

IVANI LUIZ DE MORAIS

**“CRIANÇA: A ALMA DO NEGÓCIO”:
A PUBLICIDADE INFANTIL NAS LACUNAS DA LEGISLAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa

BRASÍLIA

2010.

IVANI LUIZ DE MORAIS

**“CRIANÇA: A ALMA DO NEGÓCIO”:
A PUBLICIDADE INFANTIL NAS LACUNAS DA LEGISLAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa

Brasília, 27 de maio de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Leonardo Roscoe Bessa
Nome do examinador

Héctor Valverde
Nome do examinador

Ricardo Morishita
Nome do examinador

A Deus, pela oportunidade da vida; à minha grande família, pela confiança; às minhas amadas crianças, Amanda e Caio, pelo sacrifício; a Hudson, pela inestimável ajuda com nossos filhos ao longo do curso, e aos amigos que a vida me deu, pela presença e aquela voz diária me lembrando que eu era capaz.

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor e orientador Dr. Leonardo Roscoe Bessa, pela inspiração do tema em suas aulas de Direito do Consumidor.

“O que deve caracterizar a juventude é a modéstia, o pudor, o amor, a moderação, a dedicação, a diligência, a justiça, a educação. São estas as virtudes que devem formar o seu caráter”.
Sócrates.

RESUMO

Refletir sobre as conseqüências da exposição excessiva das crianças aos apelos do mercado publicitário para construir uma solução efetiva que ofereça a proteção que essa clientela demanda, em razão de sua natural vulnerabilidade e da condição de pessoa em desenvolvimento, é o que se pretende com o presente estudo. Ao conhecer a dinâmica da atividade publicitária, bem como seus objetivos e as estratégias utilizadas para criar necessidades de consumo no público-alvo, é evidenciada a gravidade da questão, já que a criança passou a ser vista pelo mercado como fonte inesgotável e perene de lucro. A publicidade está educando a criança para ser o consumidor do futuro. É evidente a constatação de que o ordenamento jurídico brasileiro, embora não tenha sido omissivo ao regular a atividade, deixou a criança exposta a toda sorte de manipulações quando não especificou em detalhes a abusividade da publicidade, transferindo para a hermenêutica da conveniência a importante missão de proteger bem tão valioso. Diante dessa realidade, a conclusão possível, extraída do todo apreciado e apresentado, é a de que a única forma de libertar a criança da influência negativa e dos efeitos danosos da publicidade é não mais permitir que lhe seja dirigida qualquer tipo de publicidade. Só assim, a infância será preservada, podendo fluir, sem interferências, em direção a uma nova fase da vida, quando então ela já terá capacidade crítica para fazer suas escolhas.

Palavras-chaves: publicidade – criança – Código de Defesa do Consumidor – Estatuto da Criança e do Adolescente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A PUBLICIDADE	11
1.1 Conceito e distinções terminológicas	11
1.1.3 <i>Publicidade e propaganda</i>	14
1.2 Objetivos e aspectos técnicos	15
1.2.1 <i>A psicologia da publicidade e neuromarketing</i>	16
1.2.1.1 Neuromarketing – a publicidade dirigida às crianças.....	17
1.3 A influência da publicidade no comportamento das pessoas	18
2 A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE	22
2.1 A Constituição Federal e a publicidade	23
2.2 A publicidade no Estatuto da Criança e do adolescente	25
2.3 O Código de Defesa do Consumidor e a publicidade	27
2.3.1 <i>Princípios que regem a publicidade</i>	27
2.3.2 <i>Publicidade enganosa e publicidade abusiva</i>	33
2.4 O controle jurídico da publicidade no ordenamento brasileiro	37
2.4.1 <i>Sistema misto de controle: CDC/ECA – Conar/CBARP</i>	38
2.5 O Projeto de Lei 5.921/2001 e seus substitutivos	43
2.6 A publicidade dirigida ao público infantil em outros países	49
3 “CRIANÇA: A ALMA DO NEGÓCIO”	56
3.1 A proteção da criança no contexto internacional	56
3.2 A proteção da criança na legislação brasileira	57
3.3 A Publicidade dirigida à criança e seus efeitos	59
3.3.1 <i>A vulnerabilidade e hipossuficiência da criança</i>	60
3.4 “Criança: a alma do negócio”	65
4 ANÁLISE DE CONTEÚDO	70
4.1 Jurisprudência do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – casos autuados nos últimos 5 anos	72
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

O assédio ostensivo da publicidade sobre os consumidores brasileiros, especialmente o público infantil, é um problema que merece maior atenção de todos, família, Estado e sociedade civil em geral.

Na prática, as empresas de comunicação vêm atuando com total e irrestrita liberdade no propósito de defender os interesses econômicos do setor publicitário, sob o olhar passivo do legislador, que não foi categórico, direto e incisivo quanto à limitação da publicidade dirigida diretamente ao público infantil ao aprovar o Código de Defesa do Consumidor há 20 anos.

A ausência do braço forte do Estado no controle da publicidade no país, especialmente aquela dirigida ao público infantil, motivou o presente estudo, partindo da premissa de que a criança figura nessa relação como alvo fácil e frágil das investidas publicitárias, já que não possui maturidade e capacidade necessárias para diferenciar publicidade da programação infantil, estando, portanto, exposta a toda sorte de manipulação do mercado publicitário.

Ao elevar à categoria de princípio constitucional a defesa de todos os consumidores, reconheceu o Estado a vulnerabilidade técnica, fática, jurídica e econômica destes, fazendo-se presente e tutelando os direitos dos mais fracos nas relações de consumo. Com a Lei 8.078/90 - o Código de Defesa do Consumidor (CDC) – cristalizou-se a proteção ao consumidor brasileiro, inclusive o infantil.

Contudo, o tratamento que o Código dispensa à publicidade exige reflexão diante da realidade. No tocante à criança, o CDC considera abusiva e proíbe a publicidade “que é discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou 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”.

Em meio a essa relação desigual, a vulnerabilidade do consumidor – um dos pilares sobre os quais se erigiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC)-, e em especial a do público infantil, tem sido explorada livremente e transformado a criança no alvo predileto

do mercado de consumo, comprometendo seu desenvolvimento como cidadão em formação, frente às inúmeras estratégias de *marketing* das poderosas empresas de comunicação que trabalham incessantemente para incutir-lhes necessidades de consumo. Somente no ano de 2009, os investimentos no mercado publicitário atingiram cifras que chegaram a 60 bilhões de reais.¹

Considerando o que prescreve o CDC, assim como o assédio óbvio que as empresas publicitárias empreendem em direção ao público infantil, o presente estudo buscou verificar se, na percepção da doutrina brasileira, as normas disponíveis na legislação, em especial no Código de Defesa do Consumidor, protegem adequadamente o consumidor infantil dos abusos publicitários. Para dar cabo a tal empreendimento, a pesquisa dogmática, em que se analisa a coerência das normas positivadas com base no tripé legislação/doutrina/jurisprudência (Conar), por meio do método monográfico e análise de conteúdo, foi considerada a mais adequada.

O primeiro capítulo do trabalho fala da publicidade e dos caminhos por ela trilhados para incutir necessidades de consumo e atingir seus objetivos. Além de abordar aspectos técnicos, incluindo o uso da psicologia para influenciar o público-alvo, é feita a distinção entre conceitos utilizados no mercado publicitário de forma a evidenciar a qual atividade o CDC se refere quando fala em publicidade.

O segundo capítulo aborda a regulamentação da atividade no ordenamento jurídico brasileiro, sob o ponto de vista Constitucional, Consumerista e do Direito da Criança e do Adolescente, com destaque para os princípios que regem mais especificamente a publicidade. Traz, ainda, as formas de controle da atividade existentes no Brasil e no contexto internacional, além de contextualizar o tema ao abordar o Projeto de Lei 5.921/2001, em trâmite na Câmara dos Deputados, que pretende proibir a publicidade destinada a crianças.

Já o terceiro capítulo do trabalho refere-se à criança, a sua proteção no âmbito nacional e internacional, sua condição de vulnerabilidade e hipossuficiência e os efeitos que a publicidade causa no desenvolvimento infantil, corroborados pelos depoimentos de profissionais das áreas de psicologia, comunicação, pedagogia, e do direito, cuja utilização

¹ ALMANAQUE IBOPE. Disponível em: <<http://www.almanaqueibope.com.br/asp/index.asp>>. Acesso em: 13 mar. 2010.

foi gentilmente autorizada pela Produtora e Diretora do vídeo “Criança: a alma do negócio”, Estela Renner.

No quarto e último capítulo, é feita uma análise do posicionamento da doutrina acerca do tema, mais notadamente quanto à efetividade da proteção do CDC contra a publicidade dirigida ao público infantil. Ainda é apresentado levantamento quantitativo da jurisprudência do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (Conar) dos casos atuados nos últimos cinco anos relativos a desvios relativos a cuidados com a criança.

Espera-se, ao final do estudo, prestar contribuição tanto para a sociedade, como para o Estado e o Direito. Para a sociedade, como alerta aos pais e responsáveis quanto à perniciosidade da exposição infantil à publicidade e à necessidade de rever posturas em relação à educação dos filhos, de modo que a criança não fique exposta à televisão sem a supervisão de um adulto, como forma de protegê-la e dotá-la de pensamento crítico que lhe proporcione condições de se defender do assédio.

Para o Estado, ratificando a necessidade de uma intervenção mais direta, na base da sociedade, por meio da implementação de políticas públicas de educação para o consumo, contribuindo com o aspecto pedagógico do processo consumista, bem como promovendo o debate sério do tema junto à sociedade.

E, para o Direito, pretende-se ratificar a urgente necessidade de rever os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que tratam da publicidade, já que o Código não é muito específico quanto à vedação expressa para proteção da criança, que representa hoje mais de 25% da população brasileira.²

² IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Crianças_e_Adolescentes>. Acesso em: 07 mar. 2010.

1 A PUBLICIDADE

1.1 Conceito e distinções terminológicas

Importante iniciar o estudo fazendo a distinção entre alguns conceitos do mercado publicitário para só então seguir adiante. É comum atribuir equivocadamente a mesma significação de *marketing* à publicidade, especialmente entre os cidadãos comuns. Dentro do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o *marketing* está tratado no capítulo V - Das práticas comerciais, se constituindo uma de suas modalidades. A publicidade vem logo em seguida, dentro do mesmo capítulo, dando a entender que ambos se confundem, o que não é verdade já que o *marketing*, além da publicidade, compreende uma grande quantidade de mecanismos de incentivo às vendas.³ A publicidade, no caso, é mais uma técnica do *marketing*, juntamente com as promoções de vendas. E de todas as técnicas de *marketing*, a publicidade foi a que mereceu maior atenção do CDC, que lhe conferiu uma aceção bastante ampla.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin afirma que o CDC traçou um conjunto de regras mínimas que, se bem utilizado pelos implementadores, basta para proteger adequadamente o consumidor contra os desvios das práticas comerciais.⁴

Assim, as práticas comerciais são o gênero, ao qual pertence o *marketing*, sendo a publicidade uma das atividades deste, merecendo, portanto, maior atenção do CDC.⁵

Como ocorre com o *marketing*, definir publicidade não é tarefa fácil, em razão das múltiplas funções e contornos que ela assume. É uma atividade que remonta à metade do século passado, quando sua função era basicamente informativa, fundada numa relação de confiança mútua entre vendedor e comprador. Com as mudanças de mercado e a produção em massa de produtos que precisavam ser vendidos também em uma proporcional escala de massa⁶, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a publicidade assumiu novo papel passando a orientar o consumo, estimulando necessidades e provocando demandas. Atualmente, é impossível separar a publicidade da sociedade de consumo. A onipresença da

³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 258.

⁴ Ibidem, p. 259.

⁵ Ibidem, p. 263.

⁶ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 217.

publicidade é indiscutível e, sua função, preponderantemente persuasiva. Está por toda parte, nos anúncios de jornais, nas revistas, nas ruas, na televisão, no rádio, na internet. Por mais que se tente ser indiferente a ela, direta ou indiretamente, todos estão sujeitos aos seus efeitos, a partir do momento em que ela dita tendências, comportamentos, vontades. Sua penetração é sentida nas mais diversas áreas de conhecimento, influenciando decisões, escolhas e vendendo ilusões.

Como explica Adalberto Pasqualotto, o caráter persuasivo da publicidade revela-se na lógica da sua atuação já que a ênfase da mensagem publicitária é deslocada do produto para o seu usuário. Assim, a função de uso do produto é substituída por uma função de signo, ao qual é atribuído um valor simbólico.⁷

O que se vende na publicidade não é de forma alguma o produto. Este é absolutamente secundário e é colocado à margem, no fim, em um canto da publicidade. Vendem-se muito mais os elementos ideológicos de diferenciação do mundo capitalista, que na realidade imediata não encontram satisfação.⁸

Paulo Valério Dal Pai Moraes afirma que o papel da publicidade é posicionar a marca na mente do consumidor e esclarece que o processo de personificação da marca é a maneira objetiva de descobrir quais os mitos eficazes para instrumentalizar a venda de determinado produto ou serviço.⁹

No conceito de Cláudia Lima Marques, “publicidade é toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado¹⁰”. Da análise do conceito pode-se observar a preocupação da doutrina em ampliar a área de aplicação da lei, de modo a assegurar uma proteção maior ao consumidor, frente a essa poderosa arma do mercado de consumo.

⁷ Assim enfatizou PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997. p. 29.

⁸ FILHO, Ciro Marcondes apud PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997, p. 29.

⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, e com acréscimos relativos à internet, neuromarketing, conceitos psicanalíticos e questões tributárias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 306.

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, p. 138.

Como acentua Paulo Vasconcelos Jacobina, publicidade não é informação, é persuasão. “Quem patrocina um anúncio publicitário não visa simplesmente a informar ao público sobre seu produto; visa, isso sim, vendê-lo.”¹¹

Dentre os vários conceitos existentes, nos meios publicitários é utilizado o concebido pelo Comitê de Definições da *American Association of Advertising Agencies* (AAAA) que diz: “publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de idéias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado”.¹²

Há quem considere a publicidade como uma forma de oferta, ou seja, de prática comercial por meio da qual são difundidos os benefícios e as vantagens de determinado produto ou serviço, cujo consumo se pretende incentivar perante o respectivo público consumidor, seja ele potencial ou efetivo.¹³

Rizzato Nunes define publicidade como um instrumento de apresentação ou venda do produto originado da produção primária, ou seja, “um meio de aproximação do produto e do serviço ao consumidor”.¹⁴

Mara Suely Oliveira e Silva Maran afirma que “a publicidade comercial é aquela realizada com o objetivo de ofertar um bem ou serviço de consumo através de meio de comunicação capaz de atingir número indeterminado de pessoas.”¹⁵

Todos os conceitos convergem para o fato de que a publicidade está a serviço da comunicação de massa. Não se utiliza, portanto da comunicação individual. Foi definida, também, como o conjunto de comunicações controladas, identificáveis e

¹¹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 15.

¹² Definição citada por BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 316.

¹³ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Publicidade ilícita e responsabilidade das celebridades que dela participam**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 217.

¹⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 66-67.

¹⁵ MARAN, Mara Suely Oliveria e Silva. **Publicidade & proteção do consumidor no âmbito do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 137.

persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão, com o objetivo de criar demanda de um produto ou produtos e contribuir para a boa imagem da empresa.¹⁶

A publicidade é, portanto, uma forma de comunicação social, contudo, há que se levar em conta que nem tudo que é comunicação integra o conceito de publicidade. Essa é a visão de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin¹⁷, ao afirmar que, para haver publicidade, há necessidade de dois elementos essenciais: a difusão e a informação, sendo a difusão, o elemento natural da publicidade, seu meio de expressão, o que faz com que terceiros tomem conhecimento da mensagem; e a informação, a finalidade da publicidade, já que somente com ela se pode atingir o consumidor.

1.1.3 Publicidade e propaganda

Embora os termos sejam utilizados no dia-a-dia indistintamente um pelo outro, a boa técnica ensina que os dois não se confundem. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social.¹⁸

A propaganda é uma atividade voltada para a difusão de uma idéia, ao passo que a publicidade é uma atividade voltada para a difusão de uma mercadoria específica.¹⁹

A diferença essencial entre publicidade e propaganda está no fato de que a primeira faz-se com intenção de alcançar lucro, e a segunda não trabalha com essa intenção. Publicidade seria o conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo cliente. Já a propaganda é o conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover adesão de um dado sistema ideológico (político, social ou econômico).²⁰

O próprio Código de Auto-Regulamentação Publicitária do Conar, cujo objetivo é regulamentar as normas éticas aplicáveis à publicidade e à propaganda, define

¹⁶ COHEN, Dorothy (1986) apud BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 317.

¹⁷ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 196.

¹⁸ AUBY, Jean-Marie; ADER-DUCOS, Robert. **Droit de l'informacio**. Paris: Dalloz, 1982, p. 617.

¹⁹ GUERREIRO, Mário A. L., apud MARANHÃO, Jorge. **A arte da publicidade: estética, crítica e kitsch**. Campinas: Papirus, 1988. p. 12.

²⁰ MALANGA, Eugênio, apud Benjamin, Antônio Herman de Vasconcelos et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 319.

ambas como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias.

1.2 Objetivos e aspectos técnicos

Toda publicidade tem como objetivo a venda de um produto ou serviço para obtenção de vantagem econômica para o anunciante, ou seja, o lucro. O fenômeno passa a interessar ao direito a partir do momento em que ela se torna abusiva ou enganosa, havendo necessidade de identificar quem foi e como foi elaborada a mensagem.

Trata-se de um fenômeno complexo, que envolve especialistas em comunicação com preparo técnico em torno de um trabalho minuciosamente pensado, discutido, que utiliza técnicas apuradas para seduzir a clientela e levá-la a adquirir o produto ou o serviço que está sendo apresentado.

Como ensina Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, a publicidade é feita por etapas e sua criação passa por dois grandes momentos distintos: o momento da criação, quando ela é gerada; e o momento da produção, quando ela é materializada.²¹

A criação publicitária processa-se em etapas que vão do *briefing* passando por uma reflexão estratégica, chegando finalmente, à criação propriamente dita. É por meio do *briefing* que o anunciante dá a agência os elementos informativos mínimos sobre o produto ou serviço e sobre suas expectativas.

Na fase da reflexão estratégica, uma multiplicidade de idéias é discutida e, posteriormente, estruturada e desenvolvida. Nesse momento também é que se define o universo de consumidores a ser atingido e o orçamento disponível. Passa-se, então, para a fase da criação, quando serão estabelecidos os contornos finais à publicidade.

Finda a criação, passa-se para a produção, que dará corpo e espírito ao anúncio.

Há, portanto, uma intensa mobilização de diversos profissionais especializados em torno de uma simples peça publicitária, o que demonstra que a atividade é

²¹ MALANGA, Eugênio, apud Benjamin, Antônio Herman de Vasconcelos et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.197-198.

meticulosamente construída para exercer grande influência nas massas merecendo do direito, portanto, toda atenção.

1.2.1 A psicologia da publicidade e neuromarketing

A vulnerabilidade do consumidor diante das técnicas publicitárias é evidente. Paulo Valério Dal Pai Moraes ressalta, ainda, a vulnerabilidade neuropsicológica e ratifica a força persuasiva da publicidade. Na psicologia da compra e venda, abordada pelo autor, a psicologia da publicidade baseia-se na existência de uma necessidade que pode ser despertada por um estímulo, tendo como objetivo fazer com que o indivíduo tenha consciência desta necessidade. Para tanto é gerado um estado de “atenção, interesse, desejo e ação”. Atenção esta voltada para o produto ou serviço, pois a publicidade vai incutir a ideia de que aquele objeto apresentado pode satisfazer a necessidade despertada.²²

Conseguido este objetivo, está criado o desejo, a consciência da necessidade, momento em que são avaliadas, agora sim, mas já quase no final do processo, aspectos como qualidade, uso, conveniência e preço, para, posteriormente, ser tomada a decisão de adquirir o bem da vida.²³

O poder da publicidade está evidenciado no comentário de Armando Sant’Anna quando este afirma que:

[...] Nós compramos em termos de desejo e não em termos racionais. Compramos aquilo que nos agrada e não o que nos é útil. Não compramos o que realmente precisamos, mas sim o que desejamos, isto é, o que as nossas forças afetivas nos impulsionam a comprar.²⁴

O autor esclarece que, para obtenção dos resultados desejados, três fatores influenciam na psicologia das massas: a sugestão, a imitação e a empatia. A sugestão, significando a ideia de que o indivíduo aceita incondicionalmente, sem exame, sem criticar. Ela atua no sentido afetivo da mente e não por meio do conteúdo racional. Pode ser por repetição, quando o estímulo é repetido tantas vezes, que é introjetado na psique humana; por convicção, para obter a confiança do interlocutor; e pela atmosfera que circunda o objetivo ou que emana do anúncio. Já a imitação é uma tendência inata do ser humano, faz-se por ver

²² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. 3. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, e com acréscimos relativos à internet, neuromarketing, conceitos psicanalíticos e questões tributárias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 282.

²³ Ibidem, p. 282.

²⁴ SANT’ANNA, Armando. **Propaganda**: teoria, técnica, prática. 7. ed. São Paulo: Pioneira Arte Comunicação, p. 91.

outrem fazer. E a empatia é a capacidade de identificação com outras pessoas, experimentar os mesmos sentimentos ou viver mentalmente situações que se deseja experimentar.

As crianças que, segundo especialistas, aprendem por imitação são facilmente fisgadas pela poderosa estrutura do mercado publicitário, que vislumbrando os incríveis lucros que elas representam a colocaram como foco do trabalho, empenhando todos os esforços e técnicas para conquistá-las e convencê-las do que bem entenderem.

1.2.1.1 Neuromarketing – a publicidade dirigida às crianças

A vulnerabilidade natural da criança está evidenciada diante da superioridade fática, técnica e econômica das empresas de comunicação que se utilizam de todo um arsenal de técnicas, conhecimentos especializados e recursos financeiros para induzir atos de consumo. Os principais objetivos da publicidade são incutir uma idéia na mente da massa; criar o desejo pela coisa anunciada e levar a massa ao ato de compra.²⁵

As técnicas publicitárias utilizadas pelas empresas são as mais avançadas e diversificadas possíveis, como já mencionado, e se pautam em características de ordem física, fisiológica, psicológica e econômica, como aponta Armando Sant'Anna. Física, porque os conceitos de tamanho, cor, disposição gráfica são realidades em si; fisiológica, porque os variados estímulos visuais, olfativos, degustativos e sonoros atingem estruturas fisiológicas do ser humano, produzindo determinados resultados; psicológica, porque mexe com as tendências das ações humanas visando a compra; e econômica, porque serve para o desenvolvimento da economia como um todo.²⁶

O autor salienta que:

[...] A publicidade tem de interessar, persuadir, convencer e levar à ação, ou seja, tem de influir no comportamento das massas consumidoras. Para influir no comportamento de alguém é preciso conhecer este alguém, e este conhecer deve abranger: a natureza humana, as necessidades básicas, desejos e paixões que fazem agir o ente humano, seus hábitos e motivos de compra.

Diante de estratégias tão persuasivas para estimular o consumo, as crianças, assim como os idosos, não têm muita chance de defesa, encontrando-se em situação de

²⁵ SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica, prática**. 7. ed. São Paulo: Pioneira Arte Comunicação. p. 88.

²⁶ *Ibidem*, p. 78.

extrema vulnerabilidade. São os chamados hipervulneráveis, objetos de desejo da poderosa indústria da comunicação, como salienta Paulo Valério Dal Pai Moraes:

Valendo-se das técnicas apontadas, são despejadas no mercado de consumo várias condutas de captação e indução ao consumo, muitas delas até imperceptíveis, mas que sustentam verdadeiros impérios econômicos que lucram com o prejuízo dos hipervulneráveis.²⁷

Quem pode resistir a técnicas tão eficazes que utilizam e exploram as estruturas psicofisiológicas que, ao mesmo tempo em que criam sonhos de consumo, vendem a ilusão da satisfação desses sonhos somente com o consumo do produto ou serviço oferecido?

Diante da complexidade do caminho que a publicidade percorre para conseguir estimular predisposições e o consumo, a criança não possui o discernimento necessário para saber lidar com as mensagens subliminares, o que acaba comprometendo sua formação enquanto indivíduo e sua liberdade de escolha. A publicidade, além de gerar falsas necessidades, claramente se aproveita da falta de julgamento, da inocência e inexperiência da criança, a partir do momento em que prepara peças publicitárias específica e cuidadosamente dirigidas para atingir esse público que legalmente é incapaz.

1.3 A influência da publicidade no comportamento das pessoas

A despeito de sua importância histórica para o desenvolvimento da economia e, conseqüentemente, para a sobrevivência do sistema capitalista, a publicidade é uma das ferramentas de *marketing* mais suscetíveis a problemas éticos, em razão da utilização de técnicas publicitárias que muitas vezes mascaram a mensagem induzindo o homem comum ao consumo desenfreado. Se essas técnicas não são facilmente perceptíveis nem mesmo pelos adultos, indivíduos dotados de capacidade crítica, plenamente capazes de distinguir informação de propaganda, o que dizer das crianças, cujo desenvolvimento biopsicológico ainda está em formação?

Nesse sentido, Adalberto Pasqualotto ensina que “no desempenho de seu papel econômico, a publicidade não respeita valores éticos, confundindo o valor de uso dos

²⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. 3. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, e com acréscimos relativos à internet, neuromarketing, conceitos psicanalíticos e questões tributárias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 296.

produtos com valores substitutos, impingindo à fantasia do público, tornando-se, para o direito, fator de indução em erro e fonte de abusos”.²⁸

Ele lembra um dos grandes efeitos perversos da publicidade mundial e que marcou a luta contra os abusos, quando empresas multinacionais estimularam a substituição do aleitamento materno pela mamadeira em países de terceiro mundo, causando problemas para as crianças, que tiveram as defesas do organismo reduzidas, sem falar do problema de saúde pública gerado por conta de mamadeiras não esterilizadas, falta de refrigeração, água potável.²⁹

Entre os maiores efeitos adversos da publicidade abusiva dirigida à criança, Isabella Vieira Machado Henriques aponta os relacionados à formação de sua personalidade, seu caráter e seus valores éticos, sociais, culturais e morais. “Publicidades geram, no final das contas, tristezas, decepções e frustrações por motivos fúteis e banais que nunca seriam dessa forma vivenciados pela criança. Ou, quando pior, geram inveja, ganância, gula e um consumismo despropositado.”³⁰

O fato de a criança valer-se de modelos para se espelhar e construir sua personalidade torna evidentes os riscos a que estão submetidas, especialmente quando celebridades e personagens que povoam o imaginário infantil passam a se dirigir diretamente a ela em comerciais de televisão, promovendo uma infinidade de produtos e estimulando a venda. Nesse sentido, a autora lembra a influência exercida pela apresentadora Xuxa no comportamento das crianças de uma geração inteira.

A maioria dos apresentadores de programas infantis tem em torno de si um exército de profissionais empenhados na superprodução dos programas. Tudo é pensado e minuciosamente preparado para conquistar a clientela mirim, desde o cuidado extremo com a imagem, o investimento no carisma para que criança se identifique com eles, até a conquista final da clientela, que se rende a qualquer produto que se vincule à imagem do ídolo que fala com ela todos os dias pela televisão.

²⁸ PASQUALLOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997. p. 181.

²⁹ Ibidem, p. 33.

³⁰ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 188.

O que se observa é que, ao longo de toda a programação infantil, as crianças são bombardeadas por inserções publicitárias de produtos vinculados a esse ou aquele apresentador, sem falar nos personagens criados especialmente para lançar alguma linha de produto ou serviço. A influência é tão grande que pode ser observada no modo de falar das crianças, na forma de se vestir e se portar imitando adultos, além de despertar a sensualidade precocemente, interferindo negativamente no fluir natural da infância.

Para se ter idéia de como a publicidade utiliza o testemunho das celebridades, notadamente aquela dirigida às crianças, ressalta-se que, no segundo semestre do ano de 2001, houve, no programa infantil da apresentadora Eliana, 440 inserções comerciais por meio de *merchandising*.³¹

Ao explorar a imaginação da criança, os anunciantes estão interferindo diretamente no seu processo de crescimento e, conseqüentemente, nas relações entre pais e filhos. Sem falar nos perigos que personagens do mundo imaginário das crianças podem trazer à saúde e a integridade física delas, além de influenciá-las.

Nesse sentido, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães cita o exemplo de um comercial da capa do *superman*, em que aparece uma criança na janela do prédio que decide salvar uma pessoa em perigo na rua e sai voando. Está evidente a abusividade do comercial que atenta diretamente contra a vida da criança, que certamente acreditaria poder sair voando de uma janela com o produto anunciado.³²

Noemí Frieske Momberger ratifica os riscos advindos de mensagens comerciais veiculadas na televisão sobre o comportamento das crianças lembrando pesquisa de Brian L. Wilcox e Dale KunKel,³³ que desde o início dos anos 70, nos Estados Unidos, vem trabalhando no tema. Segundo os pesquisadores, duas chaves de conhecimento ou habilidades são exigidas para que uma criança telespectadora processe o conteúdo comercial de um modo maduro: discernir entre programa e mensagem comercial e ser capaz de

³¹ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 190, diz que o problema foi exemplificado na informação prestada pelo Presidente da Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos – Abrinq, durante audiência pública realizada na Câmara dos Deputados para discussão do Projeto de Lei 5.921/2001 que pretende proibir a publicidade dirigida à criança no país.

³² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. (1992) apud GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Publicidade ilícita e responsabilidade das celebridades que dela participam**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p 146.

³³ WILCOX, Brian L.; KUNKEL, Dale (1996) apud MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 31.

reconhecer a intenção persuasiva da mensagem. O assunto será mais detalhado adiante, quando forem abordados os efeitos da publicidade no público infantil, no capítulo III.

2 A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE

A proteção efetiva ao consumidor somente se deu com a inclusão de seus direitos na Constituição Federal de 1988, como um direito e garantia fundamental do cidadão, assim como princípio de ordem econômica. Bem assim atesta Paulo Jorge Scartezzini Guimarães ao afirmar que a efetiva defesa do consumidor nasceu após o reconhecimento da existência de um desequilíbrio nas relações negociais de massa.³⁴

Ressalta, contudo, que na legislação brasileira, ao contrário do que ocorre em vários países, não existe uma legislação própria sobre a publicidade, “fazendo inserir algumas normas sobre o assunto dentro do Código de Defesa do Consumidor.”

Como publicidade e sociedade de consumo estão intrinsecamente ligadas, já que uma impulsiona a outra, em decorrência dessa importância para o mercado, surge a necessidade de que o fenômeno publicitário seja regrado pelo Direito³⁵, tanto no plano internacional, quanto no nacional e no regional.

Antes do Código de Defesa do Consumidor, o ordenamento jurídico brasileiro já demonstrava preocupação com a publicidade e tentava regrá-la. Havia as normas de controle do discurso publicitário, mas de forma fragmentária. Conforme acentua Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, “faltava uma proibição expressa e geral da comunicação publicitária enganosa e abusiva, de forma mais sistemática”. A regulamentação ora voltava-se para a tutela da obra publicitária, ora para o resguardo da imagem da pessoa; ora buscando a garantia da concorrência leal entre os sujeitos ativos do mercado, ora almejando proteger o consumidor. Com o CDC, a matéria ganhou um regramento jurídico claro da publicidade enganosa e abusiva, incluindo ainda a capacidade de vinculação contratual.³⁶

³⁴ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Publicidade ilícita e responsabilidade das celebridades que dela participam**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 48 e 52.

³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 194.

³⁶ *Ibidem*, p. 199.

Na opinião de Noemí Friske Momberger, “a publicidade interessa ao direito não só do ponto de vista da proteção ao consumidor, mas também por abranger outros aspectos nos quais interfere, como por exemplo, valores sociais e culturais”.³⁷

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP), sem força de lei, cuida da publicidade abusiva e enganosa recomendando condutas éticas e delimitando a atuação dos publicitários associados. Ele reconhece a forte influência de ordem cultural exercida pela publicidade sobre grandes massas da população.³⁸

2.1 A Constituição Federal e a publicidade

Na Constituição Federal, a comunicação social está regulada no Capítulo V, dos artigos 220 a 224. Entre os meios de comunicação social de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, nos termos do Art. 220 da Carta Magna, a publicidade tem sido, desde a revolução industrial, a principal força motriz e sustentáculo dos veículos de comunicação de massa, entre os quais o rádio, a televisão e a mídia impressa.

No Brasil, como acentua Isabella Vieira Machado Henriques, o mais importante veículo de comunicação de massa, que é a televisão, foi consubstanciado, na década de 50 e 60, no modelo americano, estruturado conforme a lógica comercial e financiado pela publicidade. “Naquela época, o intuito da televisão brasileira não era educativo ou cultural, mas o de fazer uma ligação entre os fornecedores e consumidores”.³⁹ Desde então, com a evolução da sociedade de consumo, a publicidade se transformou na poderosa indústria que é hoje, movimentando somas milionárias e sendo responsável pela maior parte da receita das empresas de comunicação.

Em se tratando de publicidade, a Carta Constitucional estabelece no artigo 220, entre outras, a liberdade de informação. Nas palavras de José Afonso da Silva o termo informação designa “o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou

³⁷ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 56.

³⁸ *Ibidem*, p. 56.

³⁹ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 24.

colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimentos, de idéias ou opiniões”.⁴⁰

Tal liberdade, porém, não é irrestrita. Apesar de não se referir especificamente à atividade publicitária, a Constituição, no mesmo artigo, em seu § 3º, Inciso II, e no 4º, impõe restrições às violações ou exacerbações do direito à informação. Restringe quando afirma no §3º, II, que compete à lei federal “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”; e quando estabelece no §4º, que “a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

Porém, a regulamentação da publicidade imposta pela norma constitucional não deve ser confundida com cerceamento de liberdade de manifestação, argumento utilizado pela indústria da comunicação para evitar qualquer tipo de restrição à atividade publicitária. Nesse sentido Noemí Frieske Momberger afirma que tal regulamentação não deve ser interpretada como restrição.

Segundo Momberger, os dispositivos que regulamentam a publicidade não têm por objetivo bani-la, mas somente conter seus abusos para que os consumidores, considerados os entes vulneráveis nas relações de consumo, não sejam prejudicados.⁴¹

Bem assim afirma Paulo Jorge Scartezzini Guimarães ao considerar que “essa liberdade sofre uma limitação quando em confronto com outros direitos fundamentais do homem, e assim deve ser analisada.”⁴²

⁴⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2005. p. 245

⁴¹ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 51.

⁴² GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Publicidade ilícita e responsabilidade das celebridades que dela participam**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47.

Ainda, nos artigos 21, XVI e 22, XXIX, a Constituição Federal estabelece como competências da União, mais restrições a atividade publicitária. No primeiro, estabelece que a ela compete “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”. E no segundo, prenuncia que é competência privativa da União legislar sobre propaganda comercial. Ainda possibilita aos Estados tal prerrogativa, ao estabelecer, no parágrafo único, que Lei complementar poderá autorizar Estados a legislar sobre propaganda comercial, entre outros citados no artigo.

2.2 A publicidade no Estatuto da Criança e do adolescente

Na Lei 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente – diploma que, em tese, deveria abarcar todo tipo de proteção à criança e ao adolescente, a publicidade também não recebeu do legislador a atenção devida e necessária. A preocupação, no mencionado Estatuto, foi apenas em relação ao potencial nocivo do conteúdo publicitário dirigido à criança e ao adolescente, sem, contudo, se envolver mais a fundo na dinâmica da prática publicitária como um todo. Essa omissão reflete uma falha do legislador na proteção integral dessa clientela.

Noemí Frieske Momberger chama a atenção para o fato de o ECA não ter recepcionado o artigo 66⁴³ do revogado Código de Menores (Lei n. 6.697/1979), que tratava da publicidade e considerava infração exibir publicidade sem classificação e observação da faixa de horário para apresentação.

Este artigo não foi contemplado no Estatuto da Criança e do Adolescente pelo legislador, conseqüentemente, a publicidade dirigida às crianças não sofre restrições de natureza censória, não há classificação de acordo com a idade das crianças, respeitando as diferentes fases de desenvolvimento.⁴⁴

Com o objetivo de conscientizar toda a sociedade quanto à necessidade de se preservar os direitos da criança e do adolescente, o Estatuto deixou claro no artigo 70 que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.”

⁴³ Art. 66. da Lei 6.697/79: Exibir, no todo ou em parte, filme, cena, peça, amostra ou congênere, bem como propaganda comercial de qualquer natureza, cujo limite de proibição esteja acima do fixado para os menores admitidos ao espetáculo. Pena - multa de meio a dois valores de referência.

⁴⁴ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 55.

Trata, portanto, de dever de prevenção, cuja omissão implica responsabilização tanto da pessoa jurídica quanto da pessoa física que o infringiu. Entre os direitos a serem prevenidos, está o direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos, cuidados nos artigos 71 e 74 a 80, com a ressalva de que as diversões e espetáculos são regulados pelo Setor Público.

O artigo 71 anuncia que “a criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos, e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.”

Como observado por Noemí Friske Momberger, a condição de pessoa em desenvolvimento mais uma vez expressa a preocupação do legislador.

De acordo com Momberger, o que é oferecido deve ser compatível com sua faixa etária, a criança deve ser respeitada, observando-se as diversas fases de desenvolvimento para que assim possa usufruir os benefícios do que lhe é oferecido”.⁴⁵

A autora analisa, ainda, os artigos 74 a 80, que tratam da prevenção especial, regulamentando e classificando as diversões públicas com o objetivo de proteger a criança e o adolescente da programação inadequada sujeita a causar danos psicológicos em razão da falta de maturidade, caso dos artigos 74 e 75.

Já o artigo 76, define as normas a serem seguidas pelas emissoras de rádio e televisão e diz que elas “somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”, em consonância com o preceituado no inciso VI, do artigo 221, da Constituição Federal.

Os artigos 78 e 79, que tratam das publicações, são analisados por Noemí Friske Momberger da seguinte forma:

⁴⁵ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 53.

O legislador preocupou-se com as limitações ético-sociais das publicações infante-juvenis, proibindo determinados assuntos, especialmente os que podem causar danos físicos às crianças, revelando assim uma preocupação com a segurança delas, quando proíbe a ilustração de armas e munições, bebidas alcoólicas e tabaco.⁴⁶

Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não tratou em detalhes a publicidade dirigida ao público infantil, em consonância com a proteção integral que apregoa, o CDC o fez de forma aberta, como se observa a seguir.

2.3 O Código de Defesa do Consumidor e a publicidade

A atividade publicitária, inclusive aquela dirigida à criança, passou a ser especificamente regulada somente com o Código de Defesa do Consumidor. Como bem lembra Paulo Valério Dal Pai Moraes, o CDC está erigido sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da vulnerabilidade, da repressão eficiente dos abusos e da harmonia das relações de consumo.⁴⁷

A publicidade está disciplinada nos artigos 36 e parágrafo, que estabelecem os princípios básicos; 37, que trata da publicidade enganosa e da abusiva, cuja capacidade de vinculação contratual pode ser observada em conjunto com os artigos 30 e 35; e no artigo 38, que dispõe sobre o ônus da prova em relação à mensagem publicitária.

Os artigos 67 e 68 tipificam a publicidade enganosa e abusiva como crimes. O artigo 69 prevê punições para a falta de organização dos dados sobre veracidade do anúncio, e os artigos 56 e 60 falam da contrapropaganda como forma de sanção administrativa.

Como se observa, a atividade publicitária não foi esquecida, demonstrando a preocupação do legislador com as relações de consumo dela decorrentes.

2.3.1 *Princípios que regem a publicidade*

Para a proteção do consumidor quanto à atividade publicitária, o Código de Defesa do Consumidor adotou vários princípios entre os quais, na classificação de Antônio

⁴⁶ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 54.

⁴⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 86.

Herman de Vasconcelos e Benjamin, estão os princípios da identificação, vinculação contratual, veracidade, não-abusividade, inversão do ônus da prova, transparência e fundamentação da publicidade, da correção do desvio publicitário e da lealdade publicitária.⁴⁸

Noemí Friske Momberger destaca os princípios da identificação e o da não-abusividade da publicidade dentre os mais relevantes na publicidade dirigida às crianças.

Pelo princípio da identificação da publicidade, previsto no *caput* do art. 36, CDC, a publicidade só é lícita quando o consumidor puder identificá-la como tal, imediata e facilmente. Como bem acentua Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, “publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor; e o engano, mesmo inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor.”⁴⁹

Isabella Viera Machado Henriques chama a atenção, também, para a publicidade clandestina, assim como para a publicidade subliminar, esta, considerada pela autora, a mais clandestina de todas por guardar em sua essência, a intenção de não ser descoberta como tal.⁵⁰

Nesse mesmo sentido, Adalberto Pasqualotto afirma que os anunciantes infringem o princípio da identificação porque ele retira a credibilidade da publicidade. Então a mascaram, tornando-a “dissimulada ou clandestina” e a veiculando sem a informação de que o que se divulga é um informe publicitário. Muitas vezes, misturam propaganda com uma reportagem levando o destinatário a se confundir com uma matéria do veículo de comunicação.

Para Pasqualotto, com esses procedimentos, não apenas evitam o abalo da credibilidade, como creditam-se de um testemunho aparentemente desinteressado do órgão ou do programa que veicula a mensagem sub-reptícia.”⁵¹

⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 328.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 331.

⁵⁰ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 59.

⁵¹ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC**. São Paulo: RT, 1997. p. 85-86.

Além da publicidade clandestina e dissimulada, o autor aponta a publicidade subliminar, dentre as formas de infringir o princípio da identificação.

Ele conceitua publicidade dissimulada como aquela travestida de reportagem, mais comum nos meios impressos. “A responsabilidade do órgão de divulgação está em não permitir confusão de matéria publicitária com matéria editorial.”⁵²

A publicidade clandestina é considerada a mais comum pelo autor, sendo mais conhecida como “*merchandising*” e freqüentemente utilizada na televisão, especialmente em novelas. “A mensagem publicitária é passada por inferência ao telespectador, que associa o produto ao status dos personagens ou a outras circunstâncias positivas da narrativa.”⁵³ Para ele, a publicidade clandestina é um patrocínio disfarçado.

Já a publicidade subliminar é aquela que exerce seu poder de persuasão sobre o estado consciente da mente, mas também pode atuar no estado subconsciente ou inconsciente. “Os estímulos seriam tão fracos ou de duração tão efêmera, que escapariam à percepção da consciência, mas suficientemente poderosos para influenciar o comportamento.”⁵⁴

Adalberto Pasqualotto é taxativo ao afirmar que “a mensagem subliminar não é propriamente comunicação; é manipulação (...), e contraria frontalmente o princípio da identificação.”⁵⁵

Outro princípio que rege a publicidade é o da vinculação contratual, previsto nos artigos 30 e 35, que consiste no poder do consumidor de exigir o cumprimento por parte do fornecedor daquilo que foi veiculado no conteúdo da mensagem publicitária.

Princípio de extrema importância para a efetiva defesa dos direitos do consumidor, pois obriga o anunciante a honrar o que foi divulgado no anúncio, fazendo com que ele haja com a devida prudência e atenção às normas no desempenho da atividade publicitária.

⁵² PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC**. São Paulo: RT, 1997. p. 86.

⁵³ *Ibidem*, p. 87.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 90.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 91.

O princípio da veracidade se constitui num dos mais importantes princípios da publicidade. Previsto no art. 37, § 1º, foi consagrado pelo CDC quando este definiu publicidade enganosa, como sendo qualquer informação ou publicidade inteira ou parcialmente falsa que possa induzir o consumidor em erro quanto à natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e outros dados sobre o produto ou serviço.

O princípio da não-abusividade da publicidade está previsto no art. 37, §2º, e trata da publicidade abusiva como sendo aquela que é discriminatória, que incita a violência, explora o medo ou a superstição, se aproveita da deficiência e julgamento da criança, desrespeita valores ambientais ou que induza a comportamentos prejudiciais ou perigosos à saúde ou segurança.

O artigo 37, como aponta Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, objetiva tutelar os consumidores em aspectos que possam causar prejuízos aos valores considerados importantes pela sociedade e que de alguma forma afetam a segurança, crenças, capacidade de discernimento, saúde, segurança e valores ambientais que se busca combater.⁵⁶

Nesse sentido, Isabella Vieira Machado Henriques conclui que será abusiva toda publicidade que “ofenda a ordem pública e a ética vigente na sociedade”⁵⁷.

Especificamente no tocante à criança, o anúncio deve atentar para as características psicológicas da criança, respeitar a sua ingenuidade, a credibilidade, inexperiência e o sentimento de lealdade infantil, preocupar-se com a segurança da criança e ser produzido com fundamento em regras de boas maneiras. O anúncio não pode transmitir, ainda que implicitamente, sentimento de inferioridade no caso da criança não adquirir o produto ou serviço anunciado, quanto menos estimular que a criança constranja seus pais ou responsáveis a fazê-lo.⁵⁸

O princípio da inversão do ônus da prova está previsto no art. 38 e decorre dos princípios da veracidade e da não-abusividade, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor. “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem os patrocina”⁵⁹. Como bem acentua Isabella Vieira Machado

⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 350.

⁵⁷ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 66.

⁵⁸ Ibidem, p. 66-67.

⁵⁹ Como prescreve o §3º, do Artigo 14, do Decreto 2.181, de 20.03.1997, que regulamenta o CDC.

Henriques ao afirmar que seria praticamente impossível ao consumidor apresentar qualquer prova, vez que não está inteirado do negócio do fornecedor para dizer se verdadeira ou não a publicidade que lhe é dirigida.

Isso comprova ainda mais a vulnerabilidade do consumidor, que é passível de ser enganado por publicidade falsa e deve, por isso, ser contra ela protegido, também por meio da garantia de que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária é de quem as patrocina.⁶⁰

Outro princípio é o da transparência e fundamentação da publicidade, que está previsto no art. 36, § único. Por ele o fornecedor tem total liberdade para anunciar seus produtos ou serviços, mas deve basear-se em elementos fáticos e científicos. “Sempre que o anunciante faz uma afirmação, o consumidor, automaticamente, imagina que ele tem uma base material para assim proceder. E a lei não pode permitir a ninguém anunciar um produto ou serviço sem antes ter recolhido dados objetivos que dêem sustentação ao que alega”. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin ressalta que o descumprimento a esse princípio repercute na esfera cível e administrativa, além de tipificar ilícito penal.⁶¹

O princípio da correção do desvio publicitário previsto nos artigos 56, XII, e 60, do CDC, se materializa por meio da contrapropaganda. Refere-se à sanção imposta ao fornecedor que incorre na prática de publicidade enganosa ou abusiva. Este deverá, conforme prescreve o § 1º do artigo 60, às suas expensas, divulgar publicidade da mesma forma, frequência e dimensão, de preferência no mesmo veículo, local, espaço e horário, para desfazer os malefícios decorrentes do desvio.

Assim acentua Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin:

Uma vez que o desvio publicitário ocorra, ao lado de sua reparação civil, e repressão administrativa e penal, impõe-se, igualmente, que os seus malefícios sejam corrigidos, ou seja, que o seu impacto sobre os consumidores seja aniquilado.⁶²

⁶⁰ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 68.

⁶¹ Art. 69, CDC: Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos, que dão base à publicidade. Pena – detenção de um a seis meses ou multa.

⁶² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 201.

A contrapropaganda, contudo, como pena máxima para o ilícito da abusividade e da enganosidade, é por demais amena se comparada aos efeitos perversos que já foram produzidos com a veiculação da publicidade e assimilados pelo consumidor infantil.

Noemí Friske Momberger destaca que “o objetivo da contrapropaganda é apagar a imagem falsa produzida na mente do consumidor pelo anúncio publicitário enganoso ou abusivo”.⁶³

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin vê na contrapropaganda o único instrumento capaz de evitar enganos e abusos futuros, “mas não para apagar a captação pretérita já consumada”.

Para que uma mensagem seja considerada ilícita, seja pelo juiz, seja pelo administrador, exige-se que tenha sido veiculada pelo menos uma vez, afinal, o Poder Público ainda não tem o dom de adivinhar qual o conteúdo da mensagem que o anunciante pretende fazer chegar aos consumidores.⁶⁴

Questionável é, portanto, a eficácia da contrapropaganda quando o alvo for a criança. Nesse sentido, Noemí Friske Momberger é categórica:

No que diz respeito à contrapropaganda, pode-se afirmar que este pode ser considerado o meio adequado quando se tratar de público-alvo adulto, capaz de entender o objetivo e motivo da mensagem da contrapropaganda, mas simplesmente não pode ser aplicada às crianças pequenas que não possuem capacidade de discernimento, não distinguem programa comum de publicidade, elas também não irão entender a contrapropaganda.⁶⁵

E por fim, o princípio da lealdade publicitária, previsto no artigo 4º, VI, do CDC, que coíbe e reprime de forma eficiente “todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.”

⁶³ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 65.

⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 368.

⁶⁵ MOMBERGER, op. cit., p. 66.

2.3.2 Publicidade enganosa e publicidade abusiva

Os artigos do CDC que tratam da publicidade são o 36 e parágrafo, que estabelecem os princípios básicos; o art. 37 e seus dois parágrafos, que condenam a publicidade enganosa e a abusiva; e o art. 38, que dispõe sobre o ônus da prova relativa ao conteúdo da mensagem publicitária.

Adalberto Pasqualotto aponta duas formas de publicidade: uma lícita e outra ilícita, esta com normas complementares, quais sejam, os artigos 67 e 68 que tipificam como crimes a publicidade enganosa e a abusiva; o art. 69, que pune a falta de organização dos dados que sustentam a veracidade do anúncio; e os arts. 56 e 60, que dispõem sobre a imposição de contrapropaganda como sanção de natureza administrativa.

Em relação à publicidade ilícita, chama atenção para os efeitos que elas, nas duas formas de ilicitude em que se apresentam, podem implicar, ensejando responsabilidade civil, penal e administrativa.

Mais especificamente, a publicidade enganosa e a abusiva estão tratadas no Artigo 37, §§ 1º e 2º do CDC, respectivamente. O *Caput* do artigo é categórico: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”. O que se observa do mandamento não é uma declaração de guerra à publicidade, como esclarece Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin: “O dispositivo não proíbe a publicidade, posiciona-se somente contra dois tipos de publicidade pernicioso ao consumidor”.⁶⁶

No primeiro parágrafo, o Código define publicidade enganosa como sendo “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, característica, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.⁶⁷

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin resume, em linhas gerais, o sistema da seguinte forma:

⁶⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 337.

⁶⁷ Art. 37, § 1º do CDC.

Não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial; é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganosas; o silêncio – como ausência de informação positiva – pode ser enganoso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso, deixar de ser enganosa; o standard da enganabilidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos).⁶⁸

O autor fala de dois tipos de publicidade enganosa: a por comissão, considerada aquela em que o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro; e a por omissão, como sendo aquela em que o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, em razão dessa omissão, induz o consumidor em erro.

O que se considera para efeito de proteção do consumidor é o fato de a publicidade induzi-lo em erro, mesmo que ele sequer tenha sido enganado, ou que induza apenas consumidores especialmente vulneráveis, aqui incluídos os doentes, as crianças, os idosos, os crédulos, os ignorantes, e os de pouca instrução, entre outros. Ainda assim, estará caracterizada a enganabilidade. Nesse sentido, afirma Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin que “a regra é, pois, na caracterização da publicidade enganosa analise-se a natureza da mensagem publicitária e a vulnerabilidade do consumidor.”⁶⁹

Isabella Henriques chama atenção para a possível enganabilidade presente na publicidade que se utiliza da fantasia e do uso de superlativos, “tendo em vista que é praxe o fato de a publicidade manipular as fantasias capazes de despertar o interesse do espectador em relação ao produto ou serviço anunciado, com o que o consumidor já está acostumado e, por isso, na maioria das vezes, não se deixa enganar.”⁷⁰

Adalberto Pasqualotto afirma que é no público-alvo da publicidade que se deve avaliar a capacidade de indução em erro: o consumidor médio seria aquele que carrega um mínimo de espírito crítico, inteligência e discernimento. Para ele, o critério do consumidor médio, considerado em abstrato, é manifestamente impróprio.

⁶⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 338.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 206-207.

⁷⁰ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 73.

A sua aplicação prática [...] remete a proteção ao consumidor à sua própria diligência e atenção, permitindo, outra vez, que a publicidade seja instrumento de manipulação pública e deixando impunes os anunciantes espertos.⁷¹

Já a publicidade abusiva não tem um conceito definido pelo legislador. Ele apenas enumerou, em rol exemplificativo, no § 2º do Artigo 37 do CDC, as hipóteses em que ela ocorrerá, sendo, “dentre outras, aquela 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.” Também encontra reprimenda no Artigo 6º, VI, do CDC, que proíbe todos os abusos praticados no mercado de consumo.

Ao contrário do que ocorre com a publicidade enganosa, a publicidade abusiva, em razão da diversidade de formas como pode se apresentar é mais difícil de ser identificada.

Adalberto Pasqualotto, nesse sentido, afirma que “a diversidade de formas abusivas torna de difícil sistematização o conteúdo do texto legal, sendo preferível, pelo menos *a priori*, a análise de acordo com a técnica de catálogo, adotada pela lei, e que permitirá inferir o seu propósito protetivo. (...) A abusividade é cláusula geral”.⁷²

No caso da publicidade dirigida ao público infantil, o CDC, ao tratar numa cláusula aberta os interesses dessa clientela, expõe a criança e deixa de lhe conferir proteção mais efetiva. Adalberto Pasqualotto⁷³ afirma que “ao considerar abusiva a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, a legislação brasileira só deu atenção a apenas uma parte do problema, ficando aquém de posicionamentos do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (Conar)” que, em decisões de seu Conselho de Ética, é mais incisivo e direto quanto à questão. Aliás, o legislador brasileiro tratou de forma separada da publicidade as práticas abusivas, “distinguindo as formas de ilicitude publicitária, fixando tipos autônomos de enganabilidade e abusividade.” Com isso, o autor afirma ser forçoso identificar uma cláusula geral para cada tipo.

⁷¹ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC**. São Paulo: RT, 1997. p. 124.

⁷² *Ibidem*, p. 127.

⁷³ *Ibidem*, p. 134.

Na enganosidade, a cláusula geral é a boa-fé objetiva. O anunciante tem deveres de informação, lealdade, transparência, identificação e veracidade perante o consumidor.

Toda mensagem publicitária com capacidade de induzir o consumidor em erro, levando-o a escolhas equivocadas, certamente vulnera esses deveres. [...] Por trás desse potencial nocivo está uma flagrante violação da boa-fé objetiva.⁷⁴

Já na abusividade, a publicidade está ligada a um dever geral de abstenção de certas práticas. “A cláusula geral da boa-fé objetiva perde a importância porque já não existem deveres referenciais, como acontece na espécie enganosa.”⁷⁵

De acordo com Adalberto Pasqualotto, a pesquisa por uma cláusula geral de abusividade passa pelo significado da palavra abusiva, às vezes, associada ao abuso do direito, no caso da publicidade abusiva, um abuso de direito de fazer publicidade; outras, associada ao fato de a publicidade abusiva ser ato ilícito.

A doutrina brasileira tem procurado identificar o objeto da tutela legal na abusividade. O autor identifica dois objetos de proteção: a vulnerabilidade do consumidor e os valores sociais. Cita Antônio Herman de Vasconcelos e Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, “que se refere à exploração ou opressão do consumidor; Tavares Guerreiro, como sendo a preservação da possibilidade de julgamento do consumidor frente à influência de fatores estranhos; Cláudia Lima Marques, como a conduta antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, valores sociais básicos e a própria sociedade como um todo; e Walter Ceneviva afirma que o interesse juridicamente protegido é social, não se levando em conta o consumidor individualmente.”⁷⁶

Não obstante os posicionamentos dos autores citados, a abusividade como cláusula aberta acaba por comprometer a proteção integral da criança diante da publicidade que lhe é dirigida.

⁷⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC**. São Paulo: RT, 1997. p. 142.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 142.

⁷⁶ Comentários ao CDC apud PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC**. São Paulo: RT, 1997. p. 144.

2.4 O controle jurídico da publicidade no ordenamento brasileiro

A publicidade é marca registrada da sociedade de consumo. Tamanha é sua importância no mercado que surgiu a necessidade de regramento do fenômeno publicitário pelo Direito, notadamente pela perspectiva da proteção do consumidor,⁷⁷ muito embora não seja a proteção do consumidor o único ângulo da publicidade que interessa ao Direito. “O fenômeno publicitário interessa ao Direito sob múltiplos aspectos, em função do extraordinário alcance de sua ação e da gama de valores com que interfere e por que se espalha”.⁷⁸

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin ensina que “o controle legal manifesta-se nos planos internacional (por exemplo, regramento da publicidade de tabaco sob o guarda-chuva inspirador da OMS), regional (por exemplo, no âmbito da União Européia e Mercosul) e nacional (por exemplo, o CDC).”⁷⁹

Nos termos do art. 22, XXIX, da Constituição Federal, Estados e Municípios, embora não tenham competência para legislar sobre o conteúdo da publicidade, podem regular os meios, particularmente os físicos, e a forma de veiculação dos anúncios.⁸⁰

Atualmente o controle da publicidade é realizado pelas normas da CF e do CDC, bem como por seus respectivos princípios, e pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (Conar), por meio do Código Brasileiro da Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP).

Antes do Código de Defesa do Consumidor, o controle da publicidade no Brasil era insatisfatório na abalizada opinião de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin. “Não se pense, porém, que o controle legal visa a eliminar a publicidade, mas tão-somente a conter seus abusos”.⁸¹

⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 310.

⁷⁸ BITTAR, Carlos Alberto (1981) apud BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 314.

⁷⁹ BENJAMIN, op. cit., p. 310.

⁸⁰ Ibidem, p. 311.

⁸¹ Ibidem, p. 198.

Mesmo com a precisão e o caráter técnico do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, que é um código de ética, os abusos praticados contra o consumidor, especialmente o infantil, persistiram e persistem, ratificando a necessidade de maior controle da atividade.

A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, estando qualquer atividade que possa provocar dano a outrem sujeita a apreciação judicial, inclusive a publicidade.

Especialmente na sua fase madura, em que deixa de ser instrumento de mera informação para se transformar em instrumento de persuasão – como verdadeiro estímulo às necessidades e promoção da demanda –, a publicidade tem de ser controlada pelo direito.⁸²

Nesse sentido, Isabella Henriques ressalta a necessidade de se controlar a publicidade de forma a limitar as mudanças nos padrões culturais que esta vem impondo. “A necessidade de controlar a publicidade (...) é considerada importante como instrumento de controle social.”⁸³

2.4.1 Sistema misto de controle: CDC/ECA – Conar/CBARP

Partindo da premissa de que nenhuma atividade humana está isenta de controle⁸⁴, a necessidade de controle mais ostensivo das práticas publicitárias em geral, e, em particular aquelas dirigidas às crianças, é urgente. “O controle é mais da publicidade do que propriamente do anúncio. O objetivo maior é o regramento da atividade e não do ato. Este só é atingido à medida que integra aquela”⁸⁵

O autor ensina que há três formas de controle do fenômeno publicitário: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado e por um sistema misto.

⁸² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 199.

⁸³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 98.

⁸⁴ Como acentuado por BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 313.

⁸⁵ BENJAMIN, op. cit., p. 195.

De acordo com o sistema estatal somente o Estado pode ditar normas de controle da publicidade e implementá-las. Já no sistema exclusivamente privado ocorre o oposto: apenas os partícipes privados têm voz por meio da auto-regulamentação.

Não obstante a grande importância da auto-regulamentação publicitária há objeções no tocante ao fato de que a regra de autodisciplina não vincula a todos os operadores, mas apenas aqueles que aderem voluntariamente a tal modalidade de controle. Ainda, as regras de auto-regulamentação não são normas jurídicas operando apenas no plano normativo interno, obrigando apenas os aderentes. Por fim, na auto-regulamentação, a vulnerabilidade do consumidor não é o foco da proteção.

A terceira forma de controle da publicidade é a que vigora no Brasil – o sistema misto. Caracterizado pelo binômio Legislação-Auto-regulamentação, o primeiro, realizado pelo Poder Judiciário, na aplicação das normas legais no âmbito civil e no penal, e pelos órgãos da administração pública responsáveis por esse controle, e, o segundo, pelos organismos auto-regulamentares como o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR) e seu Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP).

O controle legal, como abordado por Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, vem sendo exercido de forma difusa e coletiva uma vez que a publicidade é um fenômeno de massa dirigido a toda a coletividade de consumidores, gerando danos também difusos e coletivos, “ainda que gere repercussão na esfera privada de cada consumidor individualmente considerado”.⁸⁶

No âmbito judiciário, o controle da publicidade enganosa e abusiva é feito por meio de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, que atuará obrigatoriamente na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos ou difusos das crianças, ou como *custos legis*. A ação pode ser proposta, ainda, por associações ligadas a defesa dos consumidores. Como lembra Mara Suely Oliveira e Silva Maran:

⁸⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 25-57.

É por meio da ação civil pública que é possível buscar a cessação da veiculação de campanha publicitária considera ilegal e pleitear a imposição da contrapropaganda e reparação dos danos morais e patrimoniais, conforme art. 6º inc VI CDC.⁸⁷

No âmbito penal, crimes de publicidade enganosa e abusiva estão previstos no CDC no artigo 67. No artigo 68 está o crime de fazer ou promover publicidade que induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Já o artigo 69, considera crime deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade.

O segundo tipo de controle – a auto-regulamentação – é exercido pelo Conar, uma sociedade civil sem fins lucrativos fundada em 1980 e mantida por publicitários de agências e profissionais de outras áreas, veículos e anunciantes do setor publicitário que defendem a auto-regulamentação como forma de coibir os abusos e excessos ocorridos.

Todo o trabalho do Conar está pautado no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação, uma espécie de código de ética por ele elaborado, que contém as diretrizes a serem seguidas pelos associados do setor publicitário para a prática da atividade. Sua função é zelar pela ética publicitária veiculada no Brasil, promover a liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive o consumidor. Antes da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade era específica e detalhadamente cuidada tão-somente pelo Conar.⁸⁸

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP) é um código de conduta ética criado também em 1980 por entidades representativas do mercado brasileiro de publicidade. Ele é dirigido aos anunciantes servindo de parâmetro para a elaboração de comerciais para que sejam evitados abusos contra consumidores.

O CBARP, entre outras, traz normas gerais sobre a publicidade dirigida ao público infantil. Em seu preâmbulo, diz que todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país, além de ser honesto e verdadeiro.

⁸⁷ MARAN, Mara Suelly Oliveira e Silva. **Publicidade e Proteção do Consumidor no âmbito do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 159.

⁸⁸ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 217.

Quanto ao anúncio dirigido diretamente à criança e ao jovem, o Código, em seu artigo 37, estabelece o papel coadjuvante da publicidade na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes, ao lado de pais, educadores, autoridades e da comunidade em geral, *in verbis*:

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

- I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação a segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:
- a. desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
 - b. provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
 - c. associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
 - d. impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;
 - e. provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;
 - f. empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;
 - g. utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
 - h. apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;
 - i. utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

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

- a. procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;
- b. respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;
- c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;
- d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;
- e. abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

Apesar de todas essas disposições e do esforço para que o Código não seja letra morta, ainda assim o mercado publicitário comete abusos quando se trata de publicidade infantil. Por mais que se estabeleça que o planejamento de mídia dos anúncios deva considerar a condição peculiar da criança de pessoa em desenvolvimento, ainda assim os

abusos ocorrem. As restrições técnicas e eticamente recomendáveis pelo CBARP nem sempre são observadas, a despeito da clareza e precisão com que enfrentam a questão.

As penalidades e infrações aos que descumprem o disposto no Código de Ética vão desde a advertência, passando pela recomendação de alteração ou correção do anúncio e sustação da divulgação do anúncio, até a divulgação de nota junto à imprensa com o posicionamento do Conar quanto ao não acatamento das medidas adotadas.

O órgão competente para julgar tais infrações é o Conselho de Ética do Conar, que profere decisões em processo regular, cabendo ao Conselho Superior do Conar cumprir e fazer cumprir tais decisões.

Por conta dos abusos e da inobservância das orientações e recomendações contidas no CBARP, enquanto o CDC não ostenta ações mais efetivas de proteção no dia-a-dia da prática publicitária, a necessidade de restringir a atividade publicitária está na pauta do dia não só da Câmara dos Deputados, que analisa o Projeto de Lei 5.921/2001, que proíbe a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, mas também de entidades cuja função é a proteção do cidadão, como é o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

A agência, que atua na proteção da saúde da população realizando controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, por meio da Gerência de Monitoramento e Fiscalização de Propaganda, de Publicidade, de Promoção e de Informação de Produtos sujeitos à Vigilância Sanitária (Portaria nº 123/04), transformada em março de 2009 (Portaria nº 206/09) em Gerência Geral (GGPRO), vem empreendendo esforços no sentido de regulamentar e fiscalizar as propagandas visando o equilíbrio nas informações presentes em peças publicitárias de medicamentos, alimentos e outros produtos sujeitos ao controle sanitário.

A polêmica decisão da Anvisa de baixar resolução regulamentando a publicidade de alimentos quanto aos perigos do consumo excessivo foi uma ação efetiva de proteção direta da criança em relação à atuação da publicidade. O argumento apresentado pela Agência foi exatamente a vulnerabilidade da criança. “O objetivo principal da regulamentação, além de dar proteção efetiva ao público infantil, que é a parte mais

vulnerável à publicidade, é evitar problemas futuros relacionados à saúde desses indivíduos.”⁸⁹

De acordo com a proposta, a publicidade de alimentos deverá veicular alertas sobre os perigos do consumo excessivo, trazer advertência sobre os riscos de desenvolver obesidade e cárie dentária com o consumo de produtos com quantidade elevada de açúcar, e evidenciar os riscos de desenvolver diabetes e doenças do coração com o consumo de alimentos com muita gordura saturada. Não poderá desencorajar o consumo de alimentos considerados saudáveis, como frutas e vegetais, nem sugerir que o produto é benéfico para a saúde ou encorajar crianças a persuadir seus pais e outros a consumir esses alimentos. As regras são válidas para as bebidas com baixo teor nutricional, como refrigerantes e refrescos artificiais.

O ponto polêmico da proposta é um artigo voltado especialmente à propaganda dirigida ao público infantil que sugere que a publicidade dos alimentos de que trata a norma fique restrita ao horário compreendido entre 21 e 6 horas, fora do período em que o público mais jovem tem acesso à programação. Proíbe, ainda, a utilização de figuras, desenhos e personagens que sejam cativos ou admirados pelas crianças, já que o público infantil não consegue distinguir programação normal de publicidade.⁹⁰

2.5 O Projeto de Lei 5.921/2001 e seus substitutivos

Ao menor sinal de reação da sociedade na tentativa de exercer melhor controle das atividades do setor, a reação da poderosa indústria da publicidade é imediata. Diante da iniciativa do Congresso Nacional, do Ministério Público e do Governo Federal de discutir restrições a comerciais voltados para o público infantil⁹¹, ameaçam com o discurso do cerceamento à liberdade de expressão, conjecturando que medidas mais duras adotadas em outros países como a Suécia, que proíbe a publicidade na TV para crianças menores de 12

⁸⁹ ANVISA. **Audiência pública debate proposta sobre propaganda de alimentos**. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/saladeimprensa>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ INSTITUTO ALANA. **Projeto de Lei nº: 5921/01- Proíbe a publicidade dirigida à criança e regulamenta publicidade dirigida a adolescentes**. Ementa: proíbe a publicidade dirigida à criança e regulamenta a publicidade dirigida a adolescentes. Deputado Federal Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR). Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Legislacao.aspx?v=3&tipo=brasil&lid=4>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

anos antes das 21h, poderiam ter conseqüências diretas na qualidade da programação infantil em razão da queda da receita das emissoras de TV⁹².

Com tal argumento, o corporativismo fala mais alto deixando evidentes os reais interesses que se pretende assegurar, que nada tem a ver com os do público infantil. É um descompasso para com a proteção integral pretendida para a criança brasileira.

Isabella Vieira Machado Henriques analisa o conflito originado entre a garantia à liberdade de expressão do pensamento e o direito da criança de ser protegida contra a publicidade abusiva que lhe é destinada. Ela afirma que “o controle da publicidade não é incompatível com as garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito”. Pondera que, “ainda que represente uma limitação à liberdade de atuação das agências, dos publicitários, dos anunciantes e dos próprios veículos de comunicação social de massa, ele não implica censura”. Trata-se de típica hipótese de conflito entre direitos fundamentais, que deve ser solucionado balizando qual direito se sobrepõe ao outro, se o direito da criança ou o direito à liberdade de expressão do pensamento.⁹³

Ao considerar o custo x benefício da relação entre publicidade infantil e direito da criança, concluiu a autora que a proibição ou um controle rigoroso da publicidade voltado para o público infantil pode gerar um custo para as empresas do setor, diminuindo sua margem de lucro; porém, os benefícios gerados para a criança que vê seus direitos protegidos são muito maiores, devendo prevalecer sobre o direito à liberdade de expressão. A criança não estaria mais se expondo às práticas comerciais que estão influenciando e prejudicando seu desenvolvimento e fazendo dela um consumista em potencial.

Ameaçar a oferta de produtos televisivos para o público infantil em resposta à possibilidade de limitação da publicidade a ele dirigida é uma forma de chantagear o legislador e a sociedade. A programação deve ter, preferencialmente, caráter cultural e educativo, como impõe a Carta Constitucional (Art. 221, I e IV), e a inobservância desses princípios tem sido prática recorrente no meio publicitário, devendo, portanto, ser severamente coibida.

⁹² Assim prescreve CONAR. **Ataque à publicidade**. Disponível em: <www.conar.org.br/boletimdoconar n.184>. Acesso em: 22 mar. 2010.

⁹³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 204, 206-207.

Ainda que exista certo custo para a sociedade, e mesmo para as crianças, no caso de ser imposta uma maior restrição à publicidade dirigida ao público infantil – notadamente o custo pela diminuição da programação televisiva dirigida à criança -, se fizer um balanceamento entre os custos e os benefícios advindos dessa medida é certo que, para a sociedade, serão bem maiores os benefícios do que os custos de tal restrição. E é essa a melhor alternativa que se apresenta.⁹⁴

Um Projeto de Lei (PL) que debate a relação entre a publicidade e o público infantil, de autoria do Deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB/PR), foi apresentado no dia 12 de dezembro de 2001. O texto original do PL proíbe a publicidade voltada à criança ao acrescentar o parágrafo 2º A ao art. 37 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – o CDC, que passaria a vigorar da seguinte forma:

Art. 37 [...]

§ 2º A. É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas às crianças. (NR).

Referido Projeto de Lei nasceu da preocupação do legislador em efetivar o preceituado no Art. 221 da Constituição Federal, notadamente a observância dos princípios da preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas e do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família a que estão sujeitas a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão no país:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

- I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Em sua justificativa, o autor do PL 5.921/2001 chama a atenção para o assédio da publicidade à criança, principalmente quando esta se utiliza de ídolos que fazem parte do universo infantil para coagir ou chantagear objetivando a compra de bens anunciados, muitas vezes desnecessários, supérfluos, prejudiciais e incompatíveis com a renda familiar. O debate gira em torno da excessiva liberdade com que as empresas de comunicação no Brasil trabalham com essa clientela vulnerável em total dissonância com o que é praticado

⁹⁴ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211.

em outros países, que, quando não permitem que a publicidade se dirija a crianças, impõem restrições importantes.

O PL está sendo apreciado sob o regime de tramitação ordinária, sujeito à apreciação conclusiva das Comissões de Direito do Consumidor (CDC), de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), de Ciência (CCTCI) e Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC).

Referida proposição tramitou pela Comissão de Defesa do Consumidor em 2002, onde obteve relatório e voto favoráveis do primeiro relator, o Deputado Federal Raimundo Gomes de Matos (PSDB/CE), não sendo votado no Plenário da Comissão em razão do arquivamento no fim do exercício legislativo. Desarquivada em março de 2003, a Proposição foi aprovada na forma de Substitutivo apresentado pela relatora Maria do Carmo Lara (PT/MG), sofrendo alterações substanciais em relação ao projeto original, e configurando-se uma nova Lei. Não se restringia a apenas alterar o artigo 37 do CDC, mas dispunha sobre a publicidade e sobre a comunicação mercadológica dirigida à criança ou ao adolescente. A aprovação deu-se em julho de 2008. Ao PL foi apensado voto em separado do Deputado Federal Celso Russomanno (PP/SP), membro da Comissão de Defesa do Consumidor, propondo alterar apenas o teor do § 2º do Art. 37 da Lei 8.078/1990, para dispor que, além das referidas no mesmo artigo, seja também considerada abusiva a publicidade “que seja capaz de induzir a criança a desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Seguiu para a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio para análise sob o ponto de vista econômico, tendo recebido parecer favorável do relator, Deputado Federal Osório Adriano (DEM-DF), pela aprovação com novo Substitutivo, que modificou profundamente o primeiro Substitutivo aprovado pela Comissão de Defesa do Consumidor, da Deputada Maria do Carmo Lara, e resgatou os termos do Substitutivo apresentado pelo Deputado Celso Russomanno, reforçando sua tese de que a proibição é um excesso que se opõe ao princípio constitucional da livre iniciativa.

O novo substitutivo propõe a ampliação e definição “de forma categórica do conceito legal do que se entende por publicidade abusiva, direcionada às crianças e

adolescentes, possibilitando aos órgãos fiscalizadores competentes exercerem com mais rigor e atitude o controle no campo publicitário”.

Pelo novo Substitutivo aprovado, o § 2º do artigo 37 do CDC passa a vigorar da seguinte forma:

Art. 37 [...]

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, que seja capaz de induzir a criança a desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, que estimule o consumo excessivo ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (NR).

Destaque-se que, na citada Comissão, foi apresentado voto em separado do Deputado Federal Capitão Assunção (PSB/ES), com manifestação favorável pela aprovação do Projeto nos termos propostos no Substitutivo da Deputada Federal Maria do Carmo Lara, aprovado na Comissão de Defesa do Consumidor. Em defesa do PL, afirma o Deputado que “o Projeto não obsta a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, mas proíbe toda comunicação mercadológica e a publicidade dirigida às crianças. Teremos uma norma que regulará de forma clara e específica a publicidade e a comunicação mercadológica voltada ao público infante-juvenil, coibindo especial e definitivamente os abusos comerciais em relação à infância.”

O PL encontra-se na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, tendo sido designados como relatores os Deputados Federais Professora Raquel Teixeira (PSDB-GO), no dia 17 de dezembro de 2009, e Bilac Pinto (PR/MG), em 10 de março de 2010. Ainda será apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania.

As discussões em torno do tema na Câmara dos Deputados refletem a celeuma criada entre os diversos setores da sociedade interessados no debate, seja para proibir e efetivamente proteger a criança, seja para brigar pelos interesses da indústria da publicidade em nome da equivocada liberdade de manifestação do pensamento, evidenciando, portanto, acirrada disputa de interesses. Os pareceres oscilam ora proibindo, ora apenas restringindo a publicidade infantil e ora fazendo recomendações em cláusula aberta, como já o é no atual CDC. Em comum, todos os pareceres convergem para a necessidade de se fazer publicidade

com responsabilidade, evitando, com isso, os malefícios que os abusos das empresas de comunicação podem causar nas crianças.

O parecer da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, datado de 07 de outubro de 2009, favorece o poderio econômico. A Comissão foi incluída, *a posteriori*, no rol de comissões que deveriam apreciar o PL a pedido do Deputado Federal Lúcio Vale (PR/PA), em 09 de julho de 2008, sob a justificativa de que o Projeto diz respeito à proibição de publicidade comercial de produtos destinados a crianças – estando a matéria, portanto, inserida na competência da mencionada comissão técnica, que cuida de assuntos ligados à política e atividade industrial, comercial e agrícola, e setor econômico terciário, exceto os de natureza financeira -. O relator apresenta como argumentos para rechaçar a aprovação do PL, nos termos do substitutivo da Deputada Federal Maria do Carmo Lara, o fato de que restringir a publicidade dirigida ao público infantil inviabilizaria a atividade econômica das empresas da área publicitária ao criar dificuldades burocráticas no desenvolvimento operacional dessas empresas, se constituindo, ainda, em um atentado à democracia. Em oposição, no voto vencido do Deputado Federal Capitão Assunção ele observa que publicidade é ato puramente comercial e não manifestação de pensamento, criação, expressão ou informação.

Da proibição da publicidade infantil, passando por uma proteção mais ampla à criança, com regras claras para a comunicação mercadológica, até o retorno para a inespecificidade da regra já contemplada no CDC - apenas com a ampliação do rol de abusividade em relação à publicidade dirigida à criança -, o Projeto de Lei em curso na Câmara dos Deputados se apresenta como verdadeiro instrumento de resgate histórico de um débito do legislador do CDC com o consumidor infantil, se constituindo na ferramenta ideal para por fim aos abusos e proteger efetivamente as crianças, além de dar maior efetividade às normas postas.

É, sem dúvida, um alento aos que trabalham pela proteção integral da criança. Tudo irá depender da forma como será conduzido até o final.

2.6 A publicidade dirigida ao público infantil em outros países

A regulamentação da atividade publicitária é uma preocupação globalizada, sendo observada até mesmo nos países de tradição democrática. O controle da publicidade é realizado de uma forma ou de outra.⁹⁵

Noemí Friske Momberger faz uma análise da legislação estrangeira relacionada à publicidade. Sobre a Comunidade Europeia, ela destaca que foi estabelecido o controle prévio da publicidade em 1984 por meio de princípios e diretrizes sobre transmissão de rádio e televisão. “A publicidade deve ser examinada antes de ser veiculada”. Ainda deve ser facilmente reconhecida como tal devendo estar separada do programa.⁹⁶

A autora destaca, ainda, a Diretiva do Conselho da Comunidade Europeia, de 03 de outubro de 1989, que preconiza: “o anúncio publicitário deve ser facilmente reconhecido como tal, proibindo as técnicas subliminares”. Sobre a publicidade dirigida à criança, esta não deve “explorar a credulidade e inexperiência das crianças nem conter algo que possa causar dano físico, mental ou moral a elas. Não deve ainda explorar o sentimento de lealdade da criança aos pais, professores e outras pessoas. A publicidade de bebidas alcoólicas não deve ressaltar ou associar as imagens a um maior êxito ou desempenho sexual, profissional ou sucesso social, nem associar positivamente consumo de bebida com a condução de veículos.”⁹⁷

Na Alemanha, a publicidade é regulada pela Lei contra a concorrência desleal, que em seu artigo 13 prescreve: “a publicidade não deve explorar a credulidade natural das crianças ou a inexperiência dos adolescentes, tão pouco por prova o seu sentido de lealdade”. Ao mesmo tempo, a publicidade que se dirija ao público juvenil não pode conter declarações ou apresentações visuais que possam causar-lhe danos mental, moral ou físico.⁹⁸ O controle é realizado por diversas autoridades públicas e agências do governo. Apesar de não haver um código específico que trate da publicidade voltada para as crianças, essa publicidade

⁹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 315.

⁹⁶ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 77.

⁹⁷ HAMMES, Bruno Jorge (2000) apud MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 77.

⁹⁸ FROTA, Mário. **A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 49.

é regulada por regras de conduta emitidas pelo Conselho Alemão de Publicidade, contando, ainda, com o Centro de Repressão à Publicidade Desleal, que combate a prática abusiva.

Na linha da auto-regulamentação, na Espanha, há o *Código Deontológico para Publicidad Infantil de La Asociación Española de Fabricantes de Juguetes Y La Unión de Consumidores de España*, que regula especificamente a publicidade dirigida às crianças. Possui seis princípios básicos, em consonância com as diretrizes da Comunidade Europeia e a legislação nacional do país. Noemí Friske Momberger destaca, dentre os princípios enunciados nesse código, um considerado mais relevante que diz que os anunciantes devem considerar o nível de conhecimento, sofisticação e maturidade da audiência-alvo. Outro princípio apontado pela autora leva em conta a necessidade de o anunciante reconhecer a natureza imitativa das crianças evitando mensagens que remetam à violência de forma a torná-la algo atrativo e aceitável para atingir metas sociais e pessoais. Ainda, os anunciantes devem reconhecer que a publicidade pode desempenhar um papel na educação infantil e voltar suas estratégias para a transmissão de mensagens conscientes e precisas, buscando influenciar o comportamento da criança positivamente transmitindo valores como amizade, honestidade, justiça, generosidade, proteção do meio-ambiente e respeito às pessoas e aos animais. Essas diretrizes alcançam anunciantes que se dirigem às crianças menores de 15 anos por meio da imprensa, vídeos, rádio e televisão a cabo e satélite.⁹⁹ ,

Mário Frota destaca a Lei da Publicidade na Espanha.¹⁰⁰ Por ela “às emissões de radiodifusão audiovisual se veda faculdade de difundir ou propagar mensagens que explorem a inexperiência, a credulidade, a ingenuidade ou a inocência dos menores ou a sua confiança nos pais ou tutores”. A Lei impõe, ainda, a obrigatoriedade de inserções de avisos que previnam do conteúdo de programas suscetíveis de corromper moralmente os jovens”.¹⁰¹

No Reino Unido, Noemí Friske Momberger destaca três sistemas paralelos de auto-regulamentação: o que abrange a publicidade na televisão sob a responsabilidade da *Independent Television Commission (ITC)*; o que abrange a publicidade no rádio, por conta da *Radio Authority (RA)*; e o que abrange toda a publicidade não televisionada ou não

⁹⁹ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 80.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 79.

¹⁰¹ FROTA, Mário. **A publicidade infanto-juvenil**: perversões e perspectivas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 50.

radiodifundida, abrangendo impressos, posters e cinema, sob controle da *Advertising Standards Authority (ASA)*, que também avalia a publicidade voltada para a criança, considerando fatores como a maneira como elas percebem e reagem à publicidade.¹⁰²

Na Suécia, onde a tradição democrática confere absoluta liberdade de manifestação do pensamento, o controle da publicidade é rigoroso. Desde 1991 é proibida toda publicidade dirigida às crianças menores de doze anos em horário anterior às 21 horas. A vedação está regulada pela Lei de Rádio e Televisão (*Chapter 7, section 4 of the Swedish Radio and Television Act*).

O Governo da Suécia, numa iniciativa louvável e absolutamente comprometida com o bem-estar das crianças do país, optou pela proibição total da publicidade dirigida a elas após os resultados da pesquisa sobre os efeitos da publicidade, encomendada ao sociólogo Erling Bjurström¹⁰³.

Como analisa Noemí Friske Momberger, de acordo com a pesquisa, somente algumas crianças de 3 ou 4 anos conseguem distinguir um comercial de um programa normal. A maioria delas somente passa a fazer essa distinção dos 6 aos 8 anos de idade. Somente aos 10 anos de idade é que todas as crianças adquirem essa capacidade, já que começam a desenvolver uma maior compreensão dos objetivos da publicidade. Porém, segundo o pesquisador, as crianças não conseguem ter uma posição crítica em relação à publicidade ou identificar corretamente seus objetivos, o que ocorre somente aos 12 anos, quando todas as crianças adquirem essa visão crítica.

De acordo com a Lei Sueca, todo tipo de publicidade que antecede a programas infantis foi proibida, assim como a publicidade imediatamente após esses programas. A lei considera a proteção à criança um bem maior do que liberdade da mensagem publicitária.

¹⁰² MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 81.

¹⁰³ Food advertising Unit – 2001 A Swedish Challenge. On line. Disponível em: <<http://www.faw.org.usk/Swedish.html>>. Acesso em: 05 out. 2000 apud MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 83-84.

Na Áustria, é proibido qualquer tipo de mensagem dirigida a menores “sem que se justifique por razões de indispensabilidade de atuação cenográfica”.¹⁰⁴

Na Inglaterra, é proibida publicidade de alimentos com alto teor de gordura, açúcar, sal, dentro e durante a programação da TV para menores de 16 anos.¹⁰⁵

Na Dinamarca, é vedada qualquer publicidade durante os programas infantis, e ainda, 5 minutos antes e depois.¹⁰⁶

Na Irlanda, é proibida qualquer publicidade durante programas infantis em TV aberta, sendo considerado um dos quadros restritivos de todo o espaço econômico europeu.¹⁰⁷

Na Holanda, não é permitida publicidade dirigida às crianças com menos de 12 anos na TV pública.¹⁰⁸

Na Áustria, é proibido qualquer tipo de publicidade nas escolas, e, na Itália, é proibida a publicidade de qualquer produto ou serviço durante desenhos animados.¹⁰⁹

No Canadá, vigora a auto-regulamentação por meio da *Advertising Standards Canada (ASC)*, que é uma associação de indústrias do Canadá comprometidas com a integridade e a viabilidade da publicidade por meio do Código Canadense de Normas Publicitárias (Canadian Code of Advertising Standards) e outros códigos e normas de auto-regulamentação. A publicidade dirigida à criança está tratada no artigo 12 do referido Código, que diz que não deve ser explorada a credulidade, a falta de experiência ou senso de lealdade das crianças, nem apresentar informações possam vir a causar dano físico, emocional ou moral nelas. É proibida, pois, a publicidade de produtos destinados a crianças em programas infantis.

¹⁰⁴ Dados extraídos do **DOCUMENTÁRIO Criança: A Alma do Negócio**. Disponível em: <<http://www.bing.com/videos>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Como acentua FROTA, Mário. **A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 52

¹⁰⁸ Dados extraídos do **DOCUMENTÁRIO Criança: A Alma do Negócio**. Disponível em: <<http://www.bing.com/videos>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

Em Quebec, a proibição da publicidade dirigida a crianças de até 13 anos através do Rádio ou da televisão é total, imposta pela Lei de Quebec de Proteção ao Consumidor (*Quebec Consumer Protection Act*).

Nos EUA as leis são regulamentadas pelas agências governamentais *Federal Communications Commission* (FCC) e a *Federal Trade Commission* (FTC).

A FCC é uma agência independente, regida pela lei *Communications Acts* de 1934, que “objetiva regulamentar o comércio interestadual e estrangeiro na comunicação por linha telefônica e rádio, de maneira a tornar disponível, tanto quanto possível, a todas as pessoas nos Estados Unidos, um serviço rápido e eficiente, de comunicação por linha telefônica e rádio de alcance nacional e mundial”. Em sua análise, Noemí Friske ressalta que a atuação da FCC é limitada já que está proibida pela Lei de exercer censura sobre assuntos de transmissão, responsabilizando-se por processos de concessão de licenças. Não pode regulamentar circuitos fechados de rádio e televisão, nem controlar suas transmissões; e não tem jurisdição sobre a produção, distribuição e classificação de filmes, publicações impressas, audiovisuais e internet.¹¹⁰

No tocante à publicidade dirigida às crianças, contudo, a FCC estabeleceu que nenhuma emissora de televisão comercial e a cabo deve transmitir mais do que 10,5 minutos de publicidade por hora durante a programação infantil, nos finais de semana, ou mais de 12 minutos por hora, durante a semana.

Já a *Federal Trade Commission* (FTC) executa diversas leis antitruste e de proteção ao consumidor. Procura assegurar um *marketing* nacional competitivo, forte, eficiente e livre de restrições excessivas; trabalha para intensificar as operações de mercado eliminando práticas abusivas e enganosas.

No Chile, a atividade publicitária é regulada por meio de código de auto-regulamentação instituído pela *Asociación Nacional de avisadores ANDA A.G* e *Asociación de Agências de Publicidad ACHAP A.G*. Esse código é baseado nas normas do Código Internacional de Práticas de Publicidade da Comarca Internacional de Comércio de Paris. Sua aplicação em nível nacional é feita pelo *Consejo de Autorregulación Y Etica*

¹¹⁰ Dados extraídos do **DOCUMENTÁRIO Criança: A Alma do Negócio**. Disponível em: <<http://www.bing.com/videos>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

Publicitaria – Conar, que atua em busca da correta aplicação das normas do Código Chileno de Ética Publicitária, para que as mensagens publicitárias estejam de acordo com os princípios da legalidade, honestidade, moralidade e veracidade.¹¹¹

O Código Chileno, de acordo com Noemí Friske Momberger, não é específico sobre publicidade infantil, trazendo apenas um artigo, o 17, que se refere a *Niños e Jovenes*, letras A a F, tratando da necessidade do respeito às características da audiência-alvo, genuidade, credulidade e inexperiência das crianças, a não exploração da publicidade para as compras, segurança das crianças e adolescentes, entre outros.¹¹²

Na Argentina, como ressalta Mara Suely Oliveira e Silva Maran, a Lei 24.240, de 22.03.1993, que sistematizou a defesa do consumidor, não faz referência à publicidade enganosa, que é matéria tratada na Lei de Lealdade Comercial (Lei 22.802/83), que proíbe a prática. Na lei Argentina, não há regras ou conceitos específicos sobre publicidade enganosa ou abusiva, mas há preceitos para reprimi-las.¹¹³

No Uruguai, a Lei 17.189/99 proíbe toda publicidade enganosa entendida esta com a mesma significação do CDC brasileiro. Já no tocante à publicidade abusiva, “a Lei Uruguia nada mencionou. Permite a publicidade comparativa, desde que se baseie na objetividade da comparação e não se fundamente em dados subjetivos de caráter psicológico ou emocional e desde que a comparação seja passível de aprovação”.¹¹⁴

E no Paraguai, a preocupação com a publicidade está explícita na Constituição do país, no artigo 27 do Capítulo II, que dispõe: “(...) a Lei regulará a publicidade para a melhor proteção dos direitos da criança, do jovem, do analfabeto, do consumidor e da mulher.” A Lei de Defesa do Consumidor e do Usuário é a 1.334/98. Nela estão reguladas a publicidade enganosa, bem semelhante ao conceito utilizado no CDC brasileiro, e a publicidade abusiva, esta “entendida como sendo a de caráter discriminatório de qualquer natureza ou que incite à violência, explore o medo, se aproveite da falta de maturidade das crianças, infrinja valores do meio ambiente ou que seja capaz de induzir o

¹¹¹ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 93.

¹¹² Ibidem, p. 94.

¹¹³ MARAN, Mara Suely Oliveira e Silva. **Publicidade e Proteção do Consumidor no âmbito do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 161-167.

¹¹⁴ Ibidem, p. 167-168.

consumidor a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa para a sua saúde ou segurança.”¹¹⁵ Veda a publicidade comparativa e traz dispositivo que regulamenta publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos e bebidas estimulantes.

O que se observa é que, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde se percebe na prática que o Conar tem empreendido esforços até mesmo mais ostensivos que o sistema estatal para orientar a publicidade infantil, a comunidade internacional trata a questão da regulamentação da atividade de forma mais efetiva, positivando medidas mais claras e diretas de proteção à criança.

¹¹⁵ MARAN, Mara Suely Oliveira e Silva. **Publicidade e Proteção do Consumidor no âmbito do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 168-172.

3 “CRIANÇA: A ALMA DO NEGÓCIO”

3.1 A proteção da criança no contexto internacional

O reconhecimento de que a infância merece atenção diferenciada e proteção especial não é notícia recente e já aparece em 1924, na Declaração de Genebra, onde foi declarada a “necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”.

A Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, destacou para a criança, “o direito a cuidados e assistência especiais”.

Em 1959, coube à Declaração Universal dos Direitos da Criança determinar que “a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”. Este sim foi um documento importante para proteção da Criança e do Adolescente, em que todos os seus direitos pontuais foram elencados.

Muito embora as Declarações apenas estabeleçam princípios, que não representam obrigações para os Estados, a condição especial da criança também foi ratificada e reconhecida pelas Convenções, essas sim, com o poder de impor aos Estados-Partes a obrigação de, não só respeitar os direitos ali estabelecidos, mas também de garantir o livre e pleno exercício dos mesmos.¹¹⁶

A convenção Européia de Direitos Humanos inspirou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), que estabeleceu que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi aprovada pelas Nações Unidas em 1989. Esta Convenção representa o mínimo que toda sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países

¹¹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 4-11.

signatários devem adotar e incorporar às suas leis. Segundo dispõe o art. 3.1: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. O Brasil ratificou esta Convenção por meio do Decreto 99.710/90.

Outros documentos internacionais também merecem destaque na proteção da criança e do adolescente, como as Regras de Beijing, de 1985, que estabeleceram normas mínimas para administração da Justiça da Infância e da Juventude. As Regras mínimas das Nações Unidas, de 1990, para os jovens privados de liberdade, e a Declaração de Riad, de 1990, que apresentaram as diretrizes de atuação e política de prevenção à violência infanto-juvenil.

No Brasil, considerando o disposto na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, assim como a orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro, adotou-se o princípio do melhor interesse da criança dentro da doutrina da proteção integral, que passou a vigorar no país a partir da Constituição de 1988. Por essa doutrina, a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida, e seus direitos garantidos, além de ter reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos. A proteção com prioridade absoluta não é mais obrigação da família e do Estado: é um dever social. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.¹¹⁷

3.2 A proteção da criança na legislação brasileira

Dentro da doutrina da proteção integral, as crianças brasileiras têm seus direitos resguardados pela Constituição Federal de 1988, no art. 227, pelo Código de Defesa do Consumidor, no art. 37, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990.

O art. 227 menciona direitos sociais que são comuns a todos os cidadãos e outros direitos afetos apenas às crianças e aos adolescentes. Nele, são estabelecidos os direitos sociais e regras de dever da família, da sociedade e do Estado, que são os responsáveis pelas crianças e adolescentes, como prescreve o texto legal, *verbis*:

¹¹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 14.

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

A solidariedade e a responsabilidade são destacadas por Dalmo Dallari¹¹⁸, em razão da dependência e vulnerabilidade das crianças e adolescentes em relação a todas as formas de violência. Ele considera justo que toda a sociedade seja legalmente responsável por eles. “Além de ser um dever moral, é da conveniência da sociedade assumir essa responsabilidade, para que a falta de apoio não seja fator de discriminações e desajustes, que por sua vez levarão à prática de atos anti-sociais.”

De forma mais específica, o § 2º, do Art. 37, do CDC, determina que “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.” A questão está em classificar/identificar a abusividade na publicidade lícita e determinar a faixa etária da criança capaz de diferenciar publicidade de programação da TV, por exemplo. O CDC determina no *caput* do art. 36 que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (princípio da identificação). No caso da criança, seu estado de pessoa em desenvolvimento não permite que tal previsão ocorra. Falta-lhe capacidade de reflexão crítica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, estabelece o princípio da proteção integral, entendida a proteção no sentido mais amplo: “a criança necessita de amparo físico, material e psicológico ou espiritual, suprindo-lhes as necessidades de afeto, alimento, vestuário, cuidando e protegendo-os de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”¹¹⁹

Dentro dessa perspectiva de proteção integral, a partir do momento em que a publicidade se foca no público infantil, os olhos do Estado, da sociedade e de todos os demais

¹¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu (1996) apud MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 40.

¹¹⁹ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 41-42.

responsáveis pelas crianças, que têm o dever constitucional de protegê-las, devem também estar alerta para as artimanhas e a alta carga de abusividade contida na publicidade a ela dirigida.¹²⁰

Como acentua Noemí Friske Momberger, tratar de publicidade dirigida a crianças implica considerar sempre sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, verificando se as diversas fases e essa condição peculiar estão sendo observadas e respeitadas.¹²¹

3.3 A Publicidade dirigida à criança e seus efeitos

A influência da mídia sobre o pensamento e o comportamento das crianças é uma realidade que não pode ser negligenciada. Um dos efeitos mais perversos da publicidade ostensiva sobre as crianças é o consumismo. As crianças, pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, crescem valorizando o “ter”, valendo mais pelos bens que possuem do que pelo que realmente são como pessoas. Sua visão de mundo e atitudes sociais são moldadas pelas mensagens que patrulham suas mentes o tempo todo. Seu comportamento é direcionado para a satisfação de necessidades criadas a partir de um planejamento estratégico voltado especialmente para atraí-la como presa fácil, e transformá-la no consumidor do futuro num flagrante desrespeito à sua dignidade como pessoa em desenvolvimento.

Victor C. Strasburger chama atenção para os estereótipos criados e vendidos na programação da televisão:

A aparência dos adolescentes passa a ser exibida como sendo mais importante que a inteligência, meninas inteligentes são exibidas como desajustadas sociais, as adolescentes meninas são mais passivas que os meninos, a TV frequentemente retrata adolescentes como pessoas obcecadas por compras, arrumação pessoal e encontros com namorados.¹²²

Uma reação efetiva a esse tipo de desvio da publicidade pode ser verificada no movimento intitulado “Publicidade Infantil Não”, do Instituto Alana – Projeto Criança e

¹²⁰ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 46.

¹²¹ Ibidem, p. 46.

¹²² STRASBURGER, Victor C. **Os adolescentes e a mídia**: aspectos psicológicos. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 22.

Consumo -, e subscrito por mais de 131 entidades¹²³, que está crescendo no país. É um manifesto em defesa da cidadania e dos direitos da criança contra a comunicação mercadológica dirigida ao público infantil. O manifesto, lançado em dezembro de 2009, já conta com mais de 7 mil assinaturas,¹²⁴ e se constitui em importante oportunidade de envolver toda a sociedade na discussão do tema.

O manifesto pode refletir empiricamente o desejo da sociedade de conter a voracidade do mercado publicitário sobre o público infantil e a resposta definitiva quanto aos abusos cometidos, ratificando a necessidade de providências urgentes e respaldando iniciativas como o PL 5.291/2001, do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly, culminando, finalmente, na sua aprovação.

3.3.1 A vulnerabilidade e hipossuficiência da criança

A vulnerabilidade do consumidor é um dos princípios a serem observados e atendidos dentro da política nacional de relações de consumo descrita no CDC (Artigo 4º, I), cujo objetivo é o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde, e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo.

Héctor Valverde Santana, ao tratar da vulnerabilidade do consumidor, afirma que a subsistência do sistema econômico capitalista depende de um mercado forte. E conclui: “Logo, não se reconhece como boa política a existência de um consumidor fragilizado, pois representa um risco para a economia de mercado e, conseqüentemente, o comprometimento de todo o sistema capitalista”.¹²⁵

Para resguardar a manutenção do sistema, a preocupação com o desequilíbrio existente entre fornecedores e consumidores foi objeto de deliberação da Organização das Nações Unidas (ONU), que positivou o princípio da vulnerabilidade no plano internacional por meio de sua Assembléia Geral em 10.04.1985, quando baixou a Resolução 39/248 dispondo sobre a proteção do consumidor em todos os países,

¹²³ Mais de 131 entidades, entre as quais o Projeto Criança e Consumo (INSTITUTO ALANA), a Agência de Notícias dos Direitos da Infância (ANDI), o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), a Pro-Teste, o Instituto Paulo Freire e a Childhood Brasil – Instituto WCF Brasil.

¹²⁴ Dados atualizados até 05.04.2010.

¹²⁵ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 115.

principalmente nos países em desenvolvimento. No artigo 1º, a vulnerabilidade do consumidor está evidenciada em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo em relação ao fornecedor.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin destaca, no entanto, outro tipo de consumidor que é mais vulnerável do que o consumidor normal. Sua vulnerabilidade seria superior à média, no caso, os hipossuficientes. “são os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo.”

Como explica:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade -, mas nunca a todos os consumidores. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código.¹²⁶

O artigo 39, IV, do CDC, por exemplo, trata como prática abusiva “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos e ou serviços.” Portanto, “a utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática”.¹²⁷

Vulnerabilidade e hipossuficiência, portanto, não se confundem. Hector Valverde Santana discorda de parte da doutrina que considera ambas as expressões sinônimas, vez tratar-se de realidades distintas.

Afirma-se que todo consumidor é vulnerável, porém nem todo consumidor é hipossuficiente. A vulnerabilidade é tema de direito material, enquanto a hipossuficiência identifica-se no campo do direito processual.¹²⁸

¹²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 224-225.

¹²⁷ Ibidem, p. 224.

¹²⁸ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

Nessa mesma linha, Mara Suely Oliveria e Silva Maran observa que “a vulnerabilidade do consumidor é reconhecida pela lei, sendo, portanto, presumida, enquanto a hipossuficiência depende da análise do caso concreto, já que nem todo consumidor é hipossuficiente.”¹²⁹

O consumidor é, portanto, presumidamente vulnerável. Padece, entre outras, de vulnerabilidade técnica, por não deter os conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, sendo mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade; vulnerabilidade jurídica, que o expõe em razão da falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia¹³⁰; de vulnerabilidade econômica, que decorre da disparidade de força existente entre os consumidores e os agentes econômicos, que têm condições de impor sua vontade aos primeiros utilizando mecanismos técnicos mais avançados que o poderio monetário pode conseguir¹³¹; e, por fim, de vulnerabilidade neuropsicológica, abordada por Paulo Valério Dal Pai Moraes, que salienta:

Agredido por uma variação imensa de estímulos visuais, do paladar, auditivo, químicos, táteis etc, o ser humano experimenta uma verdadeira revolução no seu interior fisiológico e psíquico, a qual tem como resultado, muitas vezes, a incorreta tomada de decisões, enfocado o aspecto estrito do que, de fato, é necessário para a satisfação daquilo que o consumidor precisa.¹³²

A vulnerabilidade é tão extrema, especialmente no tocante à atividade publicitária, que, aquele que conhece a “arquitetura” nervosa e tem interesse em estimulá-la, poderá se valer de todas as técnicas para aflorar necessidades, criar desejos, manipular manifestações de vontade e, assim, gerar indefinidas circunstâncias que poderão ter como resultado o maior consumo e, em um grau mais perverso, inclusive obrigar ao consumo de produtos ou serviços inadequados.¹³³

¹²⁹ MARAN, Mara Suely Oliveira e Silva. **Publicidade e Proteção do Consumidor no âmbito do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 142.

¹³⁰ Como ensina Cláudia Lima Marques apud BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 74-78.

¹³¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, e com acréscimos relativos à internet, neuromarketing, conceitos psicanalíticos e questões tributárias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175.

¹³² *Ibidem*, p. 166.

¹³³ *Ibidem*, p. 172.

Em meio a toda essa dinâmica natural da sociedade de consumo, a criança se torna um dos alvos mais frágeis dessa relação. Na visão de Adalberto Pasqualotto¹³⁴, a criança é um público cobiçado pela publicidade, sendo alvo fácil, tanto por se constituir um mercado atraente por ele mesmo, quanto por ser um meio de fazer com que os adultos comprem os produtos que eles querem.

A exposição das crianças aos efeitos da publicidade suscita o debate de questões importantes, tais como a exploração de sua natural vulnerabilidade; o seu uso para enternecer o público adulto, especialmente os pais; os conflitos familiares que daí podem decorrer, pela frustração dos desejos fomentados, particularmente nas famílias pobres; a conseqüência futura do tratamento de pequenos consumidores; os efeitos nocivos que alguns comestíveis industrializados, sucedâneos de produtos naturais, podem produzir sobre a saúde infantil; a confusão intencional entre programação e publicidade.

As conseqüências da investida direta do mercado publicitário nas crianças podem ser observadas nos lares brasileiros, nas relações entre pais e filhos, cada vez mais abaladas em razão da pressão exercida pelas crianças da era da informação, ávidas por comprar os produtos de sua preferência, muitas vezes por meio de comportamentos agressivos e inadequados, decorrentes do que especialistas chamam de “contra-educação”, que vem recebendo da publicidade, reforçada pelo ritmo de vida dos pais de hoje que buscam compensar suas ausências com mesadas, financiando passeios aos shoppings e estimulando o consumismo nos filhos.

Cada vez mais, a televisão assume o papel dos pais na educação das crianças. Isabella Vieira Machado Henriques apresenta estudos empíricos sobre a influência desse veículo na vida das crianças, por ser este um dos mais eficientes para propagação da publicidade junto a essa clientela, alcançando todas as camadas sociais, indistintamente.¹³⁵ De acordo com pesquisa realizada pela Academia Americana de Pediatria, nos Estados Unidos, sobre os efeitos gerais da televisão sobre as crianças, o hábito de ver TV acarreta uma série de impactos negativos nas crianças norte americanas e latinas, entre os quais, a agressividade, obesidade, precoce iniciação da atividade sexual, baixo rendimento escolar e depreciação da auto-imagem. Em contrapartida, estudos realizados pela *London School* constataram que as

¹³⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC**. São Paulo: RT, 1997. p. 133.

¹³⁵ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 152.

crianças européias são mais críticas diante das mensagens televisivas, já que passam menos tempo sozinhas, sem a presença de um adulto em casa.

A autora apresenta os resultados de outra pesquisa, realizada na década de 90, na América Latina, em Buenos Aires/Argentina, sobre a audiência de TV por crianças de famílias de baixa renda. A conclusão foi a de que a televisão ocupa lugar de destaque na rotina das famílias diante da qual são realizadas todas as atividades da casa, como refeições, tarefas escolares e domésticas.

Em relação ao Brasil, a autora cita publicação da Unicef sobre o estudo intitulado “A voz dos Adolescentes” em que se verificou que os adolescentes brasileiros passam em média quatro horas por dia em frente à TV, o que totaliza 28 horas semanais de exposição. Isso representa o dobro do limite estabelecido por pediatras americanos.

Os resultados desses estudos reforçam a necessidade de um maior envolvimento de todos no que se refere ao controle da qualidade da informação que está sendo transmitida às crianças e aos adolescentes. Extensas pesquisas americanas¹³⁶ apontaram, ainda, o predomínio do conteúdo comercial na programação infantil. A pesquisa constatou que mais de 15% do tempo da programação é publicidade, o que representa uma exposição a aproximadamente 30 mil comerciais por ano.

E mais, nos primeiros anos de vida, a criança tende a tratar o conteúdo da televisão com uma mensagem única, somente adquirindo a habilidade de distinguir programas e comerciais entre quatro e cinco anos. Só a partir dos oito anos tem condições de reconhecer a intenção persuasiva da mensagem.

Isabella Henriques traz, ainda, estudos mais recentes realizados na Universidade norte-americana Johns Hopkin, divulgados em 2005 na revista *Archives of pediatrics & adolescent medicine*, que apontam a má-influência da televisão para o rendimento escolar. Crianças que passam mais tempo em frente à TV têm mais problemas em sala de aula. Essa mesma pesquisa verificou que os lares norte-americanos possuem em média três aparelhos de TV e as crianças que têm TV no quarto ficam expostas à TV em torno de 13

¹³⁶ WILCOX, Brian L. KUNKEL, Dale (1996) apud HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p.156.

horas por semana contra as que não tem TV no quarto, que passam 11 horas diante da televisão da sala.

Esses e outros estudos reforçam a tese de que a criança é altamente suscetível ao poder da mídia, como atesta Victor C. Strasburger:

A televisão pode “influenciar as percepções dos espectadores sobre o que constitui “mundo real” e o comportamento social, ajudar a moldar normas culturais e transmitir mensagens importantes e dignas de crédito sobre os comportamentos que exhibe.”¹³⁷

A criança acredita naquilo que a televisão lhe apresenta e não tem capacidade para diferenciar o programa do comercial nem de reconhecer a intenção persuasiva da publicidade a ponto de poder defender-se dos anúncios.

3.4 “Criança: a alma do negócio”

O silêncio e a omissão intencional da mídia televisiva em auxiliar no debate da questão da publicidade infantil nos veículos de comunicação foram interrompidos com o documentário “Criança: a alma do negócio”, produzido por Marcos Nisti e dirigido por Estela Renner¹³⁸. Mesmo não tendo sido veiculado em canal aberto, como deveria, estando disponível apenas na internet, o vídeo reflete o modo como a criança é vista pelo mercado publicitário, que a considera um consumidor em formação, o grande filão para investimento nos últimos tempos. Demonstra a influência negativa da publicidade na vida do consumidor juvenil corroborada pelos depoimentos de especialistas em comunicação, sociólogos, advogados, jornalistas, psicólogos, pedagogos e juristas. O vídeo mostra, ainda, de forma didática, os comerciais que denunciam a maneira como agem os publicitários para convencer a criança a consumir cada vez mais, evidenciando o “jogo desigual e desumano orquestrado pelos anunciantes, que ficam com o lucro enquanto as crianças arcam com o prejuízo de sua infância encurtada.”¹³⁹

Tal é a relação do vídeo com o tema estudado, que este leva o mesmo nome, em homenagem à pertinência e criatividade no trato do assunto. Instados a se manifestarem

¹³⁷ STRASBURGER, Victor C. **Os adolescentes e a mídia: aspectos psicológicos**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 20.

¹³⁸ [Home page]. “**Criança, a alma do negócio**”. Disponível em: <<http://video.br.msn.com/watch/video/crianca-a-alma-do-negocio/660vvy59>>. Acesso em: 02 abr. 2010.

¹³⁹ Ibidem.

sobre o assédio da publicidade ao público infantil, profissionais de diferentes áreas do conhecimento são categóricos em seus posicionamentos, alertando a sociedade para os perigos aos quais estão expostas as crianças brasileiras. É um convite à responsabilidade para famílias, governantes, legisladores e magistrados.

Ana Lúcia Villela, Mestre em Educação e Presidente do Instituto Alana: Criança e Consumo, ratifica a vulnerabilidade da criança ao afirmar que o desejo incutido nela por meio da publicidade não é real. “Mas a criança não sabe disso e acredita que é”. Para o anunciante não importa o produto. O foco é a criança. “Hoje se sabe que 80% da influência de compra dentro de uma casa vem da criança, porque eles falam diretamente com ela.” As crianças estão sendo levadas ao consumismo exagerado, já que mal ganham uma coisa e pedem outra. Na verdade isso acontece porque aquilo não é o que ela precisa. Não quer para brincar, mas para consumir.

A mestra questiona a culpa dos pais nesse processo já que a indústria bilionária da publicidade passa todo o tempo bombardeando a cabeça dos filhos para que peçam tudo a eles. Ela ressalta a forte influência da publicidade na definição de papéis sociais para a criança. Cita os comerciais de cervejas que mostram as mulheres de forma estigmatizada, sempre sensuais, bonitas, sedutoras servindo aos homens. “As crianças estão aprendendo que a mulher tem papel de objeto sexual na sociedade e deve seduzir o homem”.

Inês Sílvia Sampaio, Mestre em Sociologia e Coordenadora de Pesquisa, observa que quando faz pesquisas com crianças e adolescentes percebe que a criança está sendo estimulada a uma prática consumista que não visualiza a diversidade que ela tem. “Uma criança de classe média e média alta vai ter o mesmo apelo ao consumo de uma criança que não tem condição sequer de comprar o próprio alimento.”

Faz um alerta os pais para os riscos de sua ausência no dia-a-dia da criança em razão do corre-corre diário. “A maior dificuldade dos pais é que eles conversam com as crianças à noite e no final de semana, enquanto a publicidade está falando com a elas todos os dias”. É apresentado à criança um mundo de valores que muitas vezes difere dos valores da família. “Difere dos valores do grupo social no qual ela está inserida e isso causa muito sofrimento a essa criança porque tem um grupo e um estímulo a determinado tipo de comportamento que muitas vezes a condição social dela não permite acompanhar. E ainda que

permita, tem aquele ciclo de uma criança que se volta inteiramente para o consumo, atrás de alguma coisa que os objetos não vão dar e que quem poderia dar seria o afeto, a relação de amizade e a relação de companheirismo.”

O Advogado e Mestre em Direito Constitucional, José Eduardo Romão, não nega a qualidade da publicidade produzida no Brasil. “O limite está quando tratamos dos interesses da criança”. Ele analisa o estímulo desenfreado ao consumo: “É colocar um pouco as crianças contra os próprios pais como se os pais fossem aqueles que negassem o desejo. Esse estímulo ao desejo acaba colocando os pais sempre como vilões.”

O advogado destaca a violação clara da norma consumerista que visa proteger a criança, quando o mercado publicitário considera a criança um adulto mirim. “O publicitário que se vale da inexperiência da criança para transformá-la num promotor de seus produtos dentro de casa não só fere princípios claros, regras específicas do direito, mas também viola limites éticos e morais fixados pela nossa sociedade”.

Ele considera de extrema necessidade que Estado e mercado se comuniquem regulando a associação difícil entre audiovisual, liberdade de expressão comercial e proteção da criança.

E sentencia: com o fim da infância é o fim do nosso futuro. Deixar de refletir ou de se preocupar com a infância como pretendem fazer alguns publicitários que não observam a ética e os limites legais é desconsiderar o nosso próprio futuro.

Clóvis de Barros Filho, Doutor em Ciência da Comunicação/ECA-SP, afirma que a publicidade promete mais do que a alegria da posse. Ela promete a alegria da inscrição e da existência na sociedade. Ele explica: “Consumindo você será aceito como consumidor. Se for aceito como consumidor, será inscrito entre os consumidores daquele produto. Será afastado dos não consumidores daquele produto e, portanto, terá existência social que vai te alegrar. Se você não sabe teorizar sobre isso, sente que é verdade e embarca tranquilamente. E quando tudo isso começa? No mundo infantil.”

Nesse sentido, Yves de La Taille, Professor Titular do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, analisa o fenômeno da massificação do

comportamento. “Pelo consumo você se torna igual ao outro. Nunca uma padronização tão grande existiu quanto hoje”. A influência da publicidade leva as pessoas a agirem de certa forma para pertencerem ao grupo: “A criança rouba um tênis importado não é porque não tem sapato. Ela faz para ter uma marca de vencedor.”

O Sociólogo e Doutor em Psicologia, Pedrinho Guareschi, analisa a forma como a criança entende a comunicação. “O conteúdo comunicacional para crianças de 6, 7 anos não é racional, é emotivo. É a emoção que passa aquilo que nós chamamos de conteúdo.” Ele esclarece que a mídia hoje é o primeiro elemento na construção e criação da nossa subjetividade e de nossos valores, ocupando o lugar da família, da igreja, da escola e dos colegas de trabalho.

João Lopes Guimarães, Promotor de Justiça do Consumidor do Ministério Público de São Paulo, fala da regulamentação da publicidade no país. Ele se questiona de que maneira poder-se-ia comprovar que determinada peça publicitária se aproveita da falta de julgamento, inocência e inexperiência da criança. “Em princípio poderíamos argumentar que qualquer publicidade dirigida à criança, de certa forma, se aproveita dessa inocência. Porque se a criança, pela lei, não pode comprar nada porque é incapaz, como se admitir uma mensagem publicitária dirigida a ela e muito menos uma peça publicitária que seja persuasiva?”

Ele critica o controle feito pelo Conar, sem desmerecer os bons serviços até então prestados, por ser este um órgão privado, criado e mantido por representantes do próprio setor publicitário, proferindo decisões corporativistas. “Muitas vezes, o dano já foi feito e até a campanha sair do ar, já produziu os efeitos nocivos”.

Para o promotor, falta uma consciência mais efetiva por parte da sociedade e dos formadores de opinião quanto à regulamentação da publicidade. “Por outro lado, haverá sempre uma resistência daqueles setores econômicos que se sentem atingidos por esse tipo de iniciativa e que trabalham de uma maneira muito firme para impedir o avanço de todas as propostas que procuram disciplinar ou mesmo proibir a publicidade dirigida às crianças.”

Os depoimentos apresentados, além de traduzir a realidade das crianças brasileiras, que estão excessivamente expostas à mídia televisiva, ao mesmo tempo em que alertam, são um convite à responsabilidade para toda a sociedade brasileira.

4 ANÁLISE DE CONTEÚDO

Da análise de conteúdo empreendida no presente estudo, um dos objetivos propostos foi verificar se as normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor adequadamente protegem o consumidor infantil em relação às investidas publicitárias.

Os posicionamentos doutrinários observados, embora alguns se refiram à publicidade como um todo, e não apenas ao cerne da questão pesquisada, irão corroborar as conclusões que se seguirão ao final, no sentido de que a simples limitação da publicidade como forma de proteção efetiva da criança não se constitui ferramenta suficientemente capaz de assegurar a esse público a proteção necessária.

Antônio Herman de Vasconcelos considera o conjunto de regras mínimas traçadas no Código de Defesa do Consumidor adequado para proteger o consumidor contra os desvios das práticas comerciais, desde que bem utilizado pelos implementadores. Segundo ele, a publicidade é um dos temas mais complexos do Direito do Consumidor, que desafia o legislador, o aplicador e a doutrina, seja em razão de sua relevância para o funcionamento do mercado de consumo, seja com suas múltiplas facetas, um fato jurídico em transformação.¹⁴⁰

Noemí Friske Momberger, que confrontou os diversos dispositivos existentes tanto no Brasil como em outros países relacionados ao tema, constatou que a legislação brasileira não é muito aprofundada quanto à publicidade dirigida às crianças e adolescentes. Ao tratar da publicidade dirigida à criança apenas elenca hipóteses de abusividade no artigo 37, §2º, do CDC (aquela que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança), mas “não classifica ou estabelece limite de idade para a publicidade dirigida a essa clientela para que não seja considerada abusiva. As determinações são genéricas, não é explicado o que é considerada falta de experiência da criança e deficiência de julgamento em relação à publicidade, ou, em que fase da vida das crianças a publicidade não mais seria considerada abusiva quando dirigida ao público infantil.”¹⁴¹

Paulo Valério Dal Pai Moraes considera que todo o instrumental legislativo existente não é suficiente para proteção dos hipervulneráveis, pois a publicidade entra na vida

¹⁴⁰ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Publicidade ilícita e responsabilidade das celebridades que dela participam**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11.

¹⁴¹ MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 158-159.

das crianças pelas mais diversas vias e maneiras. Ele avalia como necessária a realização de políticas públicas em nível escolar que possam promover efetivamente a fundamental educação para o consumo, sendo esta, na opinião do autor, a única forma de alterar a cultura consumista e desumanizada do mercado de consumo.¹⁴²

Isabella Vieira Machado Henriques defende a necessidade de limitação da publicidade que é pensada e produzida para envolver e seduzir a criança, de forma que possibilite o cumprimento das normas legais já positivadas no ordenamento. Segundo ela, os mecanismos de controle da publicidade voltada à criança, apesar de adequadas, carecem de maior efetividade. A autora propõe, ainda, amplo debate na sociedade acerca do tema.¹⁴³

Paulo Vasconcelos Jacobina vê nas normas que regem o fenômeno publicitário no Brasil um sistema coerente e avançado, porém com antinomias. Para ele é necessário desenvolver, agora, a operacionalização do sistema para que possa efetivar-se. Urge mais vontade política e uma melhor instrumentalização do Poder Judiciário e do Ministério Público, considerados pelo autor vigas maiores que sustentarão a luta pelo controle jurídico da publicidade.¹⁴⁴

Adalberto Pasqualotto considera real o poder incitativo da publicidade sobre a criança. Afirma que o CDC, ao considerar abusiva a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento da criança, deu atenção apenas a parte do problema, ficando aquém de posições assumidas pelo Conar, que é mais específico. Contudo, em razão de a abusividade ser cláusula geral e o enunciado não ser taxativo, as situações que se apresentem estarão contempladas no artigo 37, § 2º.¹⁴⁵

Mara Suely Oliveira e Silva Maran afirma que o CDC apresenta estrutura e conteúdo modernos, estando de acordo com a realidade brasileira. Vem, portando, cumprindo seus objetivos. A autora destaca entre as principais inovações dele advindas, o regramento do

¹⁴² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, e com acréscimos relativos à internet, neuromarketing, conceitos psicanalíticos e questões tributárias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 304-305.

¹⁴³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211-213.

¹⁴⁴ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 121.

¹⁴⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC**. São Paulo: RT, 1997. p. 134.

marketing (oferta e publicidade) e controle das práticas abusivas. Ela considera necessário muito cuidado no enquadramento da publicidade abusiva nos termos da lei, em razão de seu caráter subjetivo, da apresentação da mensagem e seus efeitos no consciente e no inconsciente do indivíduo.¹⁴⁶

Cláudia Lima Marques considera que as leis brasileiras de proteção ao consumidor procuram alcançar no mercado de consumo a igualdade material, o objetivo de proteção da dignidade da pessoa humana e a garantia de liberdade de escolha dos cidadãos. Ela afirma que o aplicador da lei, atualizado e atento, deve estar consciente da potencialidade e da eficiência prática que estes novos direitos subjetivos do consumidor possuem. A aplicação das normas do CDC impõem ao anunciante uma adaptação de suas práticas comerciais, entre elas a publicidade, aos princípios defendidos pelo Código.¹⁴⁷

Paulo Jorge Scartezini Guimarães afirma que o legislador não definiu a publicidade abusiva, apenas fazendo constar um rol exemplificativo no dispositivo, o que torna necessária a análise do caso concreto para avaliação dos casos de publicidade abusiva, entre eles a que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança. O autor entende que se deve considerar os valores culturais dos consumidores da publicidade, análise que, segundo ele, depende de fatores de tempo e espaço.¹⁴⁸

4.1 Jurisprudência do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – casos autuados nos últimos 5 anos

Soma-se aos depoimentos mencionados, a ocorrência de abusos por parte do mercado publicitário observada nos casos apreciados pelo Conar nos últimos 5 anos,¹⁴⁹ com destaque para aqueles que estão diretamente relacionados aos cuidados com o público infantil.

No ano de 2009, 343 processos foram instaurados e 268 anúncios sustados. Dos instaurados, 16% foram relativos aos cuidados com o público infantil.

¹⁴⁶ MARAN, Mara Suelly Oliveira e Silva. **Publicidade e Proteção do Consumidor no âmbito do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 158.

¹⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 812.

¹⁴⁸ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Publicidade ilícita e responsabilidade das celebridades que dela participam**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 141-145.

¹⁴⁹ CONAR. **Ataque à publicidade**. Disponível em: <www.conar.org.br/boletimdoconar n.184>. Acesso em: 22 mar. 2010.

Em 2008, o número de processos instaurados foi de 448, e 180 anúncios sustados. 17% dos instaurados estavam relacionados com cuidados com o público infantil.

Em 2007, 330 processos foram instaurados e 51 anúncios sustados. Os casos de cuidado com o público infantil somaram 28% dos instaurados considerados em conjunto com outros como segurança e acidentes; cuidados com a segurança; cuidados com a ecologia; decência; apoio ao medo; indução à violência; discriminação; honestidade; desestímulo à atividade física; e cuidados com a educação.

No ano de 2006 foram 303 os processos instaurados e 62 anúncios sustados. 24% do total de instaurados foram considerados em conjunto com segurança e acidentes; cuidados com a segurança; cuidados com o público infanto-juvenil; cuidados com a ecologia; decência; apoio ao medo; indução à violência; discriminação; publicidade médica; honestidade; desestímulo à atividade física; e cuidados com a educação.

E no ano de 2005, 361 processos foram instaurados, 77 sustados, sendo 16,34% relativos à segurança e acidentes; cuidados com a segurança; cuidados com o público infanto-juvenil; cuidados com a ecologia; decência; excessos de mídia exterior; adequação de frase de advertência; frase de moderação inapropriada; sugestão de ingestão do produto; estímulo ao consumo excessivo; indução à prática condenável; denegrimento à propaganda; apoio ao medo; indução à violência; indução ao erro quanto a característica do produto; discriminação; apelo ao erotismo cuidados com o vernáculo estímulo à atividade ilegal; publicidade imobiliária; uso do calão; e anúncio de varejo.

Pela jurisprudência do Conar, observa-se que a incidência de abusos cometidos por anunciantes contra o público infantil é considerável, merecendo, por parte do legislador providências mais incisivas.

CONCLUSÃO

Em se tratando de proteção contra a publicidade para crianças, existe um fosso imenso entre o plano normativo e a realidade. Apesar de o CDC vedar a publicidade abusiva, considerando-a, entre outras, aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, é exatamente em cima dessas deficiências que o mercado publicitário pauta suas estratégias para vender seus produtos e criar necessidades de consumo nas crianças.

As normas positivadas deixam lacunas importantes que estão sendo preenchidas pela astúcia e fome de lucro do mercado publicitário, expondo a criança a toda sorte de manipulações.

No decorrer do estudo, considerando a condição de hipervulnerabilidade da criança frente às agressivas imposições publicitárias do mercado de consumo sobre essa clientela, que se tornou o público preferido das empresas do setor, verificou-se que toda publicidade dirigida à criança conta com altíssima dose de abusividade. Seja lícita ou ilícita, seus mecanismos de atuação têm forte potencial de vulneração ao consumidor e expõem a incapacidade da criança de diferenciar programação de publicidade identificando de pronto os objetivos de uma e de outra.

O estudo leva a assertiva de que toda publicidade dirigida diretamente ao público infantil é abusiva, corroborada pelo resultado da análise de conteúdo de autores consagrados do Direito do Consumidor. E mais: os instrumentos existentes no ordenamento jurídico, mais precisamente no CDC, voltados para a proteção dessa clientela não tem se mostrado suficientemente adequados para assegurar a proteção integral constitucionalmente prevista para a criança, apesar de a norma consumerista dizer claramente que não se deve aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Tal prescrição é por demais aberta e deixa margens de discricionariedade interpretativa. Não oferece, pois, o amparo necessário ensejando interpretações de conveniência. Se a legislação brasileira está aquém de uma proteção mais efetiva e direta para a criança, em relação à publicidade, somente uma interferência clara, imperativa, direta, incisiva e urgente do Estado para efetivar a proteção integral ao cidadão em formação,

fazendo sobrelevar seus interesses em relação a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, especialmente o econômico da indústria publicitária.

O legislador reconheceu os efeitos negativos que o uso e a publicidade de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas causou à população por longos anos, impondo restrições por meio da Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Apesar de não ter proibido integralmente a publicidade, restringiu a veiculação aos horários entre 21 e 6 horas, quando, normalmente, o público infantil já se recolheu.

A edição da referida lei nada mais foi que uma resposta, ainda que tardia, aos abusos cometidos no passado pela indústria do tabaco, que se valeu do poder da publicidade e tantos transtornos e prejuízos causou à saúde de uma infinidade de pessoas em todo o planeta, iludidas pela publicidade abusiva e enganosa que circulou livre e impunemente por longos anos.

Da mesma forma deve o legislador pensar, ao tratar da publicidade que se foca no público infantil. Sem deixar qualquer dúvida ou margem para interpretações equivocadas e tendenciosas, deve ele ser taxativo e direto e proibir o assédio à criança. Passados 20 anos da edição do CDC, é mais que urgente preencher tal lacuna e dar um basta aos abusos cometidos pelo mercado publicitário. Nada justifica investir numa clientela que é considerada civilmente incapaz. Atrair essa clientela fere frontalmente direitos assegurados pela Constituição da República e compromete o futuro do cidadão em formação.

Assim, em nome da proteção integral da criança, pessoa em fase peculiar de desenvolvimento, somente a vedação legal expressa de toda e qualquer publicidade a ela direcionada, seja das 21 às 6h, como ocorre na Suécia, ou total, faria com que a proteção proclamada pela Carta Constitucional se realizasse a contento.

Como apurado na doutrina consultada e em pesquisas realizadas em outros países e citadas no presente estudo, as crianças são vítimas em potencial da publicidade, já que não a identificam como tal nem entendem seu caráter persuasivo. Infere-se que toda publicidade dirigida a menores de 12 anos é abusiva e, portanto, proibida, mas não da forma como está positivada no CDC. Se os anunciantes ainda não se conscientizaram de que devem

elaborar suas estratégias mercadológicas e estruturar suas mensagens de forma a não comprometer a condição especial da criança, como observado no percentual de casos de abusos registrados nos últimos 5 anos pelo Conselho de Ética do Conar, somente a proibição os fará parar de abusar.

Por mais que a atuação do Conar tenha sido exemplar, as medidas punitivas aplicadas para os casos de abuso são muito amenas e, no caso, de publicidade que já tenha sido veiculada, mostra-se inócua, vez que a mensagem já foi transmitida, tendo atingido, portanto, o fim para o qual foi criada, e causado o dano.

As investidas da indústria da publicidade no público infantil já ultrapassaram os limites toleráveis e o Estado deve se posicionar já que a prática das empresas não condiz com o discurso. A análise da questão passa pela escolha de quais interesses deverão prevalecer no país que adota a proteção integral da criança: o bem-estar e a preservação da infância ou os interesses econômicos das grandes empresas de comunicação. A resposta parece óbvia.

REFERÊNCIAS

[Home page]. “**Criança, a alma do negócio**”. Disponível em:

<<http://video.br.msn.com/watch/video/crianca-a-alma-do-negocio/660vvy59>>. Acesso em: 02 abr. 2010.

ALMANAQUE IBOPE. Disponível em:

<<http://www.almanaqueibopecom.br/asp/index.asp>>. Acesso em: 13 mar. 2010.

ANVISA. **Audiência pública debate proposta sobre propaganda de alimentos**. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/saladeimprensa>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

AUBY, Jean-Marie; ADER-DUCOS, Robert. **Droit de l’informacio**. Paris: Dalloz, 1982.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. **Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 9, p: 25-57, jan./mar. 1994.

BRASIL. **DECRETO Nº 2.181, DE 20 DE MARÇO DE 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D2181.htm>. Acesso em: 18 mar. 2010.

_____. **LEI Nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 18 mar. 2010.

CONAR. **Ataque à publicidade**. Disponível em: <www.conar.org.br/boletimdoconar.n.184>. Acesso em: 22 mar. 2010.

DOCUMENTÁRIO Criança: A Alma do Negócio. Disponível em:

<<http://www.bing.com/videos>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

FEILITZEN, Cecília Von; CARLSSON, Ulla. **A criança e a mídia: imagem, educação, participação**. Brasília: Cortez, 2002.

FROTA, Mário. **A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas.** Curitiba: Juruá, 2007.

FURLAN, Valéria. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias. **Direito do Consumidor.** São Paulo, n. 10, p. 97-125, abr./jun. 1994.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Publicidade ilícita e responsabilidade das celebridades que dela participam.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança.** Curitiba: Juruá, 2006.

IBGE. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Crianças_e_Adolescentes>. Acesso em: 07 mar. 2010.

INSTITUTO ALANA. **Projeto de Lei n°: 5921/01- Proíbe a publicidade dirigida à criança e regulamenta publicidade dirigida a adolescentes.** Ementa: proíbe a publicidade dirigida à criança e regulamenta a publicidade dirigida a adolescentes. Deputado Federal Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR). Disponível em:
<<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Legislacao.aspx?v=3&tipo=brasil&lid=4>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KAPFERER, Jean-Noël. **A criança e a publicidade.** Portugal: Rés-Editora, 2002.

MARAN, Mara Suelly Oliveira e Silva. **Publicidade e Proteção do Consumidor no âmbito do Mercosul.** Curitiba: Juruá, 2003.

MARANHÃO, Jorge. **A arte da publicidade: estética, crítica e kitsch.** Campinas: Papirus, 1988.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5.ed. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2006.

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

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 5. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva. 2007.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda**: teoria, técnica, prática. 7.ed., São Paulo: Pioneira Arte Comunicação, 1998.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Prescrição e decadência nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2005.

STRASBURGER, Victor C. **Os adolescentes e a mídia**: aspectos psicológicos. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.