁵⁸ BEZERRA, Glicia Maria Pontes. *Liberdade de expressão comercial: autorregulamentação como estratégia corporativa do setor publicitário*. Tese (doutorado) Universidade federal de Pernambuco, Orientador Prof. Dr. Maria Eduarda da Mota Rocha. Programa de Pós Graduação em Sociologia, 2015. pp. 62-66.

“liberdade de anunciar” e a criação do CONAR teria sido resultado do movimento de unificação do discurso em torno da defesa do setor, sendo o modelo brasileiro de autorregulamentação publicitária guiado por uma lógica privatista, escrita pelos publicitários, sem apoio público.

Segundo Bezerra, o CONAR nasceu num contexto de reabertura democrática em que o Estado autoritário era questionado e o empresariado privado ganhava projeção como um dos pilares fundamentais do desenvolvimento econômico, de modo que a classe dominante se apropriou do conceito da liberdade, “explorando-o como justificativa para defender a liberdade de mercado, o que era compartilhado pelo setor publicitário”. Foi “nesse contexto que a liberdade de iniciativa e a não interferência do Estado na regulação da propaganda foram acolhidas pelo setor publicitário como posições discursivas estratégicas para se colocar no novo momento do país”.²⁵⁹

Nesta mesma linha, Leonardo Barifouse²⁶⁰ sustenta que, “por ser a autorregulação uma atividade eminentemente corporativa, o interesse precípua em jogo é o da categoria profissional”. Para o autor, a finalidade principal da autorregulação é “a preservação da credibilidade da atividade diante da sociedade, ou seja, um mecanismo espontâneo de defesa da atividade profissional”. Na visão de Barifouse, a conjugação dos dois fatores, sendo, de um lado, os interesses corporativos dos publicitários e, de outro, o papel de subordinação do consumidor na sociedade de consumo, diante do emprego da publicidade como indutora de desejos consumistas, a autorregulamentação se mostra insuficiente para proteger adequadamente os interesses difusos dos consumidores. O autor alerta, ainda, para as situações em que a publicidade coloca em risco valores sociais, os quais ficam sujeitos a juízos de cunho corporativo, no sentido de que:

A questão se torna particularmente sensível quando ocorre uma pretensa ofensa a valores sociais pela peça publicitária, porque o conselho de autorregulação, que não deixa de ser um órgão corporativo, atua como árbitro entre um anunciante, membro da categoria profissional, e o portador dos valores sociais, ou seja, a proteção de valores da sociedade como um todo estaria sujeita a juízos de cunho corporativo.²⁶¹

²⁵⁹ BEZERRA, Glicia Maria Pontes. Op. Cit., p. 72.

²⁶⁰ BARIFOUSE, Leonardo. *O controle jurídico da publicidade na trincheira do consumismo*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 116, mar/abr 2018.

²⁶¹ Ibid.

A OPAS, por meio do Marco de Referência, também alerta os Estados sobre a utilização da autorregulamentação como instrumento promovido pelas indústrias de produtos não saudáveis “para atrasar, enfraquecer e evitar o desenvolvimento de políticas públicas efetivas”.²⁶²

Como exposto no capítulo anterior, a indústria de publicidade defende que a autorregulamentação do CONAR e as normas do CDC são suficientes para a proteção do consumidor contra eventuais abusos do direito à publicidade, e que outras iniciativas de regulação do setor violam a sua liberdade de expressão e livre iniciativa. Esse argumento, inclusive, foi utilizado na ADI 5631, embora rejeitado pelo STF no caso específico – que envolvia público infantil, nos ambientes escolares. Glicia Pontes Bezerra relata que o setor publicitário, representado pelo CONAR na comissão de preparação do CDC, foi um dos principais críticos ao Código e que a resistência contra o controle da publicidade “foi feita por meio de uma estratégia discursiva que consistiu em qualificar o modelo de autorregulamentação como suficiente, deslegitimando as iniciativas externas ao setor”.²⁶³

Pasqualotto também observa que “é notório que é acanhada a atuação do órgão no controle ético da publicidade”.²⁶⁴ Para o autor, o problema do CONAR é que suas decisões são de cumprimento espontâneo e os estatutos não lhe outorgam nenhum poder coativo, poder este que, qualquer modo, sempre seria limitado por se tratar de sociedade privada.

Em que pesem todos os esforços da autorregulamentação do CONAR e o seu papel no controle da publicidade no país, quando se trata de publicidade de produtos nocivos à saúde há argumentos que sustentam que a imposição de medidas restritivas por meio de lei e políticas públicas para informar adequadamente o consumidor acerca dos riscos destes produtos são necessárias e legítimas, desde que atendam aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O próprio legislador constitucional determinou tais medidas por força do art. 220 § 3º e § 4º.

²⁶² ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DA SAÚDE – OPAS. *Marco de Referência Sobre a Dimensão Comercial dos Determinantes Sociais da Saúde: Articulação com a Agenda de Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis*. Disponível em: <<https://iris.paho.org/handle/10665.2/52975>>. Acesso em: 15 jul. 2021. p. 15.

²⁶³ BEZERRA, Glicia Maria Pontes. *Publicidade e defesa do consumidor no Brasil: histórico, cenário político e disputas sobre a implementação do Código em contraponto à autorregulamentação publicitária no país*. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 111, Mai/Jun 2017.

²⁶⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. Apple Books. p. 158.

4.4. Necessidade de restrições preventivas aplicáveis de forma ampla e difusa à publicidade de alimentos ultraprocessados

Na ordem constitucional brasileira, a dignidade da pessoa humana se apoia na noção de autonomia (privada e pública), motivo pelo qual a pessoa humana corresponde a um ser capaz de decidir a propósito de seu destino.²⁶⁵ Por isso, as liberdades são valores considerados preciosos para assegurar este princípio. No entanto, para que exerça a sua autonomia de forma plena, a pessoa precisa estar adequadamente informada.²⁶⁶ A publicidade constitui atividade que informa, mas informa com restrições, na medida em que não tem como objetivo principal meramente informar, mas sim persuadir o consumidor a escolher determinado produto ou serviço, ou seja: seu objetivo é essencialmente econômico. E não há nenhum problema nisso, uma vez que a Constituição protege a liberdade econômica e comunicativa das empresas.

No entanto, como observam Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, a defesa do consumidor foi consagrada no art. 170, V, da Constituição como princípio da ordem econômica, princípio limitador da iniciativa privada ou da autonomia da vontade, uma vez que foi presumida a desigualdade (material, formal, econômica e informativa) entre os sujeitos da relação de consumo, consumidor e fornecedor (art. 4, I, do CDC), e, por isso decorre “a necessidade de proteção especial deste sujeito individual ou coletivamente considerado no mercado brasileiro, como um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CF/88)”.²⁶⁷

Menezes Direito também observa que

a relação de consumo ocorre em uma sociedade profundamente desigual no acesso aos bens e serviços, e também, e tal é a essência do raciocínio, desigual na

²⁶⁵ CLEVE, Clemerson. Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial. *Revista Crítica Jurídica*. N. 24. Jan/Dez 2005. pp. 265-266. O autor cita como exemplo o caso do consumidor. A proteção conferida pela Constituição ao consumidor não faz dele alguém despido de autogoverno, mas oferece as condições necessária para afirmar o seu poder decisório.

²⁶⁶ CLEVE, Clemerson. Op. Cit. p. 266.

²⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcoólicas e tabaco por lei federal. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública (art. 170, CF/88). *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 59. Jul/Set 2006.

compreensão da própria realidade social pela limitação que a falta de conhecimento traz ao exercício da liberdade de escolher.²⁶⁸

Assim, para atingir o objetivo do equilíbrio destas relações, se a liberdade comunicativa de uns pode estar atingindo o direito de ser adequadamente informado (para tomar uma decisão livre) de outros (os cidadãos), o Estado deve interferir para restringir a liberdade dos primeiros de forma a que os segundos possam exercer a sua autonomia, e ambas as liberdades possam conviver de forma equilibrada. Caso contrário, os cidadãos estariam sendo, de forma ampla e difusa, induzidos a erro e sem dispor de ferramentas para sequer compreender isso. Portanto, cumpre ao Estado-legislador dotar os cidadãos das condições necessárias para bem decidir, e não suprimir a sua esfera de decisão.

É relevante o papel da OMS de alertar os Estados para regularem a publicidade dos alimentos ultraprocessados, a partir de uma visão global de saúde, de forma a que os países tomem ciência de que tal publicidade, de forma geral, está impedindo os consumidores de exercerem a sua plena autonomia. No caso do Brasil este alerta se dá num contexto onde existem normas do CDC, que têm como objetivo conferir ao consumidor condições para exercer a sua autonomia; e do CONAR, para promover um ambiente ético na atividade publicitária. Entretanto, tais normas aparentemente não são suficientes; caso contrário não estaríamos recebendo os alertas da OMS/OPAS de que as DCNTs estão aumentando e passaram a constituir a principal causa de mortes em adultos no país, sendo a publicidade um dos principais fatores deste aumento.

Os materiais de divulgação dos alimentos ultraprocessados não informam sobre as características e propriedades dos produtos adequadamente, tampouco sobre os riscos à saúde que promovem.²⁶⁹ Além disto, as estratégias de marketing desta indústria são convincentes e poderosas ferramentas de influência nas escolhas dos consumidores²⁷⁰. As consequências à saúde da sociedade decorrentes destas

²⁶⁸ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A Proteção do Consumidor na Sociedade da Informação: atualidades e perspectivas*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, 1999, p. 10.

²⁶⁹ Estudo coordenado por Kevin D. Hall *et al.* que acompanhou consumo de ultraprocessados e de alimentos não processados por dois grupos, apresentando as mesmas calorias, mostra que o consumo de alimentos ultraprocessados levou a aumento de peso e maior ingestão da comida. In HALL, Kevin D. et al. *Ultra-Processed Diets Cause Excess Calorie Intake and Weight Gain: An Inpatient Randomized Controlled Trial of Ad Libitum Food Intake*. *Cell Metabolism*, V. 30, Jul/2019. pp. 67-77. Disponível em: <[https://www.cell.com/cell-metabolism/pdf/S1550-4131\(19\)30248-7.pdf](https://www.cell.com/cell-metabolism/pdf/S1550-4131(19)30248-7.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2022.

²⁷⁰ ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DA SAÚDE – OPAS. *Marco de Referência Sobre a Dimensão Comercial dos Determinantes Sociais da Saúde: Articulação com a Agenda de*

duas vertentes, em conjunto, não são de pleno conhecimento da própria sociedade, vez que as normas que regulam o setor, em vigor, não asseguram esta informação de forma transparente. O sistema de controle da publicidade por meio da aplicação das normas do CDC contra a publicidade abusiva e enganosa, assim como a autorregulamentação do CONAR, portanto, não dispõem de ferramentas suficientes para assegurar ao consumidor, de forma ampla e difusa, o conhecimento das informações que necessita acerca destes produtos, assim como mecanismos para se proteger das diversas estratégias de persuasão veiculadas pela indústria.

Vale, ainda, considerar que, nas palavras de Menezes Direito,

estamos cuidando do consumidor em uma sociedade que privilegia a comunicação de massa e que condiciona boa parte de seus juízos pelo que recebe dos meios de comunicação. Para uma grande parte da população, o que é ditado pela comunicação é, também, verdade. Nesse sentido, o que não tem repercussão jornalística não existe, isto é, o veículo de comunicação social forma o juízo do seu destinatário.²⁷¹

A insuficiência do sistema de controle da publicidade no Brasil parece favorecer, assim, a indústria de anunciantes de produtos não saudáveis, como os alimentos ultraprocessados, cuja publicidade ainda não foi especificamente regulada. Isso porque, na ausência de políticas públicas para informar adequadamente o consumidor sobre os riscos e propriedades destes alimentos, assim como de regras específicas que estabeleçam restrições claras aplicáveis à publicidade destes produtos, aplica-se a norma geral que é o controle após a veiculação, a partir de denúncias pelas partes lesadas ou potencialmente lesadas, mediante a interpretação e aplicação das normas do CDC, vagas e abstratas, que dependem da análise das circunstâncias de cada caso concreto. A norma do art. 55 do CDC também não criou mecanismos eficientes de prevenção dos danos à saúde dos consumidores promovidos pela publicidade destes produtos nocivos.

O sistema que conta exclusivamente com a autorregulamentação do CONAR e a norma do art. 37 do CDC para combater a publicidade que supostamente seja ilícita não nos parece suficiente para atender às demandas de saúde no caso da publicidade de alimentos ultraprocessados. Como exposto, este sistema não previne a exposição à publicidade que seja “capaz de induzir o

Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis. Disponível em: <<https://iris.paho.org/handle/10665.2/52975>>. Acesso em: 15 jul. 2021. p. 14.

²⁷¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A Proteção do Consumidor na Sociedade da Informação: atualidades e perspectivas*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, 1999. p. 11.

consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (art. 37 § 2º CDC) ou à publicidade que contenha “informação considerada inteira ou parcialmente falsa, ou que, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, seja 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” (art. 37 § 1º CDC), ou, ainda, à publicidade que deixou “de informar sobre dado essencial do produto ou serviço” (art.37 § 3º CDC). Além do que, os efeitos prejudiciais à saúde que o consumo destes produtos pode acarretar constituem dado essencial que deveria constar das embalagens e publicidade dos produtos.²⁷² E deixar de informar sobre dado essencial de produto que possa causar prejuízos à saúde coloca em risco a saúde e a vida das pessoas. A nova regra sobre rotulagem da ANVISA mencionada no capítulo anterior, que entrará em vigor em 2022, também não informa claramente sobre estes riscos, limitando-se a advertir quanto a quantidades de sódio, açúcar e gordura.

Não há, tampouco, regras em vigor que restrinjam a exposição da sociedade à publicidade destes produtos, seja por meio de limites a meios de veiculação da comunicação ou dos locais de exibição, ou quaisquer outros, como por exemplo, limites a horários ou cotas de espaços publicitários, de forma a reduzir o impacto da publicidade no consumo dos produtos. Restrições como estas, que realmente busquem atender às necessidades de combate às DCNTs de acordo com as recomendações da OMS/OPAS, somente podem ser estabelecidas por meio de regulação específica, de modo que alcancem a atividade de publicidade do setor de alimentos não saudáveis de forma geral, determinando, previamente ao desenvolvimento das peças ou campanhas, as condições em que as atividades de marketing da indústria devem se realizar.

À luz dos DCS, além da inexistência de regras que determinem a informação adequada ao consumidor sobre estes produtos, o alto volume de mensagens publicitárias e as estratégias engenhosas de persuasão, resultantes dos vultosos

²⁷² Segundo Adalberto Pasqualotto, “a tutela que a lei estende ao consumidor para protegê-lo de publicidade enganosa compreende todo e qualquer dado relevante, concernente ao produto ou ao serviço anunciado. A relevância diz respeito à natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e qualquer outro fator que possa influenciar na decisão de compra. A enunciação do texto legal é meramente exemplificativa, como fica certo da inclusão da expressão quaisquer outros dados.”

Trecho de: Adalberto Pasqualotto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. Apple Books. p. 285.

investimentos realizados pela indústria de alimentos em marketing, constituem os principais motivos que induzem o consumidor a consumir estes alimentos, levando-o a, por exemplo, comportar-se “de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde” (abusividade/art. 37 § 2º CDC). Seria inviável a provocação do Poder Judiciário para analisar cada peça publicitária veiculada para verificar se o caso corresponde ou não à publicidade abusiva ou enganosa –, o que também seria insuficiente na medida em que não impediria os efeitos decorrentes da exposição da sociedade aos seus malefícios. O que merece restrições para prevenir os danos decorrentes da abusividade e enganabilidade é, portanto, a atividade publicitária da indústria como um todo, como aconteceu no caso do tabaco e as bebidas alcoólicas com teor alcoólico acima de 13 graus GL, por meio da Lei 9294/96.

A Lei 9294/96 que regula a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas e medicamentos impõe restrições para a atividade publicitária destes produtos de forma geral. Para as bebidas alcoólicas com teor alcoólico superior a 13º GL, a lei somente permite publicidade nas emissoras de radio e televisão entre as vinte uma e seis horas (art. 4º) e estabelece, ainda, a regra de que a publicidade destes produtos não poderá associá-los ao esporte olímpico ou de competição, ao desempenho saudável de qualquer atividade, à condução de veículos e a imagens ou ideias de maior êxito ou sexualidade das pessoas (art. 4º § 1º). Com relação ao tabaco e demais produtos fumígenos, o art. 3º da lei veda a publicidade em todo o território nacional, exceto nos locais de vendas, onde os produtos podem ser expostos desde que acompanhados das cláusulas de advertência. Trata-se de limites efetivos ao direito à publicidade destes produtos e envolvem regras específicas que permitem que os anunciantes as observem antes de elaborar suas campanhas. Melhor dizendo: as peças e campanhas publicitárias da indústria destes produtos deve observar estas condições para que sejam consideradas lícitas. São regras neste sentido que não existem com relação à publicidade de alimentos não saudáveis e que precisam ser estabelecidas a partir da leitura do art. 220 § 3º, II, em conjunto com as recomendações da OMS – não necessariamente as mesmas regras, obviamente.

A publicidade de ultraprocessados merece, portanto, tratamento diferenciado da publicidade de outros produtos cujo consumo excessivo não resulte em dano à saúde. A enganabilidade do produto “Activia” pode levar as pessoas a terem problemas intestinais, crises alérgicas, a precisarem de hospitalização, ou até mesmo à morte. A enganabilidade da campanha publicitária de um serviço de

transporte de compras de supermercado que diz ser mais rápido que os demais por entregar suas compras em 10 minutos, mas, na verdade, demorar 1 hora, leva o consumidor a, no máximo, esperar mais tempo do que o desejado e perder um compromisso importante ou passar um “aperto” de fome – o que também é condenável do ponto de vista da proteção ao consumidor, mas, não há como se negar que ambos os casos apresentam consequências diferentes no tocante à violação ao direito fundamental à vida e à saúde –, merecendo controle, apreciação, fiscalização e restrições jurídicas, diferentes.

Olhando do ponto de vista da vulnerabilidade informacional do consumidor, no caso da publicidade dos alimentos ultraprocessados, se o Estado não determinar previamente que à publicidade se aplicarão restrições que reduzam a influência sobre a escolha de consumo e/ou que as campanhas deverão informar mais adequadamente sobre os riscos deste consumo, o consumidor comum não terá como realizar escolhas conscientes – escolhas que possivelmente seriam diferentes se ele tivesse a informação completa.

Conforme Claudia Lima Marques, o CDC se baseia na dignidade do consumidor, apoiada na noção de que “efetivamente o que caracteriza o consumidor é justamente o seu déficit informacional” e que “cada vez mais o direito e a sociedade valorizam essa vulnerabilidade informacional das pessoas físicas consumidores, em especial nas novas tecnologias e no comércio eletrônico, como demonstra o atual processo de atualização do CDC”. Essa chamada “vulnerabilidade informacional” presumida, a que Marques se refere, está consagrada no art. 4º, I, do CDC, e seria uma das premissas básicas do conceito de consumidor no nosso ordenamento jurídico, pressupondo que o consumidor não dispõe de dados suficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra. Segundo a autora, a vulnerabilidade informativa representa, hoje, o maior fator de desequilíbrio da relação de consumo, na medida que os fornecedores, “mais que *experts*, são os únicos verdadeiramente detentores da informação”, ressaltando que, “na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade, quanto mais importante for esta informação detida pelo outro”. Portanto, presumir

a vulnerabilidade informacional “é essencial à dignidade do consumidor, principalmente enquanto pessoa física”.²⁷³

Lucia Ancona de Magalhães Dias reconhece que há uma assimetria entre fornecedor e consumidor, mas discorda do posicionamento doutrinário de que o último deve ser entendido como totalmente desavisado diante das mensagens publicitárias, desprovido de um mínimo de discernimento e atenção em razão da sua condição de parte vulnerável da relação de consumo, e, inclusive, sustenta que tal entendimento “não mais parece se coadunar com a realidade da sociedade contemporânea.”²⁷⁴²⁷⁵ Segundo a autora, “doutrina e jurisprudência caminham paulatinamente no sentido de adotar a figura do consumidor como aquele dotado de um *mínimo* de crítica e atenção”, tomando como referência o padrão de consumidor que sustenta ser aquele adotado pelo tribunal de Justiça da Comunidade Europeia – o consumidor “normalmente informado, razoavelmente atento e perspicaz”.²⁷⁶

Ambos os pensamentos, no entanto, conduzem à noção de que para que o consumidor possa ter o “discernimento mínimo” ele precisa estar devidamente informado. Caso contrário, mesmo assumindo uma postura crítica e estando atento às características informadas pelos anunciantes, o consumidor não terá como realizar uma escolha consciente, sendo induzido a erro. Segundo o Ministro Humberto Martins, no julgamento do REsp nº 1.364.915 – MG,

A autodeterminação do consumidor depende essencialmente da informação que lhe é transmitida, pois esta, a informação, é um dos meios de formar a opinião e produzir a tomada de decisão daquele que consome. Logo, se a informação é adequada, o consumidor age com mais consciência; se a informação é falsa, inexistente ou omissa, retira-se-lhe a liberdade de escolha consciente.

E, para ter minimamente a informação clara e exata dos riscos à saúde do consumo do produto, é necessária a intervenção do Estado, pois que, inexistindo limites previamente estabelecidos por lei ou políticas públicas eficientes, que

²⁷³ MARQUES, Cláudia Lima *et al.*. *Manual do Direito do Consumidor*. pp. 124-125.

²⁷⁴ Lucia Ancona de Magalhães Dias defende que “uma análise do padrão de discernimento do consumidor há de ser realizada pelo julgador, até mesmo para evitar situações de má-fé e enriquecimento ilícito”. Assim, na relação publicitária entre o anunciante e o consumidor, no que tange ao padrão de discernimento do consumidor, deve haver um entendimento que não aproxime o consumidor da condição de “incapaz”.

²⁷⁵ DIAS, Lucia Ancona L. de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Saraiva. 3ª Ed. São Paulo: 2018. p. 137.

²⁷⁶ *Ibid.* pp. 138-139.

objetivem a justiça e os direitos humanos, é natural do sistema capitalista e da economia de mercado – em que a concorrência é estimulada – que as corporações invistam cada vez mais em estratégias para aumentar suas vendas.

Portanto, o sistema em vigor de controle da publicidade de alimentos ultraprocessados não parece suficiente para a proteção da saúde, à luz dos DCS, pois que mesmo que a peça publicitária não contenha elemento ou informação que caracterize a enganiosidade ou abusividade nos termos do CDC ou que não esteja em desacordo com as regras do Código de Autorregulamentação do CONAR, ainda assim influencia negativamente o consumidor de forma difusa, alavancando o seu consumo prejudicial, sem informa-lo adequadamente acerca dos possíveis efeitos prejudiciais à saúde. Considerando a vulnerabilidade informacional presumida do consumidor, consagrada no art. 4º, I, do CDC, que, no caso dos ultraprocessados é ainda maior, este tipo de publicidade pode ser enquadrado como abusivo nos termos da norma do art. 37 § 2 do CDC, pois que é capaz “de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”, ou enganoso por não informar adequadamente o consumidor sobre dados essenciais dos produtos (os riscos à saúde que promovem), induzindo-o a erro. Contudo, não havendo, no Brasil, um órgão específico de proteção do consumidor ativo e atuante no policiamento da identificação de publicidade ilícita, que tenha como atribuição impugnar essas iniciativas publicitárias com base nas normas do CDC, o controle se mostra insuficiente e não efetivo para combater este tipo de publicidade.

4.5. Nota sobre o art. 931 do Código Civil – responsabilidade civil objetiva do empresário ou das empresas individuais pelo fato do produto.

O art. 931 do CC/2002 é uma cláusula geral da responsabilidade civil objetiva do empresário ou das empresas individuais pelo fato do produto. Segundo Tula Wesendonck o dispositivo “inova ao estabelecer como hipótese de responsabilidade civil objetiva os danos decorrentes da circulação de produtos, ou, como diz o texto da lei, pelos ‘danos causados pelos produtos postos em circulação’”.²⁷⁷

²⁷⁷ WESENDONCK, Tula. Art. 931 do código civil: inovação ou repetição? Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 3/2015 | pp. 141 - 159 | Abr - Jun / 2015. In *Revista dos Tribunais Online*.

Para Wesendonck a doutrina é tímida ao tratar do assunto, seja silenciando sobre a matéria, seja não a tratando com a devida profundidade, mas o art. 931 do CC é importante e inovador porque estabelece um sistema de responsabilidade civil do empresário pelo fato do produto posto em circulação que não depende da existência de uma relação de consumo, por não estar submetido ao Código de Defesa do Consumidor. (p. 1-2). E, ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, a legislação civil não condiciona a responsabilidade à existência de um defeito. (p. 5). Com isso, o dispositivo alarga a responsabilidade do fabricante mesmo nas relações de consumo, o que, segundo a autora, “ganha relevo principalmente nos casos de incidência de responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento”.²⁷⁸

Segundo a autora:

o art. 931 do CC não é mera repetição das disposições do Código de Defesa do Consumidor, é mais abrangente que o Código de Defesa do Consumidor. Ao contrário do que estabelece o CDC, o art. 931 do CC não condiciona a responsabilidade civil à existência de defeito do produto, simplesmente estabelece a responsabilidade em decorrência do dano provocado pelos produtos postos em circulação. Além disso, o dispositivo está destinado a disciplinar a responsabilidade civil pelo fato do produto, decorrente das relações de consumo ou não. (p. 7).

Tula Wesendonck cita algumas decisões judiciais que levam a este entendimento. Uma delas (TJRS, ApCiv 70028742997, 5.^a Câ. Civ., rel. Leo Lima, j. 15.07.2009) refere-se ao reconhecimento da responsabilidade civil pelos danos decorrentes de medicamento “que foi vendido, durante razoável período, sem conter as informações necessárias a respeito do risco que causava, sendo de livre acesso aos consumidores” – no caos, o fundamento da decisão não foi a existência dos riscos do desenvolvimento, mas a falta de informações sobre o medicamento.

Assim, com fundamento no art. 931 do Código Civil, anunciantes de alimentos ultraprocessados podem ser também responsabilizados pelos riscos à saúde que os produtos oferecem à sociedade, quando tais riscos não são devidamente informados pelos fornecedores.

Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Tula-Wesendonck-2/publication/324068251_Art_931_do_CCB_-_Inovacao_ou_Repeticao/links/5ad1e3b8aca272fdaf780c8a/Art-931-do-CCB-Inovacao-ou-Repeticao.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.

²⁷⁸ Ibid. p.9.

5. Possível Solução

No capítulo 4, foram tecidos alguns comentários críticos acerca da insuficiência do sistema brasileiro de controle da publicidade quando se trata de publicidade de alimentos ultraprocessados – produtos entendidos pela OMS e o Ministério da Saúde como os principais causadores de DCNTs (a principal causa de morte entre adultos no Brasil)²⁷⁹, ao lado do consumo nocivo do álcool e do uso do tabaco. Conforme exposto no presente trabalho, a OMS e o Ministério da Saúde recomendam que estes alimentos sejam evitados, e a publicidade é vista como fator comercial determinante para a influência do consumidor em optar por consumir estes produtos, estando o seu nível de consumo, segundo a OPAS, “ligado à existência ou não de políticas públicas para lidar com esse consumo nos países”. Portanto, cabe refletir sobre eventual solução para lidar com o assunto no Brasil.

Como também mencionado nos capítulos anteriores, inexistem políticas públicas no país que restrinjam a publicidade destes alimentos especificamente, em que pese a Constituição Federal, em seu art. 220 §3º, II, prever que o Estado, por meio de lei federal, deve “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”. Por isso, parece razoável defender uma possível solução para reduzir o consumo de alimentos não saudáveis a partir da introdução, por meio de lei federal, de medidas restritivas à publicidade destes produtos, conforme determinado pelo disposto no referido dispositivo constitucional.

Considerando o cenário político de uma eventual proposta de lei neste sentido, provavelmente realizar tal tarefa não será fácil. A indústria de alimentos ultraprocessados é poderosa e a própria OMS/OPAS prevê, à luz dos DCS, que se utiliza de variadas táticas para impedir a formulação de políticas públicas que visem a redução do consumo de seus produtos nos países, por meio de forte investimento, por exemplo, em lobby; na participação direta em comitês e comissões ou parcerias com o governo no desenvolvimento de políticas públicas; no oferecimento de incentivos financeiros aos formuladores de políticas públicas e partidos políticos por meio de doações e/ou presentes; na manutenção da autorregulamentação do

²⁷⁹ Conforme o Marco de Referência, da OPAS e o Guia Alimentar, do Ministério da Saúde.

mercado; em iniciativas para moldar a base de evidências científicas em saúde pública, para demonstrar resultados favoráveis às suas atividades comerciais e/ou produtos, ou para enfraquecer pesquisas robustas e confiáveis que apoiam políticas públicas de saúde; dentre outros.²⁸⁰

Contudo, a proposta parece representar desafio juridicamente viável, em razão de cinco elementos indicadores que apontam para isso, quais sejam: (i) há estudos científicos apresentados pela OMS e acatados pelo Ministério da Saúde que demonstram que os alimentos ultraprocessados constituem produtos nocivos à saúde; (ii) a Constituição Federal prevê expressamente que o Estado deverá regular, por meio de lei federal, a publicidade de produtos que possam ser nocivos à saúde (art. 220 §3º, II); (iii) as normas do CDC e a autorregulamentação do CONAR não são suficientes para regular a matéria, pelos motivos já expostos no capítulo anterior; (iv) no julgamento da ADI 5631 o STF expressou algumas opiniões consistentes com um possível reconhecimento das recomendações da OMS como suficientes para fundamentar medidas legais restritivas à publicidade quando comprovado que o direito à saúde é fragilizado; e (v) a experiência de regulação em outras matérias, como o histórico da edição da Lei nº 11.265, de 2006 (que regulamenta a comercialização de alimentos para lactantes e crianças de primeira infância e também a de produtos de puericultura correlatos) e a criminalização da homofobia por meio da ADO 26, mostram possíveis caminhos para se chegar a uma eventual solução legislativa.

Dos cinco elementos indicadores citados, os três primeiros se encontram descritos, respectivamente, nos capítulos 2, 3 e 4 do presente trabalho. Quanto aos dois elementos indicadores remanescentes, vale propor algumas reflexões.

5.1. Opiniões externadas pelo STF na ADI 5631 que podem direcionar eventual regulação da publicidade de produtos nocivos à saúde por meio de lei federal

O acórdão da ADI 5631 veicula opiniões do STF acerca das medidas restritivas à publicidade estabelecidas na lei do estado da Bahia à luz das

²⁸⁰ ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DA SAÚDE – OPAS. *Marco de Referência Sobre a Dimensão Comercial dos Determinantes Sociais da Saúde: Articulação com a Agenda de Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis*. Disponível em: <<https://iris.paho.org/handle/10665.2/52975>>. Acesso em: 15 jul. 2021. pp. 13-16.

recomendações da OMS. Embora as opiniões não correspondam a um posicionamento firme do STF quanto ao conflito jurídico entre a liberdade de comunicar das empresas e o direito à saúde, de forma a constituir jurisprudência, estas são relevantes porque podem ser utilizadas para o direcionamento da elaboração de projeto de lei federal que regule a matéria, assim como para enfraquecer argumentos contrários da indústria.

Cumprе ressaltar que tais opiniões se deram num contexto muito específico – a proibição de publicidade direcionada a crianças em ambientes escolares – elementos específicos que podem ser usados para enfraquecer medidas restritivas que (i) sejam mais abrangentes do que as direcionadas exclusivamente às crianças; e (ii) alcancem outros ambientes além dos ambientes escolares. Não obstante, a decisão na ADI 5631 constitui forte argumento para o reconhecimento da constitucionalidade de eventual medida idêntica a que foi instituída pela lei estadual da Bahia só que com alcance nacional, por meio de lei federal, apesar de que medidas restritivas à publicidade que se limitem aos ambientes escolares não pareçam suficientes para reduzir o consumo dos alimentos não saudáveis se a criança ou o adolescente continuarem consumindo-os em casa – seja por força da exposição à publicidade quando estiverem fora do ambiente escolar, seja porque os adultos, inadequadamente informados, são expostos à publicidade em diversos ambientes e acabam por adquirir os produtos para o consumo pela família.

Passemos às opiniões. No voto do Ministro Relator Edson Fachin, condutor do acórdão, foi citada a seguinte opinião acerca das recomendações da OMS:

A Organização Mundial da Saúde, por meio da Resolução 63.14, de 21 de maio de 2010, adotou uma série de recomendações dirigidas aos Estados, a fim de que regulem a publicidade de bebidas não-alcoólicas e de alimentos ricos em gorduras e açúcares. As recomendações, baseadas em evidências científicas, foram acompanhadas de um relatório técnico para auxiliar os Estados. Nele, a OMS recomenda, por exemplo, que os locais onde as crianças se reúnem devem ser livres de todas as formas de publicidade de alimentos ricos em gorduras saturadas, gorduras *trans*, açúcares ou sódio. Esses locais incluem, mas não se limitam a eles, escolas e suas mediações, clínicas e serviços pediátricos, eventos esportivos e atividades culturais.

(...)

A recomendação da OMS foi encampada em uma série de fóruns internacionais de que o Brasil faz parte. O Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, por exemplo, recomendou que a Argentina tomasse medidas efetivas para desincentivar o consumo de alimentos não saudáveis, incluindo um aumento de imposto de bebidas açucaradas, normas para as embalagens dos produtos e restrições à propaganda de alimentos e bebidas não saudáveis, especialmente as que se destinam às crianças (E/C.12/ARG/CO/4). Além disso, o Relator Especial

das Nações Unidas para o Direito à Saúde também afirmou, no Relatório de 2014 (A/HRC/26/31), que há um dever dos Estados de regular a propaganda comercial desses produtos quando dirigida às crianças.

A decisão da OMS, tomada com base em evidências científicas, indica, de um lado, que o consumo de alimentos e bebidas de baixo valor nutricional representa grave risco à saúde de crianças e adolescentes e, de outro, que a propaganda desses produtos é uma influência negativa e potencialmente atinge a proteção das crianças e adolescentes. De fato, como prevê a Recomendação n. 2: dado que a eficiência da publicidade é uma função da exposição e do poder, o objetivo central da política de saúde pública deve ser o de reduzir a exposição de crianças a propaganda desses produtos. Por isso, inegavelmente, limitar a publicidade é um meio para proteger a saúde de crianças e adolescentes. A controvérsia posta nestes autos reside precisamente em saber se essa restrição é constitucionalmente admitida.

O trecho permite compreender que o STF reconhece: (i) a relevância da Resolução 63.14 da OMS; (ii) que alimentos ricos em gorduras e açúcares representam grave risco à saúde de crianças e adolescentes; e (iii) que limitar a publicidade é um meio para proteger a saúde de crianças e adolescentes. Outro dado interessante do trecho é o reconhecimento de que os locais onde as crianças se reúnem devem ser livres de todas as formas de publicidade de alimentos ricos em gorduras saturadas, gorduras *trans*, açúcares ou sódio e que esses locais “incluem, mas não se limitam a escolas e suas mediações, clínicas e serviços pediátricos, eventos esportivos e atividades culturais” – isto é, não se limitam a ambientes escolares, o que leva a crer que possivelmente o STF admitirá restrições à publicidade em outros locais que justifiquem a proteção do público infantil, como eventos esportivos e ambientes culturais, desde que devidamente demonstrada a sua razoabilidade.

Outro trecho que contém importante opinião do STF no acórdão trata da insuficiência da autorregulamentação em face da recomendação n° 6 da OMS – que determina que os Estados sejam os atores chave no desenvolvimento de políticas públicas de restrição à publicidade –, conforme a seguir:

não desconsidero a relevantíssima função desempenhada pelos órgãos de autorregulação da publicidade brasileira, como, de resto também assim reconheceu o Tribunal, quando do julgamento da ADO 22, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 03.08.2015. Ocorre, no entanto, que cabe aos Estados, por legislação própria, a liderança no controle da publicidade de alimentos e bebidas ricas em gorduras e açúcares, como estabelece a OMS, na Recomendação n. 6: os governos devem ser os atores chave no desenvolvimento de políticas públicas e devem ser líderes de uma plataforma comum, para a implementação, monitoramento e avaliação das políticas de restrição à publicidade.

A opinião de outros Ministros que se manifestaram no julgamento também interessa, em que pese o debate entre eles ter se dado principalmente com relação às questões que envolvem a constitucionalidade formal do poder legislativo do estado sobre a matéria.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes concorda com a decisão final do Relator, mas tece alguns comentários complementares. O Ministro reconhece as recomendações da OMS e entende que mensagens educativas podem ser mais eficazes do que grandes restrições à publicidade. Além disto, se aproxima de uma interpretação mais forte da proteção da publicidade pela liberdade de expressão, mesmo quando colide com o direito à saúde, no trecho abaixo:

E, em que pese tudo isso, nós sempre temos que relativizar um pouco, seja em virtude da extrema dificuldade em se restringir uma propaganda - porque faz parte, como muito bem citado da tribuna, faz parte da liberdade de expressão -, seja também porque devemos ser realistas. Hoje com a internet, com os celulares, as crianças e adolescentes têm acesso a qualquer informação independentemente dessa restrição.

Hoje, as grandes restrições, ou as ditas restrições absolutas, têm pouquíssima eficácia. A eficácia é muito maior quando publicidades, propagandas vêm acompanhadas de mensagens educativas.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes reconhece, ainda, que a norma do art. 37 do CDC constitui legislação federal que ampara a restrição imposta pela lei baiana. Em outras palavras, as restrições impostas pela lei baiana já estão previstas no art. 37 do CDC e, portanto, amparadas por meio de lei federal, nos seguintes termos:

No Código de Defesa do Consumidor, da mesma forma, no seu art. 37, § 2o, prevê a proibição, por abusividade, de toda a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e da experiência da criança.

Dessa forma, se a legislação federal - seja o Código de Defesa do Consumidor, seja o Marco Legal da Primeira Infância - voltada à criança permite essa restrição à comunicação mercadológica, não só permite essa restrição, mas à precoce exposição à comunicação mercadológica, também visa a saúde, a alimentação e a nutrição da criança, exigindo, com prioridade, políticas públicas nesse sentido. Ora, então, a questão está tratada, do ponto de vista da legislação federal.

Por outro lado, o Ministro entende que a legislação baiana não constitui regulação da publicidade, mas legislação sobre proteção da criança, exigida por legislação federal, asseverando que “essa legislação, a meu ver, não é uma legislação sobre publicidade; é uma legislação sobre proteção da criança, proteção prioritária que a legislação federal exige, proteção em relação à questão

mercadológica, à comunicação mercadológica.” Tal afirmação parece apontar para o afastamento, no caso específico da lei baiana, da colisão entre o direito à publicidade e o direito à saúde.

A Ministra Carmem Lucia, por sua vez, apesar de acompanhar o Relator no tocante à constitucionalidade da lei, deixa clara, na antecipação ao seu voto, a sua opinião de que não vislumbrou inconstitucionalidade na norma impugnada exclusivamente porque esta não se restringiu a determinada forma de publicidade (ou produtos), referindo-se, de forma abrangente, a toda e qualquer comunicação mercadológica dirigida a crianças – o que, para a Ministra, não representaria inovação ao que já consta da legislação federal. A Ministra Carmem Lucia é contrária à proibição da publicidade como método educativo, conforme a seguir:

Eu digo isso, Presidente, porque supero e acho que a interpretação dada pelo Ministro-Relator, que é também a direção que dou ao meu voto, é no sentido de que aqui se repete o que se tem, nos termos da Constituição, na legislação nacional e, portanto, não haveria inovação e não vislumbro inconstitucionalidade formal. Na norma originária, que não é mais a que nós estamos julgando, como disse, eu veria uma inconstitucionalidade flagrante, porque a Constituição propõe, como primeiro valor, as liberdades.

Essa proposta permanente de proibir, como se proibir fosse educar, e não é, educação é mais do que isso, educação é formar e é preciso que se deixe às famílias, à sociedade, à escola, até porque não adianta proibir no espaço e, lá fora, haver alguém que tem um carrinho vendendo coisas exatamente com esses elementos. Mas, nesse espaço, estando proibido tudo que seja comunicação mercadológica, aí sim, tenho um direcionamento sobre a educação nesse sentido que é próprio de cada escola e que está na Constituição para preservar as crianças.

(...)

Educar é libertar, é fazer com que a pessoa possa, no crescimento pessoal, no crescimento humano, numa dimensão supra pessoal, fazer escolhas a partir de informações que são dadas pela escola. Não é proibindo, até porque, nesses casos, basta ter a oportunidade, que aquilo que é proibido é experimentado. Então, não acredito em nenhuma educação proibitiva, acredito na educação libertadora e acho que é isso que a Constituição propõe.

Importante esclarecer que a norma impugnada restringia originalmente a “publicidade de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio” e incluía veículos como rádio e televisão. A alteração da lei original, que foi objeto da ADI, modificou o artigo 1º para que passasse a proibir qualquer comunicação mercadológica dirigida às crianças nos estabelecimentos escolares. Vale ressaltar, ainda, que, ao mencionar expressamente a proibição em rádio e televisão, a lei alcança um mercado poderoso dos radiodifusores, inclusive tendo a ação sido proposta pela ABERT justamente por este motivo, na medida em que a publicidade em rádio e televisão constitui a

principal fonte de renda da indústria e qualquer restrição poderia impactar nas suas receitas.²⁸¹

Já em seu voto, a Ministra Carmem Lúcia se manifesta acerca do art. 220 da Constituição e defende que a publicidade, como liberdade de expressão, está sujeita à observância da saúde, afirmando que “o § 4o do art. 220 não traz rol taxativo, pois a propaganda comercial, como forma de manifestação de pensamento, está sujeita à observância à tutela da saúde” – o que representa uma abertura para medidas restritivas à publicidade de outros produtos que se mostrarem prejudiciais à saúde que não apenas o tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos e terapias. Ainda, defende que “é dever do Estado estabelecer políticas públicas voltadas à saúde e à educação infantil, exatamente na diretriz dos atos internacionais, incluída a orientação da Organização Mundial da Saúde”.

Pela análise do debate travado entre os Ministros nesta ADI, pode-se extrair que há uma preocupação entre eles quanto à violação da liberdade de expressão comercial. A recomendação da OMS para regular a matéria configura elemento relevante que parece justificar eventuais medidas restritivas para o STF, mas as restrições precisarão ser entendidas pelo tribunal como proporcionais e razoáveis, de forma que não sejam abrangentes demais. Por fim, alguns deles se manifestaram acerca da lei original apenas se referir a rádio e televisão e não mencionar internet. Uma futura medida restritiva deveria levar em consideração todos os meios de veiculação da publicidade, em respeito ao princípio da isonomia.

5.2. A experiência da Lei nº 11.265, de 2006

A referida lei regulamenta a comercialização de alimentos para lactantes e crianças de primeira infância e também a de produtos de puericultura correlatos, trazendo capítulos que tratam especificamente da publicidade e da rotulagem destes alimentos, e impondo restrições para a promoção comercial dos diversos produtos, além de regras específicas para as respectivas embalagens e rotulagens. A lei foi resultado de diversas ações em benefício da promoção do aleitamento materno que vem sendo adotadas no Brasil no âmbito do Programa Nacional de Incentivo ao

²⁸¹ O Ministro Marco Aurélio emitiu a opinião de que votaria pela ilegitimidade ativa da ABERT por este motivo, já que a lei sob análise, após sofrer alteração, não mais se refere ao campo de atuação da ABERT.

Aleitamento Materno (Pniam), do Ministério da Saúde. O histórico das medidas que justificaram a implementação nos interessa, pois podem ser utilizadas como experiência a ser seguida e justificar, por analogia, a implementação de medidas restritivas à publicidade de outros produtos nocivos à saúde.

Segundo o Ministério da Saúde²⁸², os benefícios resultantes do aleitamento materno para a criança e a mãe são conhecidos e comprovados cientificamente. No entanto, o índice de amamentação exclusiva para menores de 6 meses a ser alcançado até 2025, estabelecido pela Assembleia Mundial de Saúde, está bem abaixo do recomendado na maioria dos países, em decorrência do declínio da prática do aleitamento materno que ocorreu no final do século XIX. Este declínio resultou em importante impacto na mortalidade infantil, o que fez com que surgisse um movimento em prol do retorno à prática da amamentação. Dentre os motivos do declínio do aleitamento materno estão as crenças sobre amamentação, a inserção da mulher no mercado de trabalho, a influência das práticas hospitalares contrárias à amamentação por livre demanda, a industrialização de produtos e a criação de demandas por influência do marketing utilizado pelas indústrias e distribuidores de alimentos artificiais. Com isso, a OMS e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) recomendaram a criação de normas éticas para a comercialização de substitutos do leite materno, o que resultou na aprovação, em 1981, do Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno pela Assembleia Mundial de Saúde. O Pniam foi criado no mesmo ano no Brasil, com o objetivo de promover, proteger e apoiar o aleitamento materno, instituindo diversas medidas por meio de normas (portarias e resoluções) a partir de então, culminando, em 1988, com a adaptação do Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno às necessidades brasileiras, instituindo as Normas para Comercialização de Alimentos para Lactentes – Ncal, que inclui a Resolução nº 5 do Conselho Nacional de Saúde (CNS). Em 1992 a Ncal passou por sua primeira revisão, melhorando aspectos de rotulagem e assumindo a denominação de Norma Brasileira para Comercialização de Alimentos para Lactentes (NBCAL), o que foi considerado um marco no país por constituir instrumento legal para regular a

²⁸² BRASIL, Ministério da Saúde. “Bases para a discussão da Política Nacional de Promoção, Proteção e Apoio ao Aleitamento Materno”. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/bases_discussao_politica_aleitamento_materno.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2022.

promoção comercial e o uso apropriado dos alimentos que estão à venda como substitutos ou complementos do leite materno, bem como de bicos, chupetas e mamadeiras. Diversas ações foram promovidas pelo Ministério da Saúde em prol do aleitamento materno e, em 2006, foi instituído o Comitê Nacional de Aleitamento Materno do Ministério da Saúde, o qual tem como objetivo assessorar e apoiar a implementação das ações de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno. Nesse mesmo ano, obteve-se outro avanço na NBCAL, com a publicação da Lei nº 11.265/2006.

No caso dos alimentos ultraprocessados temos um caminho semelhante. A OMS apurou, por meio de estudos científicos, que o consumo destes produtos, ao lado do consumo do álcool e do tabaco, está resultando em DCNTs em todo o mundo, e representa 63% das mortes mundiais. No Brasil, estas doenças passaram a constituir a principal causa de mortes em adultos, como descrito no capítulo um do presente trabalho. Em 2013, a OMS publicou o *Global Action Plan For The Prevention and Control of Noncommunicable Diseases 2013-2020* (Plano de ação global de prevenção e controle de DCNTs 2013-2020), que introduz um leque de opções de políticas públicas a serem adotadas pelos Estados-membro, as quais, implementadas coletivamente, objetivam uma redução de 25% da mortalidade por DCNTs no mundo até 2025.²⁸³ No documento, a OMS recomenda que os governos sejam os atores chave no desenvolvimento de políticas públicas para a promoção da saúde e redução dos fatores de risco, promovendo ambientes que apoiem a saúde física e mental e promovam comportamentos saudáveis, utilizando incentivos e

²⁸³ No Anexo 3 ao documento, a OMS lista algumas opções, não exaustivas, de medidas que os Estados-Membro devem tomar para favorecer a alimentação saudável:

Implement the WHO Global Strategy on Diet, Physical Activity and Health (see objective 3, paragraphs 40–41)

Increase consumption of fruit and vegetables

To provide more convenient, safe and health-oriented environments for physical activity

Implement recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children (see objective 3, paragraph 38–39)

Implement the WHO global strategy for infant and young child feeding

Reduce salt intake

Replace trans fats with unsaturated fats

Implement public awareness programmes on diet and physical activity

Replace saturated fat with unsaturated fat

Manage food taxes and subsidies to promote healthy diet

Implement other policy options listed in objective 3 for addressing unhealthy diet and physical inactivity.

Fonte:

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/94384/9789241506236_eng.pdf;jsessionid=B2F9C0FFCA12DBA63F808997799EEFC?sequence=1>. Acesso em: 24 mar. 2022.

desincentivos, medidas regulatórias e fiscais, leis e outras opções de políticas e medidas educativas em prol da saúde.²⁸⁴

Em 2013, o Ministério da Saúde publicou a Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN)²⁸⁵, cuja atualização foi implementada por meio da Portaria No. 2.715 de 17 de novembro de 2011. O documento informa que a sociedade brasileira passou de um país que apresentava altas taxas de desnutrição, na década de 1970, a um país com metade da população adulta com excesso de peso, em 2008, e que “o excesso de peso – que compreende o sobrepeso e a obesidade – é considerado atualmente um dos maiores problemas de saúde pública, afetando todas as faixas etárias”. Informa, ainda, que

os indicadores de saúde e nutrição refletem as desigualdades de renda e raça que ainda persistem no país: mulheres negras e de baixa renda apresentam maiores percentuais de doenças crônicas quando comparadas a mulheres, da mesma idade, brancas e de renda mais alta. Entre os homens, a obesidade está mais presente entre os de renda mais alta, embora cresça em todos os estratos. (p. 19)

As diretrizes do PNAN têm como objetivo modificar os determinantes de saúde e promover a saúde da população. Dentre as suas diretrizes está a promoção da alimentação adequada e saudável, que tem como estratégia a educação alimentar e nutricional somada à

regulação de alimentos – envolvendo rotulagem e informação, publicidade e melhoria do perfil nutricional dos alimentos – e ao incentivo à criação de ambientes institucionais promotores de alimentação adequada e saudável, incidindo sobre a oferta de alimentos saudáveis nas escolas e nos ambientes de trabalho. (p. 32/33)

Em razão das transformações sociais da sociedade brasileira que impactaram na saúde e alimentação, com base nas novas diretrizes do PNAN e em consonância com as recomendações da OMS, em 2014, o Ministério da Saúde publicou a segunda edição do Guia Alimentar Para a População Brasileira, atualizando a primeira edição que havia sido publicada em 2006, apresentando informações e recomendações sobre alimentação que objetivam promover a saúde da sociedade brasileira. No capítulo 5, o Guia informa sobre os obstáculos à

²⁸⁴ OMS, Global Action Plan For The Prevention and Control of Noncommunicable Diseases 2013-2020, p. 30. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/94384/9789241506236_eng.pdf;jsessionid=B2F9C0FFCA12DBA63F808997799EEFC?sequence=1>. Acesso em: 24 mar. 2022.

²⁸⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_alimentacao_nutricao.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2022.

alimentação saudável, dentre os quais encontra-se a publicidade de alimentos ultraprocessados (p. 117), reconhecendo que a superação destes obstáculos em muitos casos requer políticas públicas e ações regulatórias do Estado que tornem o ambiente mais propício para a adoção das recomendações do Guia (p. 121).

Em 22 de maio de 2017, durante a Assembleia Mundial da Saúde, realizada pela OMS, em Genebra, Suíça, o Ministro da Saúde encaminhou formalmente ao Diretor-Geral Assistente da OMS, Oleg Chestnov, uma série de medidas que o Governo brasileiro estaria se comprometendo a implementar até 2019, visando o combate ao sobrepeso e obesidade no país²⁸⁶. O compromisso inclui medidas que assegurem a informação adequada do consumidor e restrições à publicidade do setor de alimentos ultraprocessados.

Neste passo, assim como aconteceu no caso do aleitamento materno, o país reconheceu a necessidade de implementar medidas que promovam a saúde da população por meio de políticas públicas que eduquem as pessoas sobre a importância da alimentação saudável e, ao mesmo tempo, restrinjam os obstáculos para a promoção da saúde; sendo a publicidade amplamente reconhecida como um destes obstáculos. Este fato, alinhado à norma do art. 220 § 3º, II, e § 4º, da Constituição Federal, permite afirmar que há, hoje, no Brasil, um ambiente jurídico, administrativo e social não apenas favorável, mas que exige a implementação de políticas públicas que restrinjam a publicidade de alimentos ultraprocessados, em especial por meio de lei federal, conforme preconizado pela Constituição, ainda que tais restrições se limitem, inicialmente, a determinados locais e horários de veiculação. Ressalte-se, por fim, que não há, desde a promulgação da Constituição Federal, lei federal que estabeleça medidas restritivas à publicidade de outros produtos nocivos à saúde que não sejam o álcool, tabaco, medicamentos e terapias, elencados no § 4º do art. 220, não tendo o Congresso Nacional, até o momento, elaborado nenhuma lei federal com base no art. 220 § 3º, II – que enquadraria os alimentos ultraprocessados.

Por fim, vale ressaltar que há atualmente seis projetos de lei (PL)²⁸⁷ tramitando nas esferas do Poder Legislativo e que envolvem medidas restritivas à

²⁸⁶ Fonte: <<https://telelab.aids.gov.br/index.php/2013-11-14-17-44-09/item/605-brasil-e-primeiro-pais-a-criar-metas-para-a-decada-da-nutricao>>. Acesso em: 24 mar. 2022.

²⁸⁷ O PL 1637/2007 se encontra na Câmara dos Deputados e tem como objetivo estabelecer restrições à publicidade de alimentos ultraprocessados. Apesar das medidas serem prioritariamente voltadas à proteção do público infantil, três incisos do parágrafo primeiro merecem destaque: “I -

publicidade que incluem em certa medida a publicidade de alimentos ultraprocessados, porém todos são direcionados precipuamente à proteção do público infantil, motivo pelo qual não supririam a lacuna legislativa relativa ao mandamento do art. 220 § 3º, II, da Constituição Federal, no tocante à publicidade dos alimentos ultraprocessados.

5.3. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

A ADO 26²⁸⁸, julgada em 2019 pelo plenário do STF, reconheceu (i) a omissão normativa do Estado e a superação temporal não razoável na implementação de ordens constitucionais de legislar a favor da criminalização da homofobia e da transfobia, assim como (ii) “a instrumentalidade da ADO na

obrigatoriedade de inclusão de mensagens de advertência de cunho sanitário; II - veiculação na mídia televisiva e eletrônica restrita ao horário das 21 às 6 horas; III - proibição de informar ou sugerir, por qualquer meio, qualidades nutricionais ou benefícios à saúde que não correspondam à realidade do produto”. Fonte: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360369>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

O PL 4815/2009, que também se encontra na Câmara dos Deputados, veda a comercialização de brinquedos acompanhados de lanches (Fonte: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=426002>>. Acesso em: 20 abr. 2022).

O PL 702/2011, também em tramitação na Câmara dos Deputados, restringe a veiculação de propaganda de produtos infantis em canais de tv aberta e fechada. (Fonte: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494596>>. Acesso em: 20 abr. 2022).

O PLC 106/2017 se encontra no Senado Federal e altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), para vedar nos estabelecimentos de ensino a divulgação de produtos, serviços, marcas ou empresas, salvo se oriunda da instituição de ensino e sua comunidade, quanto a suas atividades. (Fonte: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130903>>. Acesso em: 20 abr. 2022).

O PL 10695/2018 acrescenta normas gerais sobre a rotulagem de alimentos, dentre as quais proíbe qualquer tipo de comunicação direcionada ao público infantil quando os produtos alimentícios contiverem o selo de advertência. Além disto, vale destacar que, nestas hipóteses (quando os produtos alimentícios contiverem o selo de advertência), o PL também veda “informação nutricional complementar que induza o consumidor à compreensão de que o alimento é saudável ou que remeta a atributos saudáveis do produto”, o que constitui importante restrição, embora de forma isolada não seja suficiente para informar adequadamente o consumidor. (Fonte: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182645>>. Acesso em: 20 abr. 2022).

E, por fim, o PL 4501/2020, em trâmite no Senado Federal, proíbe a comercialização, propaganda, publicidade ou promoção no ambiente escolar, de alimentos e bebidas ultraprocessados, preparações à base de frituras e de preparações com a adição de gordura hidrogenada em seu preparo. (Fonte: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144610>>. Acesso em: 20 abr. 2022).

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26-DF. Min. Rel. Celso de Mello. Julgado em 13/06/2019.

colmatação e concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do poder público”.

Na ação, o STF afirmou que a ADO tem por objetivo

provocar legítima reação jurisdicional que (...) destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. (p. 9 do acórdão).

O tribunal julgou procedente a ADO 26 para

a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI +; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional (...); e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme (...).

Para os fins do presente trabalho, as determinações (a), (b) e (c) da decisão da ADO 26, transcritas acima, interessam. Em primeiro lugar, o STF reconheceu como inconstitucional a mora do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa. A mora do Congresso deixou de proteger adequadamente os direitos fundamentais dos integrantes do grupo LGBTQIA+. Além disto, o STF declarou inconstitucional a omissão normativa do Poder Legislativo da União, que não repreendeu penalmente condutas homofóbicas e transfóbicas de acordo com o que determinam os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal.

Alguns argumentos em favor da procedência da ADO 26 poderiam ser utilizados, por analogia, em eventual tese acerca da inconstitucionalidade da omissão do Estado em atender ao mandamento do art. 220 § 3º, II, da Constituição Federal, a fim de estabelecer, por meio de lei federal, medidas restritivas à publicidade de alimentos ultraprocessados –, havendo identificações em ambos os casos.

Os dispositivos constitucionais em questão na ADO 26 determinam que a lei deverá punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (XLI) e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e

imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (XLII), não se referindo, portanto, às práticas de homofobia e transfobia expressamente. No entanto, o STF enquadró estas práticas dentro do conceito de racismo e entendeu que a inércia da União em estabelecer punição por meio de lei para tais práticas constitui mora inconstitucional por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da Constituição, considerando que tal inércia está violando direitos humanos fundamentais de parcela da população brasileira – a população LGBTQIA+ –, no caso, a dignidade da pessoa humana, consubstanciada no direito à vida e ao tratamento não discriminatório.

O Grupo Gay da Bahia – GGB, admitido nos autos como *amicus curiae*, apresentou dados relacionados à violência contra a população LGBTQIA+, que demonstram, por meio de relatórios anuais que contêm os resultados do monitoramento feito pela associação, que o Brasil é “o campeão mundial desse tipo de crime” – números considerados assustadores pelo Ministro Relator e que revelam “inegável e inaceitável comportamento racista” – o que foi utilizado para fundamentar o seu voto. (p. 37-41 do acórdão).

No caso da publicidade de alimentos ultraprocessados, a Constituição Federal determina que compete à lei federal “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (art. 220 § 3º, II). Aqui o dispositivo constitucional também não menciona expressamente a publicidade de alimentos ultraprocessados, apenas imputando ao Estado o dever de legislar sobre medidas restritivas à publicidade de produtos que possam ser nocivos à saúde – que é justamente o caso destes alimentos, conforme conhecimento do Ministério da Saúde e evidências divulgadas pela OMS. Assim, é possível argumentar que, em que pese as recomendações da OMS/OPAS e o compromisso formalizado pelo Ministério da Saúde na Assembleia da OMS em 2017, a União se encontra omissa em relação à norma e a mora do Estado em legislar sobre o assunto está impactando na saúde pública, violando direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Ainda, reforçando o argumento, assim como aconteceu na ADO 26 com os dados apresentados pelo GGB, estudos científicos apresentados pela OPAS e o Ministério da Saúde mostram que as DCNTs constituem a principal causa de mortes no Brasil.

Vale ressaltar que o STF confirma, na ADO 26, o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo e, portanto, esta via não pode ser utilizada para implementar legislação por meio do Judiciário, o que deve ser feito apenas pelo Poder Legislativo. Entretanto, o tribunal entende a legitimidade da ação de inconstitucionalidade por omissão como “instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do Poder Público”. (p. 41 do acórdão).

Este é o entendimento do tribunal com relação à legitimidade da via processual:

É preciso ter presente, nesse contexto, que o direito à legislação só pode ser legitimamente invocado na presente sede processual, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de criar normas legais, como sucede na espécie, em que a Constituição claramente veicula, em bases impositivas, inquestionável mandado de incriminação: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI – grifei) e “a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei” (CF, art. 5º, XLII).

Vê-se, daí, que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT – por configurar inadimplemento manifesto de uma indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta por superior determinação constitucional – traduz situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República. (p. 42 do acórdão)

No caso do art. 220 § 3º, II, de forma análoga, o direito à legislação também poderia ser invocado por existir a previsão expressa no texto constitucional do dever estatal de criar norma legal que imponha medidas protetivas de direitos fundamentais – o direito à saúde e à vida da população, que se encontra sujeita à mecanismos de persuasão – publicidade –, que comprovadamente interferem na sua escolha de consumo e a leva a adquirir alimentos que são considerados nocivos à saúde, cujo consumo excessivo pode levar à doenças e à morte. Assim como aconteceu no caso da ADO 26, em que a legislação que pune o racismo não incluía os crimes de homofobia e transfobia, a tarefa legislativa do Estado no estabelecimento de medidas restritivas à publicidade dos produtos nocivos à saúde elencados no § 4º do art. 220 não incluem os alimentos ultraprocessados, que, ao lado do consumo do álcool e do tabaco (produtos cuja publicidade já se encontra restrita por força de lei federal), constituem as principais causas de DCNTs, porém não havendo, até o momento, lei federal que proteja o consumidor deste tipo de publicidade. Vale lembrar que o STF já se manifestou quanto ao fato de que a lista

de produtos elencados no § 4º do art. 220 não é taxativa, mas meramente exemplificativa, além do que o § 3º, II, do mesmo artigo, impõe a obrigação jurídica ao Estado de legislar sobre outros produtos que possam ser nocivos à saúde.

Na ADO 26, o STF também entendeu que

Assim, e para que possa atuar a norma pertinente ao instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a constatação de inércia congressual, de outro, de tal forma que, inadimplida a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, tornar-se-á possível imputar comportamento moroso ao Estado (ao Poder Legislativo da União, no caso) e reconhecer admissível, para efeito de eventual colmatação da omissão denunciada, o acesso legítimo à presente ação de controle normativo abstrato. (p.42)

Por este trecho da decisão, é possível argumentar que a inércia legislativa do Estado em estabelecer medidas restritivas à publicidade de alimentos ultraprocessados se enquadra na lógica estabelecida pelo STF para julgar procedente a ADO 26, qual seja: a de que existe, de um lado, uma imposição constitucional de legislar (art. 220, 3º, II) e, de outro lado, a constatação da inércia congressual (já que não há nenhuma lei federal que imponha medidas restritivas à publicidade destes alimentos, apesar das evidências de sua nocividade à saúde). Reforça, ainda, esta lógica, o fato de que, assim como na ADO 26, direitos fundamentais (direito à saúde, à vida e à proteção do consumidor) estão expostos a situações de dano efetivo ou potencial (sujeição à influência da publicidade na escolha de consumo, sem a adequada informação, e o conseqüente aumento da obesidade e das DCNTs) em razão da não observância pelo Estado do seu dever de tornar efetiva a proteção destes direitos, mesmo existindo comandos imperativos dirigidos ao legislador (art. 220, 3º, II), concitando-o a elaborar normas destinadas a protegê-los, conforme o seguinte trecho do acórdão:

Esse aspecto revela-se impregnado de inquestionável relevo jurídico, ainda mais se se considerar que o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (HC 104.410/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), tem assinalado, em sucessivos julgamentos, que os direitos fundamentais assumem não apenas a função de garantir às pessoas o acesso a posições jurídicas oponíveis ao Poder Público, mas também expressam o dever do Estado de tornar efetiva a proteção a esses mesmos direitos eventualmente expostos a situações de dano efetivo ou potencial”, enfatizando, no ponto, que a Constituição Federal estabelece, por meio de “mandados de criminalização”, comandos imperativos dirigidos ao legislador, concitando-o a elaborar normas de direito penal destinadas a proteger as liberdades fundamentais contra injustas agressões provenientes de terceiros, tal como ordenam as normas constantes dos incisos XLI e XLII do art. 5º de nossa Lei

Fundamental, cuja implementação se busca efetivar mediante utilização da presente ação constitucional: (...) (p. 42 do acórdão).

Segundo o STF, “o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental” e este último caso acontece quando o Poder Público deixa de “adotar as medidas legislativas que sejam necessárias para tornar efetivos, operantes e exequíveis os próprios preceitos da Constituição”, abstendo-se “de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs”, resultando daí a “inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público”. Tais omissões inconstitucionais representam “inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelo aparelho estatal”. (p. 44) A omissão caracteriza-se como abusiva no adimplemento da prestação legislativa pela superação excessiva de prazo razoável, diante do estado de mora do legislador.

A hipótese dos autos da ADO 26 traduz, para o STF,

uma típica situação de desrespeito à Lei Fundamental por omissão normativa unicamente imputável ao Congresso Nacional, eis que – decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da Carta Política –, esta, no que concerne à discriminação contra homossexuais e transgêneros, ainda não constituiu objeto da necessária regulação legislativa viabilizadora da proteção penal a ser dispensada aos integrantes da comunidade LGBT.

O mesmo decurso de tempo se segue com relação à omissão normativa imputável ao Congresso Nacional para que, por meio de lei federal, estabelecesse as medidas previstas no art. 220 § 3º, II com relação aos alimentos ultraprocessados, com a finalidade de proteção do direito à saúde e à vida do consumidor brasileiro.

Note-se, ainda, que na ADO 26, o STF não acolheu a alegação de que a existência de diversos projetos de lei que tratam do tema no âmbito do Congresso Nacional afastaria a sua inércia legislativa, reconhecendo, também, como manobras claramente protelatórias atividades de oposição de alguns parlamentares aos projetos de lei em tramitação do senado por muitos anos, considerando inquestionável a ausência de providência efetiva para sanar a inércia em deliberar sobre estes projetos de lei. (p. 48)

Para configurar a mora abusiva do Poder Legislativo, contudo, não precisa estar demonstrado o longo estágio de deliberação sobre as proposições já veiculadas (“mora deliberandi”), podendo também ser caracterizada na fase inaugural do

processo de elaboração das leis (“mora agendi”), “desde que evidenciada, pela superação excessiva de prazo razoável, inércia abusiva e inconstitucional do Poder Legislativo”, que justifica a intervenção do STF. (p. 49)

O Ministro Relator apresentou duas alternativas para a colmatação do vácuo legislativo na ADO 26, quais sejam: (a) a cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional; ou (b) a interpretação conforme à Constituição para reconhecer imediatamente que a homofobia e a transfobia se enquadram na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, tipificando-os como crime.

Segundo Gilmar Mendes e Lenio Streck²⁸⁹, para justificar o direito de ajuizar uma ADO é suficiente a configuração de um interesse público de controle, na medida em que não tem em vista a defesa de posições subjetivas, e o objeto da ADO poderá ser omissão legislativa federal ou estadual, ou ainda omissões administrativas que afetem a efetividade da Constituição. Segundo os autores, a concretização da Constituição deve ser feita, fundamentalmente, mediante a promulgação de lei, além de as restrições aos direitos fundamentais somente poderem ser estabelecidas mediante lei (que não pode afetar o seu núcleo essencial, como expressão da cláusula pétrea consagrada no art. 60, § 4º, da Constituição). Assim, “como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social”, constituindo, a omissão legislativa, portanto, “objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade em apreço”.²⁹⁰

Um possível argumento contrário à procedência de ADO que vise determinar que o Congresso Nacional concretize a norma constitucional do art. 220 § 3º, II, mediante elaboração de lei federal, seria alegar-se que o Código de Defesa do Consumidor, por meio do art. 37, constitui lei federal que já estabelece as medidas determinadas no citado dispositivo legal. Contudo, tal argumento não merece prosperar, pois que o art. 37 do CDC apenas proíbe a publicidade enganosa e abusiva e não estabelece medidas suficientes para a proteção da saúde da sociedade contra a publicidade específica de produtos nocivos como os alimentos ultraprocessados, conforme verificado nos capítulos anteriores do presente

²⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Edição do Kindle. Posições 76153/76197.

²⁹⁰ *Ibid.*

trabalho. Além disto, para a publicidade de outros produtos considerados nocivos à saúde com base em evidências científicas e recomendações da OMS, existe lei federal específica que impõe as necessárias medidas restritivas, como a publicidade dos produtos que substituem o aleitamento materno (Lei 11.265/2006), assim como a do tabaco, bebidas alcólicas e medicamentos (Lei 9294/96, conforme alterações).

Deste modo, acreditamos que a decisão do STF na ADO 26 constitui precedente (embora não vinculante, mas cujos elementos e argumentos possam ser utilizados por analogia) favorável para a admissão de ADO como via processual juridicamente viável para buscar sanar a mora do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria de publicidade de alimentos ultraprocessados, com base no mandamento constitucional estabelecido no 220 § 3º, II.

6. Conclusão

O intuito do presente trabalho foi apresentar um panorama do regime jurídico do controle da publicidade no Brasil e analisar a sua aplicação e suficiência quando a publicidade se refere a produtos nocivos à saúde, especialmente no caso dos alimentos ultraprocessados, cuja nocividade ainda é pouco conhecida pela sociedade em geral.

A noção de determinantes comerciais da saúde divulgada pela OMS/OPAS, que traz a publicidade como um dos principais fatores de disseminação de DCNTs, não apenas alertou para a necessidade de os países adotarem medidas restritivas específicas à prática da publicidade destes produtos não saudáveis, mas também colocou luz em um questão que talvez seja pouco debatida no Direito brasileiro: apesar de existirem normas que protegem o consumidor da publicidade enganosa e abusiva no CDC (além de um Código de Autorregulamentação Publicitária, aplicável por meio da atuação do CONAR), a prática deste controle talvez não alcance o objetivo almejado, por diversos fatores que se transformam em um grande problema de insuficiência quando analisados de forma conjunta.

Em primeiro lugar, por estas normas introduzirem conceitos indeterminados, conforme demonstrado no capítulo 3, a última palavra para definir se o caso de fato se trata de publicidade enganosa ou abusiva, delimitando o alcance e aplicação destes conceitos à luz das circunstâncias do caso concreto, cabe ao Poder Judiciário. Isto requer uma ação judicial e todos os custos e complexidades decorrentes do acesso ao judiciário, inclusive a contratação de advogados e o interesse e esforço para agir. Por interesse e esforço para agir, entendem-se aqui os restritos legitimados a defenderem os interesses coletivos dos consumidores e a decisão destes em recorrer a uma ação judicial para defender tais direitos, considerando-se que os órgãos públicos, como o Ministério Público, não detêm a defesa dos consumidores contra a publicidade enganosa e abusiva como única função e, no tocante às associações privadas de proteção aos consumidores, estas também dispõem de recursos limitados. Ainda, uma vez no Judiciário, há pouca previsibilidade quanto ao resultado da ação, o que acaba sendo levado em consideração antes de ajuizá-la.

Esta situação conduz a outra consequência: não há como afirmar com certeza se todos ou a maioria dos casos de publicidade potencialmente abusiva ou

enganosa chegam ao Procon ou ao CONAR, ou ao Poder Judiciário, na medida em que não há uma fiscalização pelo Poder Público e acaba dependendo de denúncia de pessoas lesadas ou potencialmente lesadas. Neste sistema, caso o próprio consumidor ou uma associação privada de defesa dos consumidores não identifique o potencial enganoso ou abusivo da mensagem publicitária, dificilmente esta mensagem será denunciada, provavelmente passando despercebida e produzindo os efeitos perniciosos da publicidade ilícita na sociedade. Adiciona-se a isto que, uma vez havendo a denúncia, o processo leva tempo e a publicidade dificilmente será retirada do ar durante o período previsto para a campanha, enquanto se encontra sob análise, não impactando a denúncia e a decisão, desta forma, na sua finalidade junto ao consumidor.

Somado a estes pontos está o fato de a autorregulamentação do CONAR ser reconhecida por muitos, inclusive o STF (por exemplo, no caso da ADO 22), como órgão atuante e efetivo no controle da publicidade no Brasil, o que vimos no capítulo 4 não ser exatamente verdade quando se analisa a sua atuação um pouco mais a fundo, especialmente porque o CONAR tem como propósito proteger a atividade publicitária e não o consumidor; as suas decisões não terem efeito mandatório, sendo meras recomendações; e haver um conflito de interesses essencial na sua atuação, na medida em que o seu Conselho e administração são compostos por representantes de grandes corporações privadas que detêm interesses econômicos na atividade publicitária.

O regime do controle da publicidade no Brasil, conforme estas características brevemente resumidas, conduz à questão quanto a se este se mostra inteiramente suficiente para proteger o consumidor dos efeitos de qualquer publicidade abusiva e enganosa, ainda que, em alguns casos, anunciantes venham a ser posteriormente condenados a reparações. No entanto, esta dúvida parece deixar de existir quando os produtos anunciados são alimentos ultraprocessados, que são nocivos à saúde e cujo consumo pode levar a DCNTs. Nestes casos, os “efeitos danosos à sociedade pela publicidade abusiva ou enganosa” não são puramente materiais ou financeiros (potencialmente reparáveis dependendo do resultado da ação judicial ou administrativa, ou do atendimento às recomendações do CONAR), como acontece no caso da publicidade de outros produtos que não sejam nocivos à saúde. Ao contrário, podem levar os consumidores a contrair doenças e até mesmo à morte – portanto, são efeitos que, em tese, não deveriam ser

tolerados, pois podem ser irreparáveis, violando os direitos fundamentais à saúde e à vida, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui o próprio “núcleo essencial” da nossa Constituição Federal. Por isso, demandam políticas públicas que assegurem medidas específicas para a proteção dos consumidores contra os efeitos nocivos à saúde que resultam deste tipo de publicidade.

No caso específico da publicidade de alimentos ultraprocessados, o trabalho sugere, ainda, que a publicidade em si poderia ser considerada abusiva *lato sensu*, independentemente de serem encontradas mensagens enganosas ou abusivas *stricto sensu* nos seus materiais publicitários, tendo em vista que (i) não informa adequadamente o consumidor sobre dado essencial do produto – o fato de causarem DCNTs que podem levar à morte; e (ii) visa a persuadir o consumidor a comprar produtos nocivos à sua saúde, induzindo-o a este comportamento, sendo o enunciado do § 2º do art. 37 do CDC suficiente para enquadrar esse tipo de mensagem como abusiva e justificar a proibição ou a restrição da publicidade destes produtos.

Neste contexto, buscou-se analisar a possibilidade de se estabelecer medidas restritivas à publicidade de alimentos ultraprocessados previamente à veiculação das campanhas publicitárias, por meio de lei específica. Para tanto, foi analisada a interpretação concedida ao direito à publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, que aponta para uma dupla camada de proteção: como atividade econômica, com fundamento no direito à livre iniciativa; e na liberdade de expressão, inserida dentro do conceito de liberdade de comunicação das empresas e na proteção das mensagens pela liberdade de criação artística. Quanto à proteção amparada pela livre iniciativa, foi identificado o debate quanto a como dever ser interpretado este direito à luz da Constituição Federal, verificando-se correntes distintas: a que lê a livre iniciativa em si como direito fundamental, com base em um enfoque mais liberal; e a corrente que entende que a livre iniciativa deve ser interpretada sob a perspectiva de seus valores sociais, correspondendo o direito fundamental aos valores sociais da livre iniciativa. Já sob o enfoque da liberdade de expressão, verificou-se debate mais amplo. Parte da doutrina entende que o direito à publicidade não estaria protegido pelo direito fundamental à liberdade de expressão, pois que a informação veiculada se trata de instrumento de persuasão e não estaria inserida dentro do conceito de livre manifestação do pensamento. As

informações, elementos, desenhos gráficos, slogans, que compõem a publicidade estariam protegidas pela liberdade de criação artística, desde que a publicidade em si seja lícita. Outra corrente entende que o direito à publicidade está protegido como direito fundamental por força da liberdade de comunicação das empresas, prevista no art. 220 da Constituição Federal. O STF ainda não se posicionou quanto à definição da proteção da publicidade no Brasil, tendo sido identificada uma tendência, por meio de aproximações dos Ministros em decisões que envolvem o tema, ao reconhecimento da proteção pela liberdade de expressão, embora não tenha ainda se posicionado quanto aos contornos desta proteção – se há uma liberdade de expressão do discurso comercial que se difere da, e apresenta grau de proteção menor do que, a liberdade de expressão que protege o discurso não comercial, a exemplo do entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Por fim, o trabalho propõe que, como resultado da ponderação entre os direitos conflitantes já realizada pelo legislador constitucional, o art. 220 § 3º, II, da Constituição Federal admite e determina a imposição de medidas legais “que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”, por meio de lei federal. O trabalho defende ser possível enquadrar a publicidade de alimentos ultraprocessados – como produtos que podem ser nocivos à saúde – no escopo da publicidade que pode ser restringida por meio de lei federal, nos termos do dispositivo constitucional citado, considerando-se que a OMS e o Ministério da Saúde recomendam que estes alimentos sejam evitados e identificam a sua publicidade como fator comercial determinante para a influência do consumidor na escolha de tais produtos.

O trabalho buscou analisar, ainda, os históricos da promulgação da Lei 11.265/2006 e do reconhecimento da LGBTQIA+ fobia como crime de racismo, por meio da ADO 26, a título de situações anteriores análogas, propondo que, lidos em conjunto com as manifestações dos Ministros do STF no acórdão da ADI 5631, poderiam direcionar possíveis caminhos para a elaboração e promulgação de lei federal que estabeleça medidas restritivas à publicidade de alimentos ultraprocessados com base no preceito constitucional do art. 220 § 3º, II, à luz das recomendações da OMS, que, baseadas em evidências científicas, reconhecem a publicidade destes produtos como determinantes comerciais da saúde.

7. Referências bibliográficas

AMERICAN MARKETING ASSOCIATION – AMA. *Marketing v. Advertising - Discover the differences between marketing and advertising and how each relates to modern business*. Disponível em: <<https://www.ama.org/pages/marketing-vs-advertising/>>. Acesso em: 14 out. 2021.

ANVISA. Gerência de Processos Regulatórios. Biblioteca de Alimentos, 07 mai. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/regulamentacao/legislacao/bibliotecas-tematicas/arquivos/biblioteca-de-alimentos>> Acesso em: 15 jan. 2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. Rotulagem de alimentos. 07 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/alimentos/rotulagem>>. Acesso em: 07 dez. 2021.

ANVISA, Gerência Geral de Alimentos. *Codex Alimentarius*. 16 ago. 2016. Disponível em: <https://www.iciet.fiocruz.br/sites/www.iciet.fiocruz.br/files/Codex%20Alimentarius_%20Minist%C3%A9rio%20Anvisa.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO – ABERT e outros. Nota Pública – Publicidade Infantil, 07 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.abert.org.br/web/index.php/notmenu/item/22580-nota-publica-publicidade-infantil>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BAGGIO, Andreza Cristina; MUSSOI, Helio Gustavo. A Recriação Do Conselho Nacional De Defesa Do Consumidor e o Conflito entre a Proteção dos Consumidores e a Defesa da Liberdade Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Jan/Fev 2022.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Direito à saúde, consumo de tabaco e vulnerabilidades: por que, no Brasil, as vulnerabilidades não são consideradas na distribuição dos encargos sociais? *Revista de Direito do Consumidor*. V. 138. Nov/Dez 2021.

BARCELLOS, Cleudes Teresinha Maffei. *Investimentos em patrocínio na modalidade de naming rights: empresas que praticam esses negócios no Brasil e características deste mercado*. Dissertação (mestrado). Orientação: Professor Dr. Roberto Frota Decourt. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luis Roberto. Os Valores Sociais da Livre Iniciativa. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* Comentários à Constituição do Brasil. Editora Saraiva. Edição do Kindle.

BARIFOUSE, Leonardo. O controle jurídico da publicidade na trincheira do consumismo. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 116, mar/abr 2018, (versão digital/Proview).

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

BEZERRA, Glicia Maria Pontes. *Liberdade de expressão comercial: autorregulamentação como estratégia corporativa do setor publicitário*. Tese (doutorado) Universidade federal de Pernambuco, Orientador Prof. Dr. Maria Eduarda da Mota Rocha. Programa de Pós Graduação em Sociologia, 2015.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *O Controle Jurídico da Publicidade*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 9, Jan-Mar 1994.

BENJAMIN, Antonio Herman V, MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Rosco. *Manual de Direito do Consumidor*. Ed. Revista dos Tribunais, 9ª Edição. São Paulo: 2021.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos *et al.* *O conceito jurídico de consumidor*. Revista dos Tribunais, v. 628, pp. 69-79, 1988.

BOTELHO, Juliana Santos. *O Conar e a regulação da publicidade brasileira*. Libero. São Paulo, v. 13, n. 26, pp. 125-134, dez. de 2010.

BOZA S, SACO V, POLANCO R. *Rotulagem nutricional frontal de alimentos na América Latina: revisão das experiências do Chile e do Peru*. Boletim do Instituto de Saúde. Vol. 21. No. 1. Julho/2020, pp. 151-160.

BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Os Valores Sociais do Trabalho. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. EEdição do Kindle. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição – PNaN*. 1ª ed., 1ª reimpr. – Brasília: Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. *United Nations Decade of Action on Nutrition – Brazilian Commitments 2016-2025*. CGM no. 19. Genebra, 2017. Disponível em: <https://cdn.who.int/media/docs/default-source/nutritionlibrary/departmental-news/brazil-doa-commitments.pdf?sfvrsn=4c7c0512_2>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Guia Alimentar Para a População Brasileira*. 2ª Ed. 2014. Disponível em: <https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/guia_alimentar_populacao_brasileira_2ed.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL, Ministério da Saúde. *Bases para a discussão da Política Nacional de Promoção, Proteção e Apoio ao Aleitamento Materno*. Brasília, DF, 2017. Disponível em:

<https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/bases_discussao_politica_aleitamento_materno.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resolução 163, de 13 de março de 2014. Diário Oficial da União, Seção 1, no. 65, 04/04/2014. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=04/04/2014>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo em REsp nº 259.903 - SP, Min. Rel. Herman Benjamin, DJe 25/09/2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 1558086-SP. Relator Min. Humberto Martins. Julgado em 10 mar. 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp nº 1.613.561-SP. Relator Ministro Herman Benjamin. J. 25/04/2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. Ed. Forum. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Constitui%C3%A7%C3%A3o-e-o-Supremo-Vers%C3%A3o-Completa-__-STF-Supremo-Tribunal-Federal.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão Ação Direta de Inconstitucionalidade 5432-SC, rel. Min. Dias Toffoli, J. 19.09.2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão Ação Direta de Inconstitucionalidade 5631-DF, rel. Min. Edson Fachin, J. 25.03.2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26-DF. Min. Rel. Celso de Mello. Julgado em 13/06/2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário No. 349.686-7 -PE, Min. Rel. Ellen Gracie, J. em 14/06/2005. DJ 05/08/2005.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. APL: 00081961420118260053 SP 0008196-14.2011.8.26.0053, Relator: Marcelo Berthe, Data de Julgamento: 10/02/2014, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/02/2014.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 1ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 0025180- 44.2009.8.26.0053. Relator Des. Vicente de Abreu Amadei, J. 27/11/2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Órgão Especial. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0101997-61.2015.8.24.0000. Relator Des. Rodrigo Collaço. J. 23 mai. 2016. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/avancar-competencia-uniao-estados-lei.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRITO, Dante Ponte de, ARAGÃO, Ana Luiza Masstalerz Pires. “Responsabilidade civil pela veiculação de publicidade infantil no YouTube: análise jurisprudencial e doutrinária do Caso Mattel”. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 139. Jan/Fev 2022.

BUSS, Paulo Marchiori. FILHO, Alberto Pellegrini. *A Saúde e Seus Determinantes Sociais*. Revista Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 17(1): pp. 77- 93, 2007.

CARBONELL, Miguel. *El Fundamento de la Libertad de Expresión en la Democracia Constitucional*. Biblioteca Jurídica Virtual do Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional do México, 2014.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. Propaganda Enganosa e Abusiva. *Revista da EMERJ*, v.4, n.15, 2001, pp. 124-125

CASSUCCI, B.; BRAGA, M. Corinthians receberá R\$ 300 milhões em 20 anos por *naming rights*; veja os detalhes do acordo. *Globo Esporte*, Rio de Janeiro, 01 set. 2020. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/times/corinthians/noticia/noticias-corinthians-valores-detalhes-naming-rights-arena-hypera-farma.ghtml>> Acesso em: 16 out. 2021.

CESSE, Eduarda Ângela Pessoa. *Epidemiologia e determinantes sociais das doenças crônicas não transmissíveis no Brasil*. Tese de Doutorado em Saúde Pública. Centro de Pesquisas Aggeu, Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, 2007. Orientador: Eduardo Maia Freese de Carvalho. P. 119-123.

CHEMERINSKY, Erwin; FISK, Catherine. “What Is Commercial Speech? The Issue Not Decided *In Nike v. Kasky*”. *Case W. Law Review*, Vol. 54:4, 2003-2004.

CLEVE, Clemerson. Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial. *Revista Crítica Jurídica*. N. 24. Jan/Dez 2005.

CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Apresenta informações sobre o histórico, missão e decisões do órgão. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

COSTA, Caroline dos Santos et al. *Consumo de alimentos ultraprocessados e associação com fatores sociodemográficos na população adulta das 27 capitais brasileiras (2019)*. *Revista de Saúde Pública*. Vol. 55, 2021. Disponível online em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8317992/#top>>. Acesso em: 12 out. 2021.

CURY, Laura; SOUZA, Ladyane e ALBIERO, Marília. “*Próxima Estação: [nome da sua empresa]*”. ACT Promoção da Saúde. Disponível em: <<https://actbr.org.br/post/monitoract->

junho/18936/?utm_source=boletim_monitoract&utm_medium=boletim_monitorea ct&utm_campaign=monitoract_junho_2021>. Acesso em: 16 out. 2022.

DALSENTER, Thamís. Lei da Liberdade Econômica e Seu Desprestígio à Autonomia Privada no Direito Contratual Brasileiro. *Migalhas*. 16/04/2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/324733/lei-da-liberdade-economica-e-seu-desprestigio-a-autonomia-privada-no-direito-contratual-brasileiro>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

DE LACY-VAWDON, C., LIVINGSTONE, C. *Defining the commercial determinants of health: a systematic review*. BMC Public Health, V. 20, 1022, 2020. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1186/s12889-020-09126-1#citeas>>. Acesso em: 16 out. 2022.

DIAS, Lucia Ancona L. de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Saraiva. 3ª Ed. São Paulo: 2018.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A Proteção do Consumidor na Sociedade da Informação: atualidades e perspectivas*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, 1999.

DUARTE, Simone Lulli. *O Dolus Bonus na Publicidade Empresarial*. Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos, Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior. Mai/2012.

DURANDIN, Guy. *As Mentiras na Propaganda e na Publicidade*. Trad. Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN Editora, 1997.

GARCIA, Diego. Pobreza extrema afeta 13,7 milhões brasileiros, diz IBGE. Folha de São Paulo, São Paulo, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/11/pobreza-extrema-afeta-137-milhoes-brasileiros-diz-ibge.shtml#:~:text=Pobreza%20extrema%20afeta%2013%2C7,11%2F2020%20%2D%20Mercado%20%2D%20Folha>>. Acesso em: 19 nov. 2022.

GODOY, Renato. “Conanda Afirma: Toda Publicidade Para Criança é Abusiva”. Revista Carta Capital, 08/04/2014. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/conanda-afirma-toda-publicidade-para-crianca-e-abusiva-4400/>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

GONZALEZ, Virginia Valiate. *A Trajetória da Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde*. Dissertação (Mestrado). Orientadora: Celia Maria de Almeida. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2015.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. FUNDAÇÃO PROCON SP. “PROCON SP -35 Anos – Edição Comemorativa”, 2011. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/wp-content/uploads/files/livro_procon_35_anos.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988* (interpretação e crítica). Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, p. 220-1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Volume Único*. Forense. Edição do Kindle, 2018.

GRINOVER, ADA Pellegrini *et al.*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Volume único. 12ª Ed. Forense, RJ, 2018.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e Argumentar*. Vol. 1, 2ª reimpr., Editora D'Placido, Belo Horizonte, 2021.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Sartezini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que Dela Participam*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2007.

GUIMARÃES, Julia Soares et al. *Ultra-processed food and beverage advertising on Brazilian television by International Network for Food and Obesity/Non-Communicable Diseases Research, Monitoring and Action Support benchmark*. Public Health Nutrition. V. 23. Mai/2020, p. 2657-2662. Disponível em: <<https://publicidadedealimentos.org.br/wp-content/uploads/2020/10/Ultra-processed-food-and-beverage-advertising-on-Brazilian-television-by-International-Network-for-Food-and-Obesity-Non-Communicable-Diseases-Research-Monitoring-and-Action-Support-benchmark.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2022.

HALL, Kevin D. et al. *Ultra-Processed Diets Cause Excess Calorie Intake and Weight Gain: An Inpatient Randomized Controlled Trial of Ad Libitum Food Intake*. Cell Metabolism, V. 30, Jul/2019. pp. 67-77. Disponível em: <[https://www.cell.com/cell-metabolism/pdf/S1550-4131\(19\)30248-7.pdf](https://www.cell.com/cell-metabolism/pdf/S1550-4131(19)30248-7.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2022.

HASSAN, Bruna. Anitta e a publicidade de alimentos ultraprocessados e bebidas alcoólicas. ACT Promoção da Saúde. Boletim de Monitoramento, mar 2020. Disponível em: <<https://actbr.org.br/uploads/arquivos/boletim-monitoramento/boletim-monitoramento-marco2020.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

HENRIQUES, Isabella. Diretora de Defesa e Futuro do Instituto ALANA. *In Nota de Apresentação no Parecer “A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil”* de autoria de Virgílio Afonso da Silva, encomendado e publicado pelo Instituto Alana. São Paulo, jul./2012.

HORTA, Paula M, RODRIGUES, Fernanda T e SANTOS, Luana C. *Ultra-processed food product brands on Facebook pages: highly accessed by Brazilians through their marketing techniques*. Public Health Nutrition, Fev. 2018. Disponível

em: <https://actbr.org.br/uploads/arquivos/UPP_brands_on_facebook.pdf>. Acesso em: 16 out. 2022.

IABNEWS. Falta de critérios na Lei da Liberdade Econômica para hipótese de intervenção nos contratos é criticada. 30 set. 2019. Disponível em: <<https://www.iabnacional.org.br/noticias/falta-de-criterios-na-lei-da-liberdade-economica-para-hipotese-de-intervencao-nos-contratos-e-criticada>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Idec compõe grupo de trabalho da Anvisa sobre rotulagem nutricional*. 13 jun. 2014. Disponível em: <<https://idec.org.br/em-acao/em-foco/idec-compe-grupo-de-trabalho-da-anvisa-sobre-rotulagem-nutricional>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. *De olho nos rótulos dos alimentos*. [2022]. Disponível em: <<https://idec.org.br/de-olho-nos-rotulos#americalatina>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

JAHIEL René I, BABOR Thomas F. *Industrial epidemics, public health advocacy and the alcohol industry: lessons from other fields*. *Addiction*. 2007 Sep;102(9):1335-9. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/17697267/>> Acesso em: 13 out. 2021.

JUNIOR, Nelson Nery. O Regime da publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 15. Jul/Set 1995. (versão Proview).

KICKBUSCH, Ilona *et al.* *The Commercial Determinants of Health*. *The Lancet*. Vol. 4, Dec., 2016.

LEITE, Fabio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Vol. 9. Jan/Jul 2000. pp. 40-83.

LEITE, Fabio Carvalho. Nem todo case é um hard case: reflexões sobre a resolução dos conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade no Brasil. In Coord. ABREU, Célia Barbosa *et al.* *Debates sobre Direitos Humanos Fundamentais*. Vol. 1. Gramma, Rio de Janeiro, 2017.

LIDICE, S. Chile se destaca na agenda de políticas de nutrição. *Jornal da USP*, São Paulo, 08 jun. 2021. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/chile-se-destaca-na-agenda-de-politicas-de-nutricao/>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. *O consumidor e a publicidade*. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais.

LORENZO, Claudio. *Vulnerabilidade em Saúde Pública: implicações para as políticas públicas*. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 2 n.3, 2006.

LUNARDI, Henrique Lapa. *Sociedade de consumo hiperconectada*. Editora Dialética. Edição do Kindle.

MAIA, E. G. et al. *Análise da publicidade televisiva de alimentos no contexto das recomendações do Guia Alimentar para a População Brasileira*. Cad. Saúde Pública, 2017.

MALHEIRO, Emerson Penha, PIMENTA; Enki Della Santa. A responsabilidade civil do digital influencer nas relações de consumo na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 137, set/out 2021.

MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311, p. 1858-1859. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcóolicas e tabaco por lei federal. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública (art. 170, CF/88). *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 59. Jul/Set 2006, (versão digital/Proview).

MAZON, Marília. O Controle e a Prevenção do Dano ao Consumidor Perante a Publicidade Abusiva, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 78, abril-junho, 2011.

Meio& Mensagem. Cheetos leva público para festa na casa de Anitta. 10 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2020/01/10/cheetos-leva-publico-para-festa-na-casa-de-anitta.html>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

MELLO, Rodrigo Gaspar. *Liberdade de Expressão*. Honra e Censura Judicial. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. In CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. Edição do Kindle. 2018

MIALON, Melissa. An Overview of The Commercial Determinants of Health, in *Globalization and Health*, 2020.

MIRAGEM, Bruno. *A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente* (Conanda). Parecer encomendado pelo Instituto ALANA. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022.

MONTEIRO, Maria Clara Sidou. *A autorregulamentação em questão: a legitimidade do CONAR e a participação da esfera pública na discussão da*

publicidade para a criança. Trabalho apresentado no XXXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Fortaleza, CE – 3 a 7/9/2012.

NETO, Claudio Ferreira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Editora Forum, Belo Horizonte, 2017.

Observatório de Publicidade de Alimentos – OPA. Disponível em: <<https://publicidadedealimentos.org.br/caso-documentado/produtos-de-mel-nao-tem-mel/>>. Acesso em: 16 out. 2022.

OLIVEIRA, S. Receita da Nestlé cresce 3,3% e atinge US\$ 94,5 bilhões no acumulado de 2021. CNN Brasil, 17 fev. 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/receita-da-nestle-cresce-33-e-atinge-us-9459-bi-no-acumulado-de-2021/#:~:text=Valores%20a%20Receber-,Receita%20da%20Nestl%C3%A9%20cresce%203%2C%25%20e%20atinge%20US%24,bilh%C3%B5es%20no%20acumulado%20de%202021&text=A%20Nestl%C3%A9%20informou%20nesta%20quinta,francos%20su%C3%AD%C3%A7os%20no%20ano%20anterior>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global action plan for the prevention and control of noncommunicable diseases 2013-2020*. Genebra: OMS; 2013. Disponível em <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/94384/9789241506236_eng.pdf;jsessionid=B2F9C0FFCA12DBA63F808997799EEFC?sequence=1>. Acesso em: 12 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Report of the Commission on Ending Child Obesity* (Relatório da Comissão de Erradicação da Obesidade Infantil), 2016, p. 18. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204176/9789241510066_eng.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DA SAÚDE – OPAS. *Marco de Referência Sobre a Dimensão Comercial dos Determinantes Sociais da Saúde: Articulação com a Agenda de Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis*. Disponível em: <<https://iris.paho.org/handle/10665.2/52975>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – OPAS. CD58/INF/6 - *Plano de ação para a prevenção e controle de doenças não transmissíveis: Relatório final*. 58º Conselho Diretor, 72ª Sessão do Comitê Regional da OMS para as Américas; 2020, 28 e 29 de setembro; sessão virtual. OPAS; 2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/documentos/cd58inf6-plano-acao-para-prevencao-e-controle-doencas-nao-transmissiveis-relatorio-final>>. Acesso em: 12 out. 2021.

PARAJE, Guillermo *et al.* *The effects of the Chilean food policy package on aggregate employment and real wages*. Food Policy. Vol. 100, 2021, 102016. Disponível em: <<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0306919220302220?token=A5098330>>

BA4D0612CF7E46755DBEFB34086333D9F09C4FFEB4FD91D2FA82959B5B
EA67D64A0C12665DFFC3B51B4BF1B1&originRegion=us-east-
1&originCreation=20220309143343>. Acesso em: 08 mar. 2022.

PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade é Matéria De Ordem Econômica, Não Política. *CONJUR*, publicado em 06/05/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-06/adalberto-pasqualotto-publicidade-liberdade-economica>>. Acesso em: 06 out. 2022.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Publicidade enganosa e abusiva: uma análise sobre a efetividade do seu controle com base em decisões do STJ e do Conar*. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 139. ano 31. pp. 195-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/92900151/v20220139/page/RR-9.8>> Acesso em: 08 mar. 2022.

PASQUALOTTO, Adalberto. Autorregulamentação da Publicidade: um estudo de modelos europeus e norte-americano. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 112. ano 26. p. 115-148. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2017.

PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e Publicidade em Ritmo de Descompasso. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 100. Jul/Ago 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. Apple Books.

PEÇANHA, Vitor. *O que é Marketing: tudo o que você precisa saber sobre a arte de conquistar e fidelizar clientes*. Blog Rockcontent, Jul. 2020. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/o-que-e-marketing/>. Acesso em: 14 out. 2021.

POST, Robert. *The Constitutional Status of Commercial Speech*. 48 *UCLA Law Review* 1(2000).

PROMOVIEW. Cheetos fortalece identidade em campanha com Anitta. 07 abr. 2022. Disponível em: <<https://www.promoview.com.br/blog/redacao/publicidade/cheetos-identidade-campanha-anitta.html>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

ROJAS, Carlos Felipe Urquizar, SPINILLO, Carla Galvão. InfoDesign | *Revista Brasileira de Design da Informação / Brazilian Journal of Information Design*. São Paulo | v. 18 | n. 1 [2021], pp. 1 – 28.

SACCHITIELLO, B. Assim como Anitta, Cheetos quer ganhar o mundo. *Meio & Mensagem*, 01 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2017/06/01/assim-como-anitta-cheetos-quer-ganhar-o-mundo.html>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

SARLET, Ingo, SARTORI, Paola. A rotulagem de alimentos e o direito fundamental à informação dos consumidores: uma análise sob a ótica da criação

industrializada de animais. *Revista de Direito Econ. Socioambiental*. V. 9. Set/Dez 2018, Curitiba, pp. 347-365.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista TST*, Brasília, Vol. 75, no. 3, jul/set 2009.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 220 – Da Comunicação Social – da Constituição Federal. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Edição do Kindle. 2018.

SCHAUER, Frederik. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press. London, England, 2009, cap. 3.

SCIARRETTA, Toni. Nubank: Prospecto revela contrato de R\$ 35 milhões com a cantora Anitta. Bloomberg Línea, 01 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.bloomberglinea.com.br/2021/11/01/nubank-prospecto-revela-contrato-de-r-35-milhoes-com-a-cantora-anitta/#:~:text=Bloomberg%20L%C3%ADnea%20%E2%80%94%20prospecto%20do,R%24%2035%20milh%C3%B5es>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

SHAHEED, Farida. Organização das Nações Unidas (ONU). *Relatório Sobre o Impacto do Marketing na fruição dos Direitos Culturais*. Relatório apresentado na 69ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York em 28 de outubro de 2014. Tradução em português pelo Instituto ALANA em 2016. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/RELATORIO_FARIDA_ONU.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

SILVA, Michel César; BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; BRITO, Priscila Ladeira Alves. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 2, pp. 01-21, mai.-ago./2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil*. Parecer encomendado pelo Instituto Alana, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_Virgilio_Afonso_.pdf>. Acesso: 30 abr. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.311*, pp. 8-11. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

STUCKLER D. et al. *Manufacturing Epidemics: The Role of Global Producers in Increased Consumption of Unhealthy Commodities Including Processed Foods, Alcohol, and Tobacco*. PLOS Medicine. Vol. 9. Ed. 6. Jun, 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001235>>. Acesso: 13 out. 2021.

TELELAB. *Brasil é primeiro país a criar metas para a Década da Nutrição*. 25 mai. 2017. Disponível em: <<https://telelab.aids.gov.br/index.php/2013-11-14-17-44-09/item/605-brasil-e-primeiro-pais-a-criar-metas-para-a-decada-da-nutricao>>. Acesso em: 24 mar. 2022.

UNIVERSIDADE DE NORTH CAROLINA AT CHAPEL HILL – UNC. Global Food Research Program. *Programa Global de Pesquisa em Alimentação*, Mai/2021. Disponível em: <<https://alimentacaosaudavel.org.br/biblioteca/publicacoes/alimentos-ultraprocessados-uma-ameaca-global-a-saude-publica/9485/>>. Acesso em: 16 out. 2022.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto, CORNÉLIO, Adriana Régia. *Produtos Light e Diet: O Direito À Informação Do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 54. Abr/Jun 2005. (versão Proview).

VUKMIROVIC, M., *The effects of food advertising on food-related behaviours and perceptions in adults: A review*. Food Research International, Vol. 75. Set/2015. pp.13-19. doi: 10.1016/j.foodres.2015.05.01. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28454939/>>. Acesso em: 17 out. 2021.

WESENDONCK, Tula. Art. 931 do código civil: inovação ou repetição? Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 3/2015 | pp. 141 - 159 | Abr - Jun / 2015. In Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Tula-Wesendonck-2/publication/324068251_Art_931_do_CCB_-_Inovacao_ou_Repeticao/links/5ad1e3b8aca272fdaf780c8a/Art-931-do-CCB-Inovacao-ou-Repeticao.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

YACH, Derek, STUCKLER, David, BROWNELL, Kelly. *Epidemiologic and economic consequences of global epidemics of obesity and diabetes*. Nature Medicine. Volume 12, Jan/ 2016.

YOSHII, Karina Lie. *A atuação da ANVISA na proteção ao direito humano à alimentação adequada: o caso da rotulagem de alimentos*. 2019. 199 f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.