

ELAINE MARLISE KAUER MONTEIRO

PROTEÇÃO DA CRIANÇA NO DIREITO BRASILEIRO:

A norma positivada frente à publicidade abusiva.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – FAJS/UniCEUB.

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes

**BRASÍLIA
2010**

Dedico este trabalho ao meu querido marido, que com muita paciência abriu mão de nosso convívio.

Ao UniCEUB, pela acolhida fraternal e pela oportunidade ímpar que oferece aos funcionários, proporcionando-lhes qualidade de vida.

Aos meus pais pela existência.

Aos meus irmãos que, mesmo distantes, sempre torcem pelo meu êxito.

A minha sogra pelo apoio e incentivo.

Ao meu orientador, Prof. Luís Antônio Winckler Annes, que me acolheu com entusiasmo e dedicação no desenvolvimento deste trabalho.

Aos professores do UniCEUB que abriram meu horizonte para o conhecimento.

Aos funcionários do UniCEUB que contribuíram para a realização desta pesquisa.

Aos amigos, que acreditam em minha capacidade.

Que Deus abençoe a todos.

“Não se enganem. Uma gotinha no oceano faz, sim, muita diferença.”

Zilda Arns

RESUMO

Esta pesquisa investiga a suficiência de norma estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentada na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, para proteger a criança na sua hipervulnerabilidade frente à publicidade abusiva. Contemporaneamente no contexto brasileiro a discussão gira em função do Projeto de Lei nº 5.921 de 2001, que propõe acréscimo normativo no Código de Defesa do Consumidor, visando à limitação da publicidade. Ao passo que o legislador brasileiro carece de estudos comportamentais do público infantil no contexto social, econômico e cultural pátrio, o que pode afastar a fundamentação para a incidência de novo preceito normativo, verifica-se a existência de norma já positivada e sua relação com a atividade publicitária que influencia no comportamento do consumidor infantil.

PALAVRAS-CHAVE: Relação de consumo. Publicidade abusiva. Limite da publicidade. Criança. Vulnerabilidade. Proteção normativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 OS CONTORNOS DA PUBLICIDADE.....	10
1.1 A criança enquanto hipossuficiente em suas vulnerabilidades consumeristas.....	10
1.2 Aspectos da publicidade abusiva e a influência sobre a criança.....	15
1.3 A legislação de proteção à criança no mundo.....	20
1.4 Medidas educativas para o consumo consciente.....	24
2 A PROTEÇÃO LEGAL DA CRIANÇA NO BRASIL	31
2.1 Formas de controle da publicidade	31
2.2 Constituição Federal de 1988.....	37
2.3 Legislação infraconstitucional: o CDC e o ECA	40
2.4 Autorregulamentação	47
3 PANORAMA DE DEBATES	50
3.1 A doutrina jurídica	50
3.2 Os legisladores e o Projeto de Lei nº 5.921/2001	60
3.3 Os psicólogos e o comportamento da criança consumidora	66
3.4 A atividade publicitária	73
3.5 Considerações sobre o tema	78
CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS	86

INTRODUÇÃO

É no sentido de atuação persuasiva e influenciadora da vontade do consumidor que a publicidade é preocupação do direito, pois é atividade que interfere na esfera jurídica dos consumidores, gerando influências comportamentais em maior grau para o público infantil.

Esta pesquisa aborda uma reflexão que importa aos mais diversos segmentos da sociedade, não só àqueles da área do direito. Trata-se de uma abordagem sócio-jurídica, isto é, uma perspectiva de outras áreas do conhecimento sobre o direito do consumidor brasileiro – além do direito brasileiro, a psicologia e a publicidade. É um olhar externo à luz dos outros discursos sociais.

A análise crítica e os argumentos feitos por essas áreas quanto à existência de normas de proteção à criança, levam em consideração a proposta legislativa do Projeto de Lei nº 5.921/2001 e trazem motivação singular para esta pesquisa. Há relevante necessidade de esclarecimentos à sociedade da importância dos reflexos que envolvem esse Projeto.

A pesquisa será dividida em três capítulos. Primeiramente será feita abordagem conceitual e normativa, abrangentes, sobre: a proteção da criança enquanto consumidora; os aspectos da influência da publicidade e seus mecanismos naturalmente persuasivos; a legislação de proteção à infância no mundo; as propostas de medidas educativas.

No segundo capítulo será abordado o sistema normativo brasileiro, as

formas de controle e regulamentação da publicidade e a proteção à criança, sem esquivar-se das propostas de autorregulamentação.

A partir de uma perspectiva jurídica será verificada a norma positivada - aquela entregue pelo legislador à sociedade - fundamentada na Constituição Federal, no § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que protegem a criança na sua hipervulnerabilidade frente à publicidade abusiva no contexto pátrio. Será verificada a necessidade de acréscimo normativo no Código de Defesa do Consumidor, de limitação à publicidade, proposta no Projeto de Lei nº 5.921 de 2001 em tramitação na Câmara dos Deputados.

Por fim, será apresentada a discussão interdisciplinar contemporânea quanto à necessidade de ampliar ou não esta proteção normativa, na visão de juristas, psicólogos e legisladores, além da sociedade civil organizada atenta às decisões do Estado.

Na prática, o reflexo social da atuação desses profissionais na necessidade de proteção à criança é um debate ainda recente no Brasil. Pode-se considerar que somente a partir do final da década de 80, com o advento da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, é que esta preocupação ganhou importância. Observa-se que desde então as áreas afins – direito, psicologia e publicidade - estão focadas na criança enquanto consumidora, e sua proteção, no comportamento e no interesse em consumir, respectivamente.

Existem referências de estudos em países como os Estados Unidos, Canadá, Suíça e outros do continente Europeu, que motivaram a instituição de normas de proteção da criança, contrapondo os interesses da publicidade. Esses estudos são de suma importância para o atual contexto legal brasileiro, pois respaldam a reflexão de um entendimento quanto à

necessidade de ampliar ou não a norma pátria.

A riqueza de justificativas para acréscimo normativo no Código de Defesa do Consumidor fomentam o debate do Projeto de Lei, que há nove anos tramita na Câmara dos Deputados. Isso torna evidente a importância deste tema na afirmação de direitos subjetivos considerados fundamentais em nossa estrutura jurídica.

A interdisciplinaridade das áreas do direito com a psicologia e a publicidade estão entrelaçadas pelo seu complexo axiológico e teleológico, com interesses convergentes ao direito do consumidor, e são, entre si, quase imperceptíveis durante a formação acadêmica. Enquanto a formação do bacharel em direito preocupa-se com a proteção e prevenção de direitos e deveres do consumidor, a formação do psicólogo prima pelos aspectos comportamentais, e a dos publicitários pela economia de mercado.

Verificar se há necessidade de nova incidência legislativa para limitar a publicidade é objeto de muita discussão. É o que se almeja investigar nesta pesquisa. O Projeto de Lei nº 5.921/2001 está tramitando na Câmara dos Deputados, e os argumentos para aprovação ou não do Projeto são substanciais, já que não é qualquer peça publicitária alvo de crítica, mas sim, àquela considerada abusiva.

As considerações sobre os reflexos sociais e jurídicos despertados durante o desenvolvimento do tema apresentado nesta pesquisa proporcionam a formalização de novas discussões.

1 OS CONTORNOS DA PUBLICIDADE

1.1 A criança enquanto hipossuficiente¹ em suas vulnerabilidades² consumeristas³

Para efeitos de definição de criança toma-se como base o conceito jurídico aludido no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA⁴: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” Somente a criança é preocupação do estudo para fins de delimitação do tema proposto, embora estenda-se ao também adolescente, em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Todos na sociedade são consumidores, inclusive a criança. Cuida-se analisar o envolvimento da atividade publicitária, que é naturalmente persuasiva, em relação à criança enquanto presentes suas especiais vulnerabilidades.

¹ O consumidor hipossuficiente, explica Benjamin, “são certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da periferia. Percebe-se, por conseguinte, que a hipossuficiência é um *plus* em relação à vulnerabilidade [...] pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários.” **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 354.

² O termo vulnerabilidade, para Moraes, “é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação”. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 96.

³ O consumerismo são “forças sociais que buscam um melhor tratamento para o consumidor. [...] São forças agentes e pacientes do consumerismo: consumidores, produtores, comerciantes, instituições públicas e privadas, enfim, qualquer elemento da relação de consumo que repercute na compra, usufruto e consumo de algo. [...] está ligado à busca por melhores condições de vida e pela ampliação da qualidade de vida”. GIACOMANI FILHO, Gino. **Consumidor Versus Propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p.19-20.

⁴ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13/07/90. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. DOU de 16/7/90 e Retificada em 27/9/90.

O Código de Defesa do Consumidor - CDC trata de proteger o consumidor nas relações jurídicas de consumo, pois nele se encontra uma qualidade inerente a toda relação de consumo: a vulnerabilidade. E é a “vulnerabilidade do consumidor que justifica a existência do Código.”⁵ A vulnerabilidade é um princípio que demonstra o desequilíbrio na relação entre o consumidor e o anunciantes de produtos ou serviços. E é anunciante quem utiliza os mais variados mecanismos para movimentar a máquina produtiva, dentre eles, a publicidade.

Há uma dimensão na aplicação e nos contornos do conceito de consumidor, “tendo o legislador optado pela adição dos diversos conceitos, adequando-os aos distintos campos de incidência, podemos dizer que os conceitos de consumidor são formulados de acordo com a amplitude que as relações de consumo podem vir a atingir.”⁶ É por esta razão que há diversos conceitos para definir quem é consumidor, dentre eles, o conceito *standart* ou *stricto sensu*.⁷

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

No entanto, a criança frente à publicidade é tratada como consumidora por equiparação. Quando Herman Benjamin⁸ trata das práticas comerciais, e nelas está incluída a

⁵ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 382.

⁶ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 70.

⁷ Quanto ao conceito *standart* de consumidor: “O legislador brasileiro, porém, parecer ter, em princípio, proferido uma definição mais objetiva de consumidor. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor dispõe que consumidor é ‘toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’. Nesta definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final”. MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos ; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.68.

⁸ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 264-265.

atividade publicitária, expõe fundamentadamente a importância e extensão deste conceito “para fins de controle preventivo e abstrato dessas práticas [...] exatamente porque estamos diante de atividades que trazem um enorme potencial danoso, de caráter coletivo ou difuso.” Não obstante o artigo 2º, mas também o artigo 29 do CDC, consumidor é, além daquele que adquire ou utiliza produto ou serviço, também as pessoas expostas às práticas comerciais.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Merecedora de exposição é a lição de Cláudia Lima Marques:

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) *expostas às práticas abusivas*. Estas, mesmo não sendo ‘consumidores *stricto sensu*’ poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas!⁹

E a criança é consumidora por equiparação e especialmente vulnerável em razão da pouca idade, por isso é classificada como hipervulnerável. Na dicção de Herman Benjamin,¹⁰ esse conceito é apresentado no mesmo sentido de hipossuficiência. Para ele, a criança é hipossuficiente em razão do seu momento elementar de desenvolvimento relacional, intelectual, emocional e cognitivo, e é assim considerada, na relação estabelecida entre ela e a publicidade:

A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.78-79.

¹⁰ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 354-381.

simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreender o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em consequência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de uma certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo.¹¹

Quanto aos aspectos das vulnerabilidades, dentre classificação diversa, Paulo Valério Dal Pai Moraes alude em específico à fisiológica ou psíquica, que decorrem da natureza humana. Explica esta forma de vulnerabilidade com base em estudos da arquitetura cerebral e dos mecanismos que influem na tomada de decisões, tendo como fator as influências do excesso de informação no mundo contemporâneo, que ora pode resultar positivamente – em uma compreensão do mundo - ora negativamente:

[...] agredido por uma variação imensa de estímulos visuais, do paladar, auditivos, químicos, táteis, etc., o ser humano experimenta uma verdadeira revolução no seu interior fisiológico e psíquico, a qual tem como resultado, muitas vezes, uma incorreta tomada de decisão, enfocando o aspecto estrito do que, de fato, é necessário para a satisfação daquilo que o consumidor precisa.¹²

Este autor converge para o que os psicólogos apontam como uma confusão do que seria útil ou necessário ao consumidor por meio da criação de desejos e necessidades até então inexistentes. Estes aspectos psicológicos denotam uma complexidade do processo de compra influenciada por elementos de estímulos da publicidade, o que deve ser verificado ao avaliarmos a vulnerabilidade da criança, isto é, da confusão entre o que é necessário e o que se torna necessário por meio da motivação publicitária.¹³ É a partir daí que se percebe o conteúdo persuasivo e a possibilidade de caráter abusivo¹⁴ da publicidade.

Outra forma de vulnerabilidade dos consumidores é a social, “na medida em

¹¹ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 354.

¹² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 145.

¹³ *Ibidem*, p. 152-255.

¹⁴ Considera-se publicidade abusiva “na manifestação do abuso do direito de manifestar o pensamento e para sua caracterização ideal deve-se apurar hostilidade ao princípio cardinal da teoria do abuso do direito, que se opõe a esta deformação anti-social, a saber, o princípio da função social da comunicação.” FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 232.

que se constituem em massa desorganizada e sem intercomunicação, ao passo que o fornecedor possui ambas as características.”¹⁵ Nestes aspectos, predomina a experiência dos publicitários, que os leva à condição de dominadores nas relações de consumo.

No entanto, a perspectiva de consumo proveniente dos interesses da criança faz o mercado lançar produtos cada vez mais atraentes, mesmo que o objetivo não seja, necessariamente, a aquisição do produto em si, mas algo acessório a ele, como um brinde.

Nesse entendimento, Gino Giacomani Filho fala de uma campanha da Coca-cola da década de 80 que anunciava: quem juntasse considerável número de tampinhas do refrigerante poderia trocá-las por miniaturas do produto. Para isso, a indústria mandou confeccionar cerca de 1 milhão de mini caixinhas e 6 milhões de garrafinhas para as trocas. O efeito disso foi a mudança de hábito dos consumidores.

A criança é, no Brasil, soberana do lar. Sua participação nas decisões da casa tem sido crescente e proporcional ao ‘abandono’ dos pais, abandono este representado pela priorização do trabalho a fim de aumentar a renda familiar, pelas atividades externas para um melhor relacionamento social, relegando as crianças à televisão.¹⁶

Essa influência de mudança na cultura é demonstrada por Geoffrey Cannon quando elenca diversos países, dentre eles o Sri Lanka, onde a alimentação nativa foi reduzida a tal ponto que produtos industrializados inseridos no costume alimentar passaram a ser compreendidos como necessários:

Os tapumes que cercam os povoados estão cobertos de cartazes mostrando a Margarina Astra, um produto feito de gordura saturada que permanece sólida sob o maior calor tropical. [...] Anúncios de leite em pó da Nestlé são visíveis em toda a parte e incontáveis folhetos promovem a campanha ‘Construa uma moto com Coca-Cola’.¹⁷

¹⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai, **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 247.

¹⁶ GIACOMANI FILHO, Gino. **Consumidor Versus Propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p.54.

¹⁷ CANNON, Geoffrey. Onde vamos começar? In: RICHTER, Hildegard Bromberg (Org.). **Um assassinato perfeitamente legal: nossa alimentação**. 4. ed. São Paulo: Paulus, 2007, p. 20.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA¹⁸ demonstrou em audiência pública que o índice do poder de influência das crianças na hora das compras subiu de 71% no ano 2000 para 82% em 2005.

Tratar dos interesses e necessidades da criança, respeitando sua hipervulnerabilidade, tem sido no Brasil debate muito recente onde legisladores, operadores do direito, psicólogos, publicitários, representantes da indústria e sociedade civil organizada têm se movimentado para deliberar sobre a proteção da criança enquanto indivíduo nas relações de consumo.

1.2 Aspectos da publicidade abusiva e a influência sobre a criança

Cabe destacar o conceito de publicidade, antes de adentrar nos elementos da abusividade apontados pelos doutrinadores e pela legislação. Algumas leituras levam a entender que publicidade e propaganda são o mesmo objeto de estudo. E não são. As formas de publicidade serão abordadas independentemente de qual for o veículo de comunicação (televisão, rádio, outdoor, embalagens, rotulagens, entre outros).

Para tanto, Paulo Valério Dal Pai Moraes¹⁹ elucida de forma sucinta que a publicidade tem o intuito de captar a atenção do público para consumo de produtos ou serviços. Enquanto isso, Valéria Falcão²⁰ explica quanto à propaganda, que tem contexto não comercial e almeja a influência de ideologias.

¹⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001**. 18 jun. 09, Brasília-DF.

¹⁹ Para Moraes, “publicidade significa o ato de tornar público um fato ou uma idéia com o objetivo comercial, sendo espécie do gênero propaganda.” MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p.274.

²⁰ Explica Valéria Falcão que “a palavra ‘propaganda’ deriva do latim *propagare*, que significa ‘reproduzir por meio de ‘mergulhia’, ou seja, ‘enterrar o rebento de uma planta no ‘solo’. [...] Pode-se entender como propagação de princípios, teorias, doutrinas.” CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 10.

É neste sentido, por exemplo, que a Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República – SECOM utiliza o termo “Publicidade de Utilidade Pública,”²¹ aplicando-a em campanhas governamentais como a de registro civil de nascimento, campanha para inserção social de pessoas com deficiência, entre outras. Esse exemplo de uso do termo publicidade ao lugar de propaganda demonstra como os conceitos podem ser (con)fundidos.

Há outras tantas classificações para publicidade, a exemplo da institucional, que não tem como objeto diretamente um produto ou serviço, mas sim a imagem da instituição que produz algo que será consumido. Estas não serão utilizadas nesta pesquisa.

Ambas – publicidade e propaganda - possuem a capacidade de “ação psicológica no público pela divulgação de mensagens, embora, como já dito, se distingam quanto aos objetivos.”²² Assim, interessa abordar apenas a espécie publicidade, no sentido mercadológico, como instrumento de *marketing*.²³

Há uma importância em posicionar estes conceitos para direcionar o objeto do estudo, pois em muitas publicações os termos se confundem. Assim, Menna Barreto lembra que em diversos países propaganda e publicidade são tratados de forma diferente, por serem matérias distintas em razão de seus propósitos. Daí a maioria dos estudos brasileiros acordarem quanto esta diferenciação:

Em inglês, o termo ‘propaganda’, tratando-se de propaganda política, é traduzido igual por *propaganda*, enquanto, tratando-se de propaganda comercial, por *advertising*. Em alemão, essa diferenciação exprime-se por *Propaganda* e *Werbung* [...]. Na mesma linha, temos, em francês,

²¹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República. **Instrução Normativa nº 2, de 20 de fevereiro de 2006.** Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/Subsecretaria/instrumentos/>, Acesso em: 09 out. 2009.

²² CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva. 2001, p. 11.

²³ “*marketing* é um conjunto de atividades que se processam desde a concepção de um produto vendável, sua produção, até sua distribuição ao consumidor”. Ibidem, p. 12.

propaganda e publicit e, fen meno que se repete em italiano e espanhol.²⁴

Definido o objeto do estudo e voltando o foco para o sistema normativo brasileiro, Herman Benjamin diz que toda publicidade dirigida   criança até certa idade tem um grande caráter abusivo, “a utiliza o, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática.”²⁵ Isto se d  em fun o da dificuldade que as crianças, especialmente as menores, têm em identificar o caráter persuasivo da publicidade, tendo em vista que a criança, além da vulnerabilidade inerente ao consumidor, possui ainda a agravante de ser hipossuficiente emocional e psiquicamente, merecendo, portanto, aten o especial e daí ser considerada hipervulnerável em rela o aos abusos publicitários.

O efeito da publicidade, quando abusiva, conjugado com a finalidade da publicidade   fundamento para toda a discussão que procura limitar a atividade publicitária em rela o   prote o da criança.

Segundo Cláudia Lima Marques,²⁶ “a publicidade abusiva  , em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”, transparecendo assim a importância axiológica e teleológica da publicidade nas rela o de consumo.

Para Guilherme Fernandes Neto, que de forma simples explica que “enquanto a propaganda afasta-se do fim lucrativo, a publicidade objetiva estimular uma necessidade existente – ou criar uma que ainda não existe – com o inequívoco objetivo do

²⁴ BARRETO, Roberto Menna. **Agência de propaganda e as engrenagens da história**. São Paulo: Summus, 2006, p. 77.

²⁵ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 381-382.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 669.

aumento do faturamento, ou seja, do lucro.”²⁷

A publicidade abusiva é considerada ilícita para Paulo Valério Dal Pai Moraes²⁸ pois trata de abuso do exercício de um direito reconhecido. Mas, mesmo lícita, “seus mecanismos de atuação possuem forte potencial de vulneração ao consumidor, sendo, portanto, uma realidade que deve sempre ser considerada pelo sistema jurídico e pelo aplicador da lei, quando da resolução do caso concreto.”

Noemi Momberger²⁹ diz que o princípio da ética publicitária - identificação da publicidade como publicidade - previsto na autorregulamentação proposta pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, tem também previsão normativa do CDC, pois “o público-alvo deve ser capaz de distinguir entre publicidade e programação normal de televisão imediatamente e sem maiores esforços.” Mas este princípio, que busca a transparência da comunicação publicitária, não é observado nem quando se trata de publicidade dirigida à criança. Basta assistirmos a qualquer canal televisivo para constatar a inexistência de caracterização da publicidade durante os programas veiculados.

Herman Benjamin³⁰ diz que a publicidade deve ser identificada pelo consumidor. Não é uma questão circunstancial, mas é imperativo que haja esta identificação, pois este é o princípio que rege a atividade publicitária. Já o texto do CDC trata deste princípio no artigo 36:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor,

²⁷ FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 43.

²⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai, **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 269-275.

²⁹ MOMBERGER, Noemí Friske, **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 35-36.

³⁰ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 328.

fácil e imediatamente, a identifique como tal.³¹

Existem outras técnicas utilizadas como forma de persuasão publicitária e as pesquisas demonstram que há influência do uso de celebridades na publicidade dirigidas ao público infantil, entre outras técnicas.

[...] Elas tendem a aceitar prontamente as alegações e apelos de produtos caros, especialmente aqueles anunciados por personagens e atores de quem gostam e nos quais confiam. [...] As crianças não identificam a publicidade como tal, e como são leais, confiam nos apelos de seus personagens e atores preferidos de programas infantis, portanto, suscetíveis de serem influenciadas pelos comerciais.³²

Noemi Momberger³³ verifica os fundamentos da legislação estrangeira, onde a utilização de personagens ou de um simples fantoche participa da confusão no momento de assimilar e separar a publicidade da programação, que passam a apoiar e a fomentar o consumo pelas crianças.

Para Gino Giacomani Filho³⁴ há influência dos anúncios para crianças, gerando ansiedade de aquisição, principalmente se a publicidade empregar a imagem de outras crianças utilizando o produto, fazendo com que aquela que assiste, de forma passiva, almeje consumir o produto se espelhando em alguém de sua idade que endossa o produto anunciado.

Assim, o publicitário Menna Barreto ensina uma das técnicas de persuasão publicitária com o uso de personalidades e celebridades, assim como Pelé ou intérpretes de novelas, sempre marcados pelo ambiente onírico dos anúncios:

³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 26 fev. 2010.

³² MOMBERGER, Noemí Friske, **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 35.

³³ Ibidem, p. 100-103.

³⁴ GIACOMANI FILHO, Gino. **Consumidor Versus Propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p. 54-59.

O poder visual de persuasão de um ídolo é enorme. Porém já é imenso o poder de qualquer pessoa, com seu retrato real, vivo, prestando-se a uma idéia, trabalhando em prol de um objetivo. [...] Quando possível, mostre alguém real, de corpo presente, falando bem de seu produto em seus anúncios.³⁵

Existem diversas técnicas publicitárias de persuasão como a humanização do contexto publicitário (apelo aos sentimentos), particularização (apelo a pequeno detalhe para valorizar o produto como um todo), imposição de uma tese sobre o produto, humor, uso de termos que despertam a curiosidade, apelo ao sexo, entre outras³⁶. Mas para o autor “as pessoas compram mais aquilo que chegam a conhecer mais e melhor,”³⁷ pois na oportunidade de informar, que é uma perspectiva educativa quando a publicidade orienta e informa, também é tratada como técnica. Nota-se que toda e qualquer publicidade é persuasiva.

1.3 A legislação de proteção à criança no mundo

Historicamente o primeiro passo normativo que estabeleceu proteção especial à criança foi a Declaração de Genebra, em 1924³⁸. A partir de então, diversos outros instrumentos aderiram ao mesmo pensamento: Declaração Universal dos Direitos das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos da Criança, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, Convenção sobre o Direito da Criança, entre outros.³⁹

Diversos países, majoritariamente os mais desenvolvidos, possuem uma legislação específica voltada para a proteção da criança em relação à publicidade, depois que estudos realizados geraram uma consciência para que estabelecessem regras de proteção.

³⁵ BARRETO, Roberto Menna. **Criatividade em propaganda**. 11. ed., São Paulo: Summus, 1982, p.193-195.

³⁶ Ibidem, p 183-248.

³⁷ Ibidem, p. 209.

³⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.11

³⁹ MOMBERGER, Noemí Friske, **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 37-38.

Todos os países democráticos do mundo controlam, de uma forma ou de outra, a publicidade. [...] O controle justifica-se, ademais, pelo reconhecimento de que a informação que é dada pelo anunciante é um mero veículo – parcial – por ele utilizado para incentivar os consumidores a adquirirem seus produtos e serviços. Não se deve, pois, esperar mais informação que aquela que seja suficiente para alcançar tal objetivo.⁴⁰

No Brasil também existe norma de proteção, a Constituição Federal - CF, além da lei específica voltada à criança, o ECA, que não trata, exclusivamente, do tema publicidade voltada ao público infantil. Aqui há um início de conscientização ainda muito tímida quanto à necessidade de proteção da criança face à publicidade abusiva nos veículos de comunicação em geral. Mas reunidos estes dois instrumentos ao CDC, pode-se atingir a proteção dos interesses da criança, quando se trata de publicidade abusiva, o que dependerá da interpretação aplicada no caso concreto.

Mas esta também é uma questão que cabe divergência, vez que a interpretação destas normas positivadas leva ao entendimento de haver lacuna na legislação. Este é o motivo pelo qual foi proposto o Projeto de Lei nº 5.921/2001⁴¹ que acrescenta texto ao §2º, artigo 37 do CDC, que é uma norma aberta e depende de interpretação, conforme o caso concreto. Esse Projeto está em tramitação na Câmara dos Deputados.

No Brasil não há uma pesquisa científica ampla que possa fundamentar uma nova proposta normativa, mas há pesquisas realizadas em outros países, ou, no caso brasileiro, pesquisas fragmentadas sobre determinados elementos, como uso de medicamentos. Para a elaboração de legislação que alcance os interesses de proteção da criança, é necessário estudo do comportamento da criança atingida pela influência publicitária.

⁴⁰ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 315.

⁴¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 5.921/2001. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=43201>. Acesso em: 20 ago. 2009.

A construção do CDC como microsistema recebeu a influência da experiência estrangeira quanto aos efeitos da publicidade nas relações de consumo, e Herman Benjamin,⁴² como um dos autores do anteprojeto do CDC, valeu-se do direito comparado para adequar a necessidade normativa brasileira, sobretudo nos direitos francês e norte-americano.

Há estudos no estrangeiro que têm demonstrado dados alarmantes quanto ao tempo de exposição da criança frente aos canais de televisão, como demonstra Noemí Momberger,⁴³ como em pesquisa realizada nos Estados Unidos, onde mais de 15% do tempo da programação voltada para crianças é de publicidade. Como os efeitos da publicidade podem ser os mais variados possíveis, seja econômica ou socialmente falando, a sociedade apresenta a preocupação em normatizar seu controle, impondo limitações.

O que se observa, e é brevemente comentado em algumas publicações, é que verdade não são raros os estudos de comportamento do consumidor, mas estes estudos são a maior ferramenta da indústria do *marketing*, razão pela qual há pouca ou nenhuma divulgação dos resultados.⁴⁴

Em Quebec, no Canadá, foi proibida a veiculação de publicidade para crianças menores de 13 anos, enquanto “restrições semelhantes existem na Diretiva específica da Comunidade Européia, o que demonstra a grandiosidade do problema e a sua vinculação aos aspectos psicológicos e neuro-fisiológicos [...]”⁴⁵ Verifica-se que o resultado de estudos geraram legislação específica em diversos países. Estas legislações são consideradas rigorosas pelos publicitários brasileiros, dada sua limitação à publicidade dirigida às crianças.

⁴² **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 326.

⁴³ MOMBERGER, Noemí Friske, **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 30-32.

⁴⁴ LINN, Susan. **Crianças do consumo**: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006, p. 58.

⁴⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p.271.

O Instituto Alana⁴⁶, instituição preocupada com a matéria, elaborou documentário publicado em *site* demonstrando a preocupação social e a existência normativa de alcance específico na proteção da criança em relação à publicidade em diversos países, sobretudo os de primeiro mundo. Estas normas foram instituídas após estudos do comportamento de consumo das crianças em relação às publicidades:

Suécia: é proibida a publicidade na TV dirigida à criança menor de 12 anos antes das 21 horas.

Inglaterra: é proibida a publicidade de alimentos com alto teor de gordura, açúcar e sal dentro e durante a programação de TV para o público menor de 16 anos.

Bélgica: é proibida a publicidade para crianças nas regiões flamencas.

Estados Unidos: limite de 10min e 30s de publicidade por hora nos finais de semana, 12min por hora nos dias de semana. Proibido o *merchandising* testemunhal.

Alemanha: os programas infantis não podem ser interrompidos pela publicidade.

Canadá: é proibida a publicidade de produtos destinados às crianças em programas infantis. Em Quebec: é proibida qualquer publicidade de produtos destinados às crianças de até 13 anos, em qualquer mídia.

Dinamarca: é proibida qualquer publicidade durante os programas infantis, e ainda, 5 minutos antes e depois.

Irlanda: é proibida qualquer publicidade durante programas infantis em TV aberta.

Holanda: não é permitido publicidade dirigida às crianças com menos de 12 anos na TV pública.

Áustria: é proibido qualquer tipo de publicidade nas escolas.

Itália: é proibida a publicidade de qualquer produto ou serviço durante desenhos animados.

Grécia: é proibida a publicidade de brinquedos entre 7h e 22h.

Portugal: é proibido qualquer tipo de publicidade nas escolas.

Noruega: é proibida a publicidade direcionada à crianças com menos de 12 anos. Proibida qualquer publicidade durante os programas infantis.⁴⁷

Este documentário foi parcialmente apresentado durante a audiência pública

⁴⁶ Sobre o Instituto Alana, “é uma organização sem fins lucrativos criada em 1994 que tem como missão fomentar e promover a assistência social, a educação, a cultura, a proteção e o amparo da população em geral, [...] É também incumbência do Instituto desenvolver atividades em prol da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes relacionadas a relações de consumo em geral, bem como ao excessivo consumismo ao qual são expostos. [...] O Instituto não tem a intenção de ocupar as lacunas deixadas pelo Estado no atendimento a comunidades carentes. [...] Da mesma maneira, o Instituto não visa acabar com as práticas comerciais. No entanto, persegue mudanças de paradigmas na sociedade, propondo alterações nas relações de consumo, fortalecendo valores humanísticos hoje tão menosprezados. A partir do Criança e Consumo introduz discussões sobre cidadania, participação social e qualidade de vida, levando informação crítica aos pais e educadores, instruindo-os sobre os malefícios do exagerado consumismo infanto-juvenil.” INSTITUTO ALANA. **O instituto**. Disponível em: < <http://www.alana.org.br/Institucional/Instituto.aspx>> Acesso em: 10 nov. 2009.

⁴⁷ Idem. **Criança, a alma do negócio**. Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 13 set. 2009.

que discutiu o Projeto de Lei nº 5.921/2001. O argumento proposto pelo Instituto foi de que não se pretende proibir a publicidade de produtos infantis, mas sim que a publicidade destes produtos tenha como alvo as pessoas adultas, pois estas têm condições de decidir quanto à aquisição do produto.

Essa perspectiva internacional não foi aceita pelos publicitários, a exemplo da Associação Brasileira de Agências de Publicidade – ABAP que criticou severamente qualquer limitação à publicidade dirigida à criança, que será abordado no capítulo 3.

1.4 Medidas educativas para o consumo consciente

As medidas educativas são ações que desenvolvem o conhecimento do consumidor para que, conscientemente, faça escolhas.

Alguns elementos caracterizam a comunicação educativa, por exemplo, a chamada “Publicidade de Utilidade Pública” utilizada pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, quando em veiculação de campanha. Esse tipo de comunicação no presente trabalho denomina-se propaganda. Utiliza mecanismos de comunicação abrangentes, como a mídia televisiva, que além da imagem e do som, tem a preocupação de incluir os surdos como receptores da mensagem, utilizando para isso a linguagem de libras e legenda, sem contar com o cuidado da adequação sócio-lingüística (universo cultural dos regionalismos da linguagem).

Utiliza-se o exemplo acima como demonstração de técnica publicitária que se preocupa com a informação que é impressa no entendimento do consumidor. É um mecanismo de educação do consumidor.

Mas esse tipo de publicidade está longe de alcançar o público infantil,

quando se trata de consumo. No entanto, há uma espécie de diluição das responsabilidades para os entes que comportam os relacionamentos no cotidiano da criança, dentre eles a escola, o governo, a igreja, a revista, o jornal, a televisão, entre outros. Isso remete à idéia do quanto a sociedade mantém um ciclo de reciclagem de conceitos na formação sócio-cultural.

Nem tão longe deste entendimento está Noemi Friske,⁴⁸ que coloca o artigo 227 da CF/88 como referência de proteção à criança, onde todos – família, sociedade e Estado – são responsáveis pela efetividade dos direitos fundamentais das crianças (e adolescentes):

Art. 227 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 criança deve ser protegida de qualquer tipo de exploração publicitária, quando esta tira vantagens das fragilidades, inocência, emoções e incompreensões. A criança, na mais completa ingenuidade, acredita literalmente no que as palavras dizem, e os efeitos adversos causados pela publicidade estão relacionados à formação da personalidade da criança, incluindo valores éticos, sociais, culturais e morais.⁴⁹

Quanto à educação para o consumo, esperar que venha de apenas um único segmento da sociedade - da família, da escola, do atendimento de saúde na comunidade⁵⁰, de políticas públicas, do publicitário - seria esvaziar a responsabilidade que todos têm perante a educação do indivíduo na infância, inclusive a relevância da instituição do Estado.

⁴⁸ MOMBERGER, Noemi Friske, **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 39-40.

⁴⁹ HENRIQUES, Isabella Vieira Macedo. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 146-188.

⁵⁰ IRELAND, Corydon. O que sabem os médicos a respeito do elo entre nutrição e doença? *In*: RICHTER, Hildegard Bromberg (Org.). **Um assassinato perfeitamente legal: nossa alimentação**. 4. ed. São Paulo: Paulus, 2007, p. 66.

Isso se verifica no cotidiano, nos diversos papéis que a sociedade apresenta à criança: na família - em parte entende que a educação é um papel da escola-; na escola - embora tenha parâmetros curriculares para este fim, muito pouco ou nada aplica na educação para o consumo-; no atendimento de saúde à comunidade - o médico não tem o tempo necessário para orientar o paciente a escolher corretamente quanto ao consumo de alimentos, ou entendem que tratar pontualmente da patologia seria seu papel mais importante - ; na execução de políticas públicas - se preocupam com os interesses econômicos e as articulações políticas para destinação de recursos - ; e nos publicitários - têm interesse meramente mercadológico voltado a atender aos anseios econômicos dos anunciantes.

Como existem fases graduais para o desenvolvimento do conhecimento do indivíduo pelas vias do relacionamento humano, primeiramente sob o âmbito familiar, progredindo para a comunidade local e à sociedade em geral, seria um afastamento, aliás, um desvio levantar a problemática da responsabilidade de quem deveria ter competência para educar a criança para ser um consumidor consciente. Isso seria tema muito interessante, porém abriria campo para outra pesquisa.

No entanto, verifica-se que o Ministério da Educação - MEC instrumentaliza as escolas, desde 1997, por meio dos Parâmetros Curriculares Nacionais – PCN's. Trata-se de instrumento de adoção não obrigatória pelas escolas, e cuidam da qualidade do ensino e da aprendizagem nos ensinos fundamental e médio, por meio de proposta pedagógica para implementar a educação na relação criança e consumo:

No contexto atual, a inserção no mundo do trabalho *e do consumo*, o cuidado com o próprio corpo e com a saúde, passando pela educação sexual, e a preservação do meio ambiente são temas que ganham um novo estatuto, num universo em que os referenciais tradicionais, a partir dos quais eram vistos como questões locais ou individuais, já não dão conta da dimensão nacional e até mesmo internacional que tais temas assumem, justificando, portanto, sua consideração. *Nesse sentido, é papel preponderante da escola propiciar o domínio dos recursos capazes de levar à discussão dessas formas e sua*

*utilização crítica na perspectiva da participação social e política.*⁵¹ [grifo nosso]

Quanto ao consumo, a abordagem nas escolas é tema transversal⁵² e cuida de contribuir para a formação crítica e consciente da criança quanto aos aspectos valorativos nas relações de consumo.

Como medida educativa para o consumo, a ANVISA tem desenvolvido o Projeto Educavisa⁵³ para capacitação de professores em educação para o consumo responsável. A instituição elabora cartilhas e materiais de apoio, além da capacitação. Na prática, pouco se vê da atuação das escolas, sejam públicas ou particulares, que desenvolvam o entendimento crítico das crianças em relação ao consumo. Isso também seria, indubitavelmente, tema agradável para nova pesquisa.

Outra atuação, desta vez por meio do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, está no caráter pedagógico de suas publicações, pois entendem que “o contato próximo com estudantes é importantíssimo para passarmos a eles os princípios básicos da área de consumo,”⁵⁴ numa preocupação com a educação para o consumo.

A informação, um dos princípios essenciais exigidos pelo CDC, deve estar

⁵¹ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais: introdução aos parâmetros curriculares nacionais.** 1997. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000017.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2009.

⁵² Sobre transversalidade do tema consumo: “A transversalidade pressupõe um tratamento integrado das áreas e um compromisso com as relações interpessoais no âmbito da escola, pois os valores que se quer transmitir, os experimentados na vivência escolar e a coerência entre eles devem ser claros para desenvolver a capacidade dos alunos de intervir na realidade e transformá-la, tendo essa capacidade relação direta com o acesso ao conhecimento acumulado pela humanidade. [...] Os temas transversais que compõem os Parâmetros Curriculares Nacionais são Ética, Saúde, Meio Ambiente, Pluralidade Cultural, Orientação Sexual e Trabalho e Consumo, por envolverem problemáticas sociais atuais e urgentes, consideradas de abrangência nacional e até mesmo mundial.” Idem. **Parâmetros curriculares nacionais: terceiro e quarto ciclos do ensino fundamental.** 1998. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/introducao.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2009.

⁵³ ANVISA. **Projeto Educavisa 2009 promove a saúde nas escolas.** Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2009/240409.htm>> Acesso em: 25 out. 2009.

⁵⁴ IDEC. **Educação e consumo.** Disponível em: < http://www.idec.org.br/areas_categoria.asp?categoria=7> Acesso em: 29 out. 2009.

presente em toda e qualquer relação de consumo. O cuidado que se deve primar é que a informação não pode ser enganosa nem abusiva, mas sim suficiente para que o consumidor tenha condições de decidir com consciência antes de adquirir um produto. É por meio da própria publicidade que existe uma possibilidade de equilíbrio na relação consumerista utilizando-a como instrumento educativo, como aponta Gino Giacomani Filho:

A publicidade nasceu com o claro propósito de fomentar a transação econômica, principalmente diminuindo a resistência do consumidor. [...] Portanto, converter a publicidade em força positiva para a sociedade é devolver sua função bilateral. Servindo aos anseios sociais, ela se incorporaria aos valores a serem resguardados, compatível, portanto, com as aspirações consumeristas.⁵⁵

O publicitário Stalimir Vieira,⁵⁶ da Associação Brasileira de Agências de Publicidade – ABAP, enfatiza que a publicidade, além de ser uma atividade desenvolvida por profissionais responsáveis, pode contribuir para a educação para o consumo. Exemplificou com o produto “Maçã da Mônica”, alimento saudável e que algumas crianças, a exemplo de sua própria filha, consomem apenas pelo fato de ser atribuído a um personagem lúdico.

Em depoimento durante a audiência pública que discutiu o Projeto de Lei nº 5.921/2001, Maurício de Souza⁵⁷, quadrinista e Presidente do Grupo Maurício de Souza, falou da importância da participação dos publicitários na formação e educação da criança, e que os recursos utilizados nos trabalhos publicitários destinados às crianças podem ter caráter educativo. Várias ações desta consciência de educação são vistas em publicações da revista Turma da Mônica⁵⁸, a exemplo edição em comemoração aos 20 anos do ECA ou em a “Turma da Mônica em Superdivididos”.

⁵⁵ GIACOMANI FILHO, Gino. **Consumidor Versus Propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p. 14.

⁵⁶ INSTITUTO ALANA. **Mesa redonda: publicidade de alimentos dirigida ao público infantil**. 10 mar. 2009, São Paulo-SP.

⁵⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001**. 18 jun. 09, Brasília-DF.

⁵⁸ SOUZA, Maurício de. **A Turma da Mônica em**: o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.fundacaofia.com.br/ceats/eca_gibi/capa.htm> Acesso em: 09 jan. 2010.

A transformação da criança em cidadão consciente quanto ao consumo também é papel dos pais, e é neste sentido que o quadrinista propõe espaço para reavaliar seu trabalho, coadunando com os interesses da sociedade.

Fator relevante na necessidade da educação para o consumo é o exemplo dos alimentos. O consumidor deve ter condições reais e suficientes para identificar como os produtos são industrializados, qual seu conteúdo, sua função nutricional, entre outros aspectos, antes de decidir pela compra. O Ministério Público Federal tem atuado, inclusive, com recomendações e ajustamentos de conduta⁵⁹ quanto à suspensão de promoção de determinados lanches que vêm acompanhados de brinquedos, e ainda da venda de brinquedos em conjunto ou não a alimentos, oferecidos ao público infantil nas lanchonetes.

A ANVISA tem se destacado na discussão da limitação da publicidade dirigida às crianças, propondo nova regulamentação, em especial da publicidade dos alimentos com determinados nutrientes em excesso, como o açúcar e a gordura.

Algumas empresas já se preparam para inserir novos produtos que atendam às exigências de alimentos saudáveis, evitando perder uma fatia generosa do mercado, antecipando-se caso a publicidade de produtos mais tradicionais seja realmente limitada. É o caso da PepsiCo⁶⁰, que anunciou que até 2012 deixará de ofertar refrigerantes com açúcar às escolas em todo o mundo.

Razão da limitação da publicidade de alimentos está no estudo realizado

⁵⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Termo de Ajustamento de Conduta**. Disponível em <http://ccr3.pgr.mpf.gov.br/atuacao_mpf/Tacs/ajustamento-de-condutas>. Acesso em: 20 fev. 2010.

⁶⁰ DIÁRIO DE CANOAS. **PepsiCo anuncia fim da venda de refrigerantes com açúcar a escolas**. Disponível em: <http://www.diariodecanoas.com.br/site/noticias/noticias_interna,canal-8,ed-60,ct-684,cd-248544,edb-255+248+27+250.htm> Acesso em: 18 mar. 2010.

pela Universidade de Brasília – UnB⁶¹, que analisou as características dos comerciais de alimentos nas programações de televisão aberta e fechada, além de revistas, e concluiu: “propagandas de alimentos ricos em gordura, açúcar e sal são mais comuns; estratégias de *marketing* voltadas ao público infantil e que promovem sua identificação; alimentos relacionados ao aumento da incidência de sobrepeso/obesidade.”

Esses são os argumentos do Instituto Alana e do IDEC que cobram a publicação da resolução da ANVISA quanto à limitação da publicidade de alimentos. Muito se questiona sobre esta publicação, pois há os que entendem que é a educação o meio adequado para o consumo consciente, e não a limitação da publicidade.

⁶¹ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Observatório de Políticas de Segurança Alimentar e Nutrição. **Monitoramento de Propaganda de Alimentos Visando à Prática da Alimentação Saudável**. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fs/opsan>> Acesso em: 20 jan. 2010.

2 A PROTEÇÃO LEGAL DA CRIANÇA NO BRASIL

2.1 Formas de controle da publicidade

Um dos autores do anteprojeto do CDC, Herman Benjamin,⁶² aponta a existência de formas amplas de controle da publicidade nos planos internacional, regional e nacional. No Brasil, este controle se dá tanto na esfera pública como na privada, isto é, esfera legal e também por meio de um código de ética. É um controle misto da publicidade. Enquanto há previsão normativa positivada em instrumentos tais como a CF, o CDC, o sistema protetivo brasileiro abre espaço à autorregulamentação.

A autorregulamentação é realizada pelo CONAR desde antes do advento do CDC. Este Conselho está organizado em uma associação de anunciantes onde os presidentes das agências publicitárias comprometem-se em respeitar as decisões do Conselho, ainda que seja para limitar a atividade, reprimindo a prática abusiva. Apesar das decisões deste Conselho não vincularem os órgãos públicos e não apresentarem caráter coercitivo, existem diversas decisões que geraram limitação à prática publicitária.

Assim lembra Gino Giacomani Filho⁶³ que “além da questão ética, a propaganda está sujeita aos inúmeros instrumentos sociais e legislativos que a regulam”, fazendo uma série de referências, tais como: CF, CDC, Código Civil, Código Penal, Lei de Introdução do Código Civil, Código de Ética da Radiodifusão Brasileira, Código de Autorregulamentação Publicitária, entre outros.

⁶² **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 310.

⁶³ GIACOMANI FILHO, Gino. **Consumidor Versus Propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p. 123.

Em razão do contexto brasileiro de sociedade de consumo de massas, que adota o sistema econômico capitalista previsto no artigo 170 CF/88 - um dos fundamentos constitucionais que consubstanciam a razão de existir o CDC - há, no Brasil, instrumentos normativos de proteção à criança em razão da publicidade abusiva nos veículos de comunicação. No entanto, não se encontra óbice para a coexistência dos sistemas de controle publicitário.

Eduardo Bittar⁶⁴ critica que a relevância da discussão em torno dos direitos dos consumidores sucede proporcionalmente na medida em que a política se revela sustentar à economia. Isto se verifica nos critérios de adoção das políticas públicas. No entanto, o desenvolvimento da civilização no compasso da industrialização e da voraz economia capitalista fez nascer uma série de discussões necessárias à proteção da dignidade da pessoa humana nas inquietações quanto às definições protetoras consumeristas, dentre outras, culminando no respaldo legislativo constitucional.

O CDC prevê penalidades nos arts. 67, 68 e 69, respectivamente na eventualidade da publicidade abusiva, se induzir o consumidor ao comportamento perigoso e omissão de informação técnica ou científica. A pena é de detenção e tem caráter punitivo e pedagógico, pois assim também o é a imposição de contrapropaganda⁶⁵ acolhida no artigo 56, XII: “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

⁶⁴ BITTAR, Eduardo C. B. Contribuições para a crítica da consciência consumista e acerca da construção dos direitos do consumidor. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.) **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 135–153.

⁶⁵ Explica Herman Benjamin que a contrapropaganda, “Sempre a expensas do infrator, efetua-se como divulgação no mesmo veículo de comunicação utilizado e com as mesmas características empregadas, no que se refere à duração, espaço, local e horário. Vem expressamente prevista no Código. Seu objetivo é fulminar a força persuasiva da publicidade enganosa ou abusiva, mesmo após a cessação de sua veiculação. A expressão é, sem dúvida, inadequada. Dever-se-ia falar em contrapublicidade e não em contrapropaganda”. **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 368.

seja, que o seu impacto sobre os consumidores seja aniquilado”⁶⁶ e este é o princípio da correção do desvio publicitário, em caso de tornar inadequado o entendimento do consumidor.

Quanto à publicidade, de forma geral, destina-se amplamente à massa⁶⁷ de consumidores. Percebe-se o interesse estatal e a importância em atribuir limites a este instrumento comercial. Outro aspecto da publicidade, agora especificamente quanto aos alimentos, está na proposta de regulamentação pela ANVISA.

A ANVISA estabelece normas, acompanha e executa as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária. A regulamentação, o controle e a fiscalização de produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública são incumbências da Agência, a exemplo de medicamentos e alimentos.

Em audiência pública⁶⁸ destinada a discutir as contribuições da sociedade para a regulamentação da publicidade de alimentos, a partir da consulta pública nº 71/2006,⁶⁹ estavam representadas diversas instituições que também estavam presentes na audiência pública que discutiu o Projeto de Lei nº 5.921/2001, além da mesa formada pela ANVISA e por representantes da Organização Mundial de Saúde – OMS.

O objetivo da Agência nesta consulta foi quanto à publicidade de alimentos nos seguintes aspectos:

⁶⁶ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 329.

⁶⁷ Para Moraes, massa de consumidores é “um grupo anônimo, sem grandes oportunidades de intercomunicação, com pouca interação, organização e que é destinatário das atividades de propaganda e publicidade.” MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p.274.

⁶⁸ ANVISA. **Audiência pública de discussão da regulamentação da publicidade de alimentos direcionada a crianças**. 20 ago. 09, Brasília-DF.

⁶⁹ Idem. **Resolução da Diretoria Colegiada, RDC Nº 1, de 11.01.2007**. Disponível em: <<http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=25400>> Acesso em: 22 ago. 2009.

Promover e proteger a alimentação saudável; Controlar a publicidade de alimentos com quantidades elevadas de nutrientes e outros componentes potencialmente prejudiciais à saúde quando consumidos excessivamente; Conferir proteção especial ao público infantil (crianças de 0 a 12 anos, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente); Pontos principais: Veiculação de mensagens que orientam quanto aos riscos associados ao consumo excessivo de alimentos ricos em açúcar, sal, gordura saturada, gordura trans e bebidas de baixo valor nutricional – aqui estão incluídos os refrigerantes, refrescos artificiais, xaropes de groselha etc; Proibições: Brindes, prêmios, bonificações e apresentações especiais, condicionadas a aquisição desses alimentos. Utilizar figuras, desenhos, personalidades e personagens que sejam cativos ou admirados por esse público alvo.⁷⁰

É importante abordar que empresas do setor alimentício, associadas à Associação Brasileira da Indústria de Alimentos - ABIA e Associação Brasileira dos Anunciantes - ABA, embora muito contrariadas com a proposição da ANVISA, questionam a legitimidade do órgão para este fim, e anunciaram que teriam uma nova autorregulamentação tratando de publicidade de alimentos.⁷¹

Essa nova proposta de autorregulamentação nada mais é que uma forma de aliviar a provável incidência de norma coercitiva sobre a atividade publicitária, propostas pela ANVISA e pelo Projeto de Lei nº 5.921/2001. O Instituto Alana publicou nota a respeito:

Inédita no País, a iniciativa deu-se após intenso debate entre o Poder Público, o mercado e entidades a respeito dos impactos negativos da comunicação mercadológica voltada para o público infantil, que, comprovadamente, contribui para os altos índices de obesidade e outros problemas de saúde decorrentes da ingestão de alimentos com alto teor de açúcar, sódio e gorduras trans e saturadas.⁷²

A iniciativa é uma demonstração de boa vontade das empresas do setor alimentício, embora o Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC entenda que existe carência

⁷⁰ ANVISA. **Propaganda de Produtos Sujeitos à Vigilância Sanitária**. Disponível em: <http://anvisa.gov.br/propaganda/consulta_71_2006.htm> Acesso em: 22 ago. 2009.

⁷¹ ÚLTIMO SEGUNDO. **Empresas alimentícias vão restringir** publicidade a crianças. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2009/08/25/apos+acordo+entre+empresas+alimenticias+publicidade+fica+restrita+a+criancas+8087929.html>> Acesso em: 10 nov. 2009.

⁷² INSTITUTO ALANA. **Empresas anunciam restrição de publicidade de alimentos para crianças**. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/NoticiaIntegra.aspx?id=6324&origem=23>> Acesso em: 29 ago. 2009.

de legislação: “o país necessita de uma legislação que obrigue as empresas a mudarem suas práticas, já que não o estão fazendo espontaneamente,”⁷³. Esta é uma forma de demonstração de que a instituição não dá créditos às propostas de autorregulamentação publicitária.

A proposta da ANVISA teve início em 2006, e há quatro anos a instituição vem trabalhando para consolidar a regulamentação que estabelece tecnicamente os requisitos mínimos para oferta, publicidade e informação de alimentos considerados com quantidades elevadas de determinados nutrientes. Isto justificaria a preocupação da instituição quanto ao estímulo inadequado de produtos sujeitos à vigilância sanitária, pois implicam em risco à saúde da população. Até março de 2010 a proposta de regulamentação da ANVISA estava aguardando deliberação e decisão da Diretoria Colegiada da ANVISA.

A discussão trouxe diversas percepções quanto à competência da instituição em regulamentar a publicidade do setor produtivo, substancialmente representado pelas entidades publicitárias.

Um limite à publicidade fomentado pela ANVISA é o das bebidas alcoólicas e do fumo, previsto na Lei nº 9.294/96. Há uma restrição da publicidade televisiva e de rádio desses produtos, e somente permitidas àquelas bebidas com teor alcoólico abaixo de 13º Gay Lussac – o que implica permitir a publicidade somente de cervejas - entre vinte e uma e às seis horas. A ANVISA almeja reduzir a limitação deste teor alcoólico para que as cervejarias também estejam no rol de restrições:

Art. 1º O uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

⁷³ IDEC. **Idec critica mudanças aprovadas para publicidade infantil.** Disponível em: <<http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=2085>> Acesso em 25 out. 2009.

Parágrafo único. Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac.⁷⁴

A ANVISA aponta a publicidade como maior responsável pela intoxicação por medicamentos, que chegou em 2006 a 40,7% na faixa etária de 0 a 14 e de intoxicação por produtos de limpeza, no mesmo ano, de 56,7%.⁷⁵ A fonte é do Ministério da Saúde/FIOCRUZ.

Um dos argumentos dos publicitários quanto a não aceitação da regulamentação de publicidade de alimentos pela ANVISA, é de que não é legítima a instituir limites à publicidade, pois reza a CF/88 que é de competência privativa da União legislar sobre propaganda comercial, ou seja, publicidade.

Outro argumento dos publicitários para não coadunarem com a proposta, é que se trata de afronta ao princípio constitucional da liberdade de expressão.⁷⁶

É de se observar com cautela quando o interesse pela liberdade de expressão se contrapõe, quando se fala em publicidade, aos interesses de defesa da criança e de sua dignidade enquanto indivíduo. Ambos – liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana – são princípios constitucionais. A idéia de liberdade vem ao encontro do melhor interesses da criança e deve ser exercida dentro de limites jurídicos.

Juridicamente, quanto mais existir proteção aos direitos do indivíduo, menores serão as liberdades. São valores inversamente proporcionais, e o exemplo dessa premissa é a relação entre a proteção da infância e a publicidade abusiva.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 9.294, de 15/07/96. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Publicada no DOU de 16/7/96.

⁷⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001**. 18 jun. 09, Brasília-DF.

⁷⁶ *Ibidem*. 18 jun. 09, Brasília-DF.

Neste ponto é a importante a distinção entre propaganda e publicidade. Eis que a primeira transmite ideologias na construção de valores sociais, enquanto a publicidade tem caráter meramente mercadológico e merece preocupação quanto à necessidade de sua limitação por meio de mecanismos coercitivos – legislação que permite limitar, fiscalizar e punir eventuais abusos publicitários.

2.2 Constituição Federal de 1988

Relevante aqui é a abordagem do embasamento constitucional que fundamenta o ECA e o CDC. Eduardo Bittar,⁷⁷ em uma visão humanista da proteção que o sujeito consumidor deve receber em razão da natureza da relação, aponta que, nascido o Estado social, democrático e de direitos, a possibilidade de deliberar sobre as qualidades do indivíduo e a humanização das relações de consumo, precursorou o resguardo consumerista com a criação do CDC, previsto na CF, que mantém sob sua tutela o interesse coletivo como um direito e garantia fundamental.

Os arts. 5º, XXXII e artigo 170,V da CF/88 e artigo 48 do ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, anunciam a consolidação do CDC que, amparado pelos princípios constitucionais, solidificou ainda mais o Estado de direito, pois a CF/88 calçou o CDC com direitos e garantias fundamentais, na visão de Cláudio Bonatto.⁷⁸

Para Claudia Lima Marques,⁷⁹ o constituinte de 1988 estabeleceu nos arts.

⁷⁷ BITTAR, Eduardo C. B. Contribuições para a crítica da consciência consumista e acerca da construção dos direitos do consumidor. *In*: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 149.

⁷⁸ BONATTO, Cláudio, **Código de Defesa do Consumidor: Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 13.

⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.25-27 .

5º, XXXII (defesa do consumidor como direito subjetivo fundamental) e 170, V (como princípio da ordem econômica na defesa do sujeito consumidor) da Carta Magna e ainda, artigo 48 do ADCT, a necessária previsão normativa, que seria positivada em lei, em prazo determinado, reconhecendo em um único microsistema – de direito privado e público - especificamente o consumidor como sujeito de direitos. Portanto, trata da “valorização dos direitos fundamentais e dos novos papéis sociais e econômicos dos consumidores e das empresas”. É daí a origem dos direitos do consumidor, instituídos por meio do CDC.

O direito contemporâneo, para estabelecer normas, está calcado em regras e princípios. Aquelas, formadoras da conduta e da moral dos indivíduos para sua evolução, e estes para entremear o sustento do direito e manter harmonia na aplicação das regras:

Os princípios são, assim, garantia da estabilidade, funcionalidade, unidade e adequação valorativa, sendo fundamentais para que qualquer sistema possa existir, pois a tentativa de organização estrutural sem princípios não é e jamais será um sistema.⁸⁰

Já no aspecto da publicidade abusiva, Paulo Valério Dal Pai Moraes explica:

No que tange à publicidade, a Constituição Federal, no artigo 220, estabelece a liberdade de informação [...] No mesmo artigo da CF, no § 3º, inciso II e no § 4º constam restrições às exacerbações possíveis no exercício do direito de informação, estando assim e, obviamente, constitucionalizada a coibição aos abusos da publicidade.⁸¹

Portanto, os princípios constitucionais considerados como fundamentação para o centro valorativo previstos nos arts. 4º e 6º do CDC, são elementos axiológicos da interpretação da norma no caso concreto. As diversas faces do ordenamento e da estrutura jurídica - ramos, matérias ou dispositivos normativos - devem ser levadas em consideração na hermenêutica da interpretação do caso concreto, e não podem ser analisadas separadamente.

Quanto à Constituição, as palavras de Konrad Hesse esclarecem: “faz-se

⁸⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p.26.

⁸¹ *Ibidem*, p.269.

mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro.”⁸² Nesse sentido, segundo o autor, ordem jurídica e a realidade devem andar no mesmo compasso conforme os valores da sociedade, numa interdependência de fatores e condições técnicas, naturais, econômicas e sociais.

Outro artigo constitucional que estabelece proteção à criança, desde o seio familiar, está no Título VIII, Capítulo VII, artigo 227. Combinado este artigo da CF/88 com o artigo 221, inciso IV:

Art. 221 A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Quanto ao CDC, que “salvaguarda a universalidade dos destinatários da publicidade dos produtos e serviços em geral, elencando princípios, padrões e reprimendas, entre os quais a condenação da oferta enganosa ou abusiva.”⁸³ Essa universalidade, nas palavras de Valéria Falcão, “estão amparados pelo CDC não só o consumidor em potencial, ou seja, aquele que pode vir a adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final, mas todas as pessoas expostas às práticas comerciais.”⁸⁴

Portanto, na relação jurídica de consumo entre anunciantes de produto ou serviço e o consumidor, a proteção da criança se trata de direitos difusos.⁸⁵ Porém, uma vez reconhecido o princípio constitucional da liberdade de expressão, e o conflito aparente deste com o princípio da dignidade da pessoa humana, há peso valorativo, humano e relevante em

⁸² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1991.

⁸³ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 359.

⁸⁴ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 21.

⁸⁵ MOMBERGER, Noemí Friske, **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 42-43.

dizer que o segundo mitiga o primeiro.

Tratando-se de normas constitucionais, portanto com natureza de princípios permeados de valores, não entram em conflito, e o critério de solução é a ponderação axiológica.

2.3 Legislação infraconstitucional: o CDC e o ECA

O CDC é instrumento normativo na forma de microsistema multidisciplinar que reúne regras de diversas áreas do direito, com normas objetivas, baseado em princípios constitucionais, que busca um equilíbrio nas relações jurídicas de consumo, tutelando de maneira inteligível e aplicável ao direito administrativo, processual, e ainda sancionador, para garantir a efetividade⁸⁶ preventiva e protetiva da norma.

Para obter harmonia, sua estrutura é sistematizada com mecanismo de interpretação diferente, por meio de um centro valorativo pré-estabelecido, nos arts. 4º (princípios constitucionais) e 6º (direitos básicos do consumidor), que são normas objetivas que orientam e interpretam as demais:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

⁸⁶ “Efetividade é aquilo que manifesta um resultado real, verdadeiro. Assim, uma ação é efetiva quando além de eficiente e eficaz ela produz, no caso das políticas sociais, as alterações positivas da realidade que foram definidas como necessárias no planejamento de uma determinada política.” MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Políticas de Saúde. **Políticas intersetoriais em favor da infância:** guia referencial para gestores municipais. Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 30.

Esclarece Paulo Valério Dal Pai Moraes⁸⁷ que existem três princípios essenciais para a interpretação do CDC: “princípio da repressão eficiente a todos os abusos, da harmonia das relações de consumo e o princípio da vulnerabilidade”, pois a interpretação somente literal da norma resultaria numa ilegalidade ao passo que implicaria num desrespeito aos princípios constitucionais. Há outros princípios não menos importantes, como o da identificação da publicidade e o da não-abusividade, abordados no capítulo 1.

A proteção que a criança recebe do ordenamento jurídico nas relações de consumo previstas no CDC traz à baila a reflexão dos princípios constitucionais, de suma importância para introduzirmos o entendimento do princípio da vulnerabilidade e aplicação dos conceitos de hipervulnerabilidade e hipossuficiência.

Isto posto, os fundamentos constitucionais do centro valorativo previstos no artigo 4º do CDC, assim como outros princípios, a vulnerabilidade é fio condutor para a interpretação normativa aplicada ao caso concreto.

Servem os princípios, também, para dar segurança aos sistemas, outorgando-lhe credibilidade, pois, quando adequadamente utilizados, fazem surgir soluções congruentes, que indicarão a existência de unidade, de convergência, ocorrências essas que demonstram que se configura o requisito da organização, base de qualquer sistema que pretenda perdurar. [...] podemos conceituar os princípios como sendo as diretrizes teleológicas dos sistemas, às quais o intérprete sempre deve recorrer se quiser realizar uma interpretação fundada nas bases que sustentam a estrutura erigida.⁸⁸

O direito procura por meio de princípios trazer normas de conduta social, resolver conflitos, legitimar e organizar o poder, dentre outras funções, sempre na busca da paz social.

O CDC é constituído de dois elementos essenciais: a ordem pública e o

⁸⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 60-75.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 30.

interesse social, onde o primeiro é norma de direito indisponível, é norma cogente, com efeito *erga omnes* (efeito contra todos). O domínio da vontade das partes na relação consumerista foi retirada, em razão de ser esta uma norma cogente. Não podem, portanto, ser derogadas pela vontade das partes. Já o interesse social está no equilíbrio de forças entre consumidor e anunciantes na relação jurídica de consumo.

Assim, o princípio da força normativa da Constituição orienta a norma infraconstitucional no sentido de que os princípios constitucionais devem ter a máxima eficácia quando aplicados no caso concreto, ou como diz Paulo Valério Dal Pai Moraes: “para utilizar com proveito o princípio da hierarquização axiológica, é necessário reunir outros princípios hermenêutico-jurídicos.”⁸⁹ Já o princípio da máxima efetividade diz que as normas devem ser interpretadas de forma que se consiga aplicação nas condições do caso concreto.

No que diz respeito à criança, enquanto a norma constitucional da prioridade absoluta e da proteção integral não alcançar efetividade, os direitos da criança permanecerão denegados.⁹⁰ Exemplo do significado desta forma de não dar efetividade à prioridade absoluta é dado por Andréa Rodrigues Amin:

Um exemplo comum é na administração do Poder Judiciário, a quem cabe prover os órgãos jurisdicionais de todo o material humano e físico que permita prestar jurisdição com eficiência. Na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, foram criadas três varas regionais da infância e juventude, através da Lei nº 2.602/96, mas apenas instaladas em 2009. [...] Em contrapartida, só no ano de 1996 foram criados e instalados 60 (sessenta) Juizados Especiais.⁹¹

⁸⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p.72.

⁹⁰ “O termo ‘denegação’ expressa melhor a idéia de recusa da efetivação dos direitos na nossa sociedade. Ainda que seu sentido seja o da negação, na vida cotidiana, verificamos que os direitos são denegados, ou seja, não são objeto de explícita negação – até porque, em muitos casos, há previsão de sanção legal – mas são desatendidos, negligenciados, impedidos de se efetivarem, quando os direitos (e os sujeitos que os portam) se tornam, na trama social, mera ficção legal, que não interpela responsabilidades individuais ou coletivas.” MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Políticas de Saúde. **Políticas intersetoriais em favor da infância**: guia referencial para gestores municipais. Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 27.

⁹¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21.

Não há na legislação pátria, conceito para publicidade abusiva. Mas o CDC traz, de forma exemplificativa, algumas hipóteses de abuso. O § 2º do artigo 37 tem a seguinte redação:

É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, *se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.⁹² [grifo nosso]

Herman Benjamin⁹³ levanta alguns aspectos que embasam este artigo do CDC, que traz de seu berço constitucional um rol de valores, como da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III da CF; da solidariedade, artigo 3º, I da CF; da valorização da família, artigo 226 da CF; da proteção ampla à criança e ao adolescente, art 227 da CF. O CDC traz a tona esta discussão, uma vez que o § 2º do artigo 37, é apresentado como cláusula aberta na proteção contra a abusividade, ou seja, uma norma na qual o magistrado deverá analisar, no caso concreto, se está ou não presente a abusividade, o que caracterizaria um ilícito.

Outro princípio que rege este § 2º, artigo 37 do CDC é o da não-abusividade da publicidade, que “tem por objetivo reprimir desvios que prejudicam igualmente os consumidores,”⁹⁴ pois a abusividade não está diretamente relacionada com o fator econômico da relação, mas consideram-se todos os aspectos que de forma ampla e persuasiva influem a motivação do interesse do consumidor.

A abordagem de Paulo Valério Dal Pai Moraes,⁹⁵ nos aspectos da condução

⁹² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11/09/90. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicada no DOU de 12/9/90 (Ed. Extra).

⁹³ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 352.

⁹⁴ Ibidem, p. 328.

⁹⁵ Moraes explica que a “tópica, então, é a arte do pensamento problemático, ou seja, a partir do caso concreto e com o auxílio do bom-senso que deve ter o intérprete da situação sob análise, são estabelecidos certos loci communes jurídicos que servirão para a realização de futuras interpretações analógicas”. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p.74.

principlológica na interpretação das normas, ressalta o papel da tópica, em que “todavia, a idéia de conjugar a técnica da tópica com a técnica de um sistema aberto apresenta resultados bastante diferentes e mais proveitosos, sendo isso exatamente o que propõe a interpretação sistemática do direito”, e isto está no centro valorativo do CDC.

No entanto, Herman Benjamin considera o CDC a proteção mínima do consumidor, e além disso o §2º, artigo 37 do CDC apresenta um rol exemplificativo de publicidade abusiva. Por estas razões, haveria de ainda ser formulado legislação específica para reger a publicidade:

A imposição constitucional, então, é clara e inafastável. O legislador ordinário, para bem cumprir o art. 220, §§ 3º e 4º, e reger tais hipóteses publicitárias específicas, deve instituir controle legal *complementar* (= mais rigoroso) ao previsto no CDC, que, como é óbvio, regula a generalidade da matéria. Em outras palavras, há de ser regime jurídico mais assegurador do que o aplicável à publicidade comum, na sua acepção como relação de consumo. Na linha de raciocínio, o sistema do CDC caracteriza-se por se um verdadeiro *piso mínimo* de tutela do consumidor.⁹⁶

Está no §2º, artigo 37 do Código Consumerista, que é uma norma aberta, a discussão do Projeto de Lei nº 5.921/2001 que pretende ampliar a proteção da criança frente à publicidade:

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

[...]

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

Como a publicidade afeta o indivíduo não só como consumidor, mas também em outras esferas, interessa ao direito cuidar dos interesses da criança quando atingido seus valores. No entanto, o ECA não trata diretamente do tema publicidade. Traz

⁹⁶ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 359.

artigos sobre o direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos. O Estatuto traz em seu bojo uma peculiaridade constitucional: a proteção integral e a prioridade absoluta do sujeito tutelado neste microsistema: a criança. Isso significa que deve haver uma predominância do interesse da criança sobre quaisquer outros, inclusive aos econômicos e na adoção de políticas públicas.

A obrigação da proteção integral da criança não é só do Estado, mas também da família e da sociedade. É um dever legal e concorrente de assegurar-lhes os direitos fundamentais.⁹⁷

Compartilhar responsabilidades significa organizar as atribuições necessárias à realização de uma tarefa distribuindo-as de forma diferente, mas com igual compromisso, aos diversos atores da vida social. Assim, a família, a sociedade e o Estado têm responsabilidades conjuntas com as crianças, ainda que suas atribuições, nessa responsabilidade, sejam diferentes. Ao compartilharem suas responsabilidades, cada um dos atores precisa cumprir o que lhe é atribuído e também acompanhar – articulando, controlando, avaliando e reivindicando – o exercício efetivo das atribuições dos demais.⁹⁸

Quanto à publicidade que foca a criança, assim entende Paulo Valério Dal Pai Moraes: “abusiva é a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança.”⁹⁹ Um dos princípios fundamentais que regem o ECA é o da proteção integral, que deve ser entendido no seu sentido mais amplo, isto é, a criança tem proteção em qualquer relação, seja ela jurídica ou não.¹⁰⁰ Já no artigo 4º do ECA o princípio constitucional é o da prioridade absoluta:

Estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo,

⁹⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

⁹⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Políticas de Saúde. **Políticas intersetoriais em favor da infância**: guia referencial para gestores municipais. Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 61.

⁹⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p.270.

¹⁰⁰ MOMBERGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 41-42.

social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte.¹⁰¹

Outro princípio norteador do ECA é o do melhor interesse da criança, base da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente, de que o Brasil é signatário. Desde a promulgação da última CF houve uma quebra de paradigma, que rompe um modelo onde a criança era tratada como um objeto de relação jurídica, enquanto a nova perspectiva constitucional adota a doutrina da proteção integral, “espelho do princípio da dignidade da pessoa humana para crianças e adolescentes,”¹⁰² e a criança passa a ser sujeito de relação jurídica.

A CF/88 resguarda os cuidados de proteção integral e absoluta com a criança e almeja a instituição do ECA, alcançado desde 1990: “A doutrina da proteção integral encontra-se insculpida no artigo 227 da Carta Constitucional de 1988, em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.”¹⁰³ É, portanto, o art 227 portador dos direitos fundamentais, portanto de aplicação imediata – conforme o artigo 5º §1º da CF, enquanto o ECA regulamenta e sistematiza estes direitos.

[...] no campo formal a doutrina da proteção integral está perfeitamente delineada. O desafio é torná-la real, efetiva, palpável. A tarefa não é simples. Exige conhecimento aprofundado da nova ordem, sem esquecermos as lições e experiências do passado. Além disso, e principalmente, exige um comprometimento de todos os agentes – Judiciário, Ministério Público, Executivo, técnicos, sociedade civil, família – em querer mudar e adequar o cotidiano infanto-juvenil a um sistema garantista.¹⁰⁴

Os aspectos preponderantes resguardados pelo ECA são: a condição de pessoa em desenvolvimento em que se encontra a criança e a condição de sujeito de direitos.

¹⁰¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. *In*: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20.

¹⁰² *Ibidem*, p. 19.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 11-14.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 15.

São aspectos originados historicamente na Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, da qual o Brasil é signatário.

2.4 Autorregulamentação

O CONAR existe desde o início da década de 80 e é formado pela participação voluntária de publicitários, anunciantes, agências e veículos de comunicação que formulam seu próprio código de ética, chamado autorregulamentação publicitária.

Esse Conselho tem acolhido denúncias de publicidades abusivas com o objetivo de manter a atividade publicitária com resultados éticos fundamentados nos arts. 220 e 221 da CF, como uma forma de controle não governamental. A publicidade está sujeita a instrumentos sociais e legislativos que a regulam, em razão do controle misto permitido em nosso sistema normativo. Exemplo de ação do CONAR na autorregulamentação é o Processo nº 020-98:

Filme mostra família em visita ao zôo. Diante de uma jaula, o pai bebe uma lata de Guaraná Brahma e provoca o macaco, mesmo diante dos protestos do filho. Quando termina, entrega a lata ao macaco. Este, depois de certificar-se de que a lata está de fato vazia, a joga de volta na cabeça do pai. O Conar abriu processo por entender que o comercial poderia estimular os visitantes a alimentar os animais em suas jaulas, desmerecendo campanhas educativas que administradores de zoológicos desenvolvem no mundo todo. [...] O relator do processo em primeira instância, mesmo reconhecendo a clara intenção de fazer humor da agência e anunciante, recomendou a sustação da peça por esta ser "contra o desenvolvimento da cultura e educação, ao incentivar a cessão de objetos/alimentos a animais em zoológicos". [...] "Alegar o espírito bem-humorado e criativo do comercial não justifica os malefícios que pode causar. *Nós todos conhecemos a força da TV e sabemos o quanto ela pode ser prejudicial à educação*, ainda que muitas vezes sem a menor intenção, como aliás acreditamos seja o caso em questão", disse o relator, concluindo por recomendar que a sustação da peça seja mantida, entendimento vencedor por maioria de votos.¹⁰⁵ [grifo nosso]

¹⁰⁵ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Todos os Resumos das decisões do 2º semestre/98, Disponível em <http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/1998_2sem.htm> Acesso em: 17 jan. 2010.

Constata-se perante a atuação do CONAR que algumas publicidades são tidas como abusivas, mesmo para os próprios publicitários. Como o entendimento dessa instituição quanto à eventual publicidade abusiva não tem efeito vinculativo, isto é, por não ser norma cogente, tem o caráter apenas de recomendação e de orientação, diferente das normas de ordem pública do CDC.

No entanto, declara Valéria Falcão¹⁰⁶ que "é de fácil constatação que o controle interno da publicidade no Brasil, como em diversos outros países, não é suficiente para coibir as desconformidades da publicidade". Esta é uma crítica da autora ao sistema misto de controle e à falta de vinculação das orientações do Conselho à ordem pública. A autorregulamentação, por ser uma forma de controle interno da publicidade, promove a edição de códigos de ética que objetivam manter a confiança dos consumidores nas mensagens veiculadas e melhorar a imagem social da publicidade. Quanto ao sistema de autorregulamentação proposto pelo CONAR, pode apresentar vantagens e desvantagens:

A principal vantagem seria a garantia, ao consumidor, de solucionar o conflito, mediante a arbitragem e a composição, evitando-se as custas e a morosidade do procedimento judicial. Quanto às desvantagens, a mais evidente é a falta de coerção ou de obrigatoriedade de vinculação das empresas e dos profissionais às sanções impostas pelo Código de Autorregulamentação [sic].¹⁰⁷

O Código de Autorregulamentação reconhece o forte poder da influência publicitária no art. 7º: "De vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população [...]"¹⁰⁸ Mas o alcance da atuação do CONAR, além de não vincular o poder público – suas decisões não têm efeitos de coerção, sanção, punição, se limita apenas aos membros associados.

¹⁰⁶ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 25-27.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 26-27.

¹⁰⁸ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, Disponível em <http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos_introducao_secao1.htm> Acesso em: 12 out. 2009.

O CONAR segue os princípios de orientação ao comportamento publicitário emitidas pela Câmara Internacional de Comércio e pelo Código Internacional da Prática Publicitária¹⁰⁹ e estabelece no Código de Autorregulamentação artigo específico para tratar da publicidade votada ao público infantil:

Art. 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: [...]

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

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; [grifo nosso]

Vê-se a clareza e objetividade deste enunciado, mas, como já foi dito, se aplica somente aos que aderem voluntariamente à associação do CONAR. Não há garantias de que, mesmo associados, os publicitários se empenhem em seguir esta orientação. Isto é facilmente demonstrado pelo fato de que desde a implantação do Código de Autorregulamentação, o CONAR tem atuado em diversas demandas, onde diversas publicidades, resultantes dos trabalhos de seus associados, foram alteradas ou suspensas por serem claramente abusivas. Esta atuação é divulgada na página do Conselho na *internet*.

¹⁰⁹ MOMBERGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 70-74.

3 PANORAMA DE DEBATES

3.1 A doutrina jurídica

É no sentido de atividade persuasiva e influenciadora da vontade do consumidor que o direito se preocupa com a publicidade, visto que interfere na esfera jurídica do consumidor gerando uma série de influências comportamentais. Em razão disso, “como decorrência de sua importância no mercado, surge a necessidade de que o fenômeno publicitário seja regido pelo Direito, notadamente pela perspectiva da proteção do consumidor, o ente vulnerável da relação jurídica de consumo,”¹¹⁰ em maior grau para o público infantil notadamente hipervulnerável.

A realidade jurídica, interesse maior desta pesquisa, Eduardo Bittar¹¹¹ diz que os direitos de consumidor são, em verdade, direitos relativos à proteção da pessoa humana inserida na relação de consumo. O CDC trata de um sujeito – consumidor – e não simplesmente da relação de consumo. Com frequência o legislador se vale de expressões com este caráter dado aos direitos do consumidor. A filosofia que movimenta a Constituição é a de que, não importa em que tipo de relação esteja imersa a pessoa humana, ela tem direitos fundamentais garantidos e tutelados.

A ordem pública se dá pela publicização dos direitos privados, termo utilizado por alguns doutrinadores como Claudia Lima Marques,¹¹² para demonstrar a

¹¹⁰ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 310.

¹¹¹ BITTAR, Eduardo C. B. Contribuições para a crítica da consciência consumista e acerca da construção dos direitos do consumidor. *In*: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 149.

¹¹² MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos ;MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.29.

intervenção do Estado nas relações privadas, nos direitos fundamentais de liberdade, calcado na influência dos princípios constitucionais fundamentais - sociais e econômicos - que convergem para a tutela do vulnerável e limitação da atuação do mercado.

A publicidade é considerada por muitos autores, assim como o Ministro Herman Benjamin,¹¹³ um dos autores ao anteprojeto do CDC, como um dos mais importantes fenômenos do século passado, tendo grande vulto com o advento da economia de massa.

Para Menna Barreto, publicitário graduado em direito, a atividade publicitária conta com recursos econômicos que chegam a cerca de 1% do PIB, o que seria um refluxo de uma economia de massas:

E tudo para criar o quê? Voltemos à moldura ampla de sua atuação: mais que um argumento inédito, uma foto sugestiva, uma cena original que beneficie a venda de um produto, um serviço ou uma idéia (de seus clientes), *as agências de propaganda, como um todo, criam e controlam uma cultura: a cultura do presente estágio terciário do capitalismo, a cultura de massa fascinada pelo consumo, com inumeráveis desdobramentos sociais e psicológicos, muito além de apelos isolados e pontuais como 'Beba Coca-Cola'*.¹¹⁴ [grifo nosso]

Mas Menna Barreto¹¹⁵ traz outra face da crítica quando diz que “o sistema consumista existe graças a um pacto psicossocial, entre ‘persuasores’ e ‘persuadidos’, e não absolutamente graças a uma força unilateral”, em razão da mudança de paradigma do mundo consumista, focado na adaptação do consumidor à produção de massas.

Para esse autor, o consumidor é dotado de vontade própria, e só se deixa envolver pela persuasão de uma publicidade por que permite que isso aconteça, pelo fato do tempo que ficam frente à televisão. Não se deve, portanto, deixar de lado a íntima co-

¹¹³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., nº 09, 1994, p. 57.

¹¹⁴ BARRETO, Roberto Menna. **Agência de propaganda e as engrenagens da história**. São Paulo: Summus, 2006, p. 12-13.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 20-38.

responsabilidade entre ‘persuasores’ e ‘persuadidos’ no que tange o discernimento que envolve a mensagem publicitária.

Quanto aos aspectos jurídicos do vínculo obrigacional existente entre o anunciante e o consumidor, por meio da publicidade, se dá porque “a publicidade é fato jurídico que condiciona o aparecimento de obrigações: pode-se dizer que é fonte de obrigação.”¹¹⁶ Portanto, decorrem dos arts. 30 e 39 do CDC a hipótese legal e a consequência jurídica:

Art. 30 - *Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.*

Art. 39 - *É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:*

[...]

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços. [grifo nosso]

Nesse artigo, comenta Herman Benjamin, “a utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática.”¹¹⁷ É aqui que nota-se a responsabilidade do anunciante do produto que, por meio da publicidade, procura atingir um público hipervulnerável por meio de técnicas publicitárias, que chegam a ser agressivas, apelativas ou coativas.

Verifica-se que se estiverem “todos os elementos que a publicidade apresentar obrigam e vinculam o fornecedor,”¹¹⁸ a responsabilidade pela publicidade recairá, além do anunciante, também na agência publicitária, como um vínculo obrigacional. É daí

¹¹⁶ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3-6.

¹¹⁷ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007, p. 382.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 2.

que resulta a relevância da discussão e que preocupa economicamente as indústrias, não só de alimentos, como do mercado em geral.

Os publicitários e os canais de veiculação da mensagem publicitária são mecanismos de atuação do anunciante, enquanto “o consumidor se depara com o fato publicitário consumado,”¹¹⁹ e por isso é aplicado o princípio da vinculação previsto no CDC, que vincula o anunciante aos resultados da mensagem já veiculada, limitando a sua correção, isto é, depois de divulgada a publicidade, os efeitos são imediatos, mesmo que deixe de anunciar. Não há como revogar o ato publicitário já veiculado, respondendo o anunciante pelos riscos do negócio.

Existem várias técnicas publicitárias como instrumentos de *marketing*, considerando, neste entendimento, que este é mais amplo que aquele. Uma delas, considerada como ilícita pelo CDC é a mensagem subliminar. Para Rafael Tocantins Maltez¹²⁰ a mensagem subliminar constante nas peças publicitárias é aquela transmitida abaixo do limiar da consciência, ou seja, a mensagem penetra diretamente no subconsciente sem passar pelo filtro da consciência das pessoas. A mensagem subliminar é uma técnica inserida na publicidade, de difícil percepção, mas que causa um certo impacto psicológico. Pode utilizar como subterfúgio o olfato, a música ou imagens.

Para esse autor, há outras formas de publicidade consideradas ilícitas, incluindo a publicidade voltada ao público infantil, que por si só já se trata de uma ilicitude prevista no ordenamento jurídico. Não é possível esta publicidade porque explora o ser ainda em formação, que não tem capacidade de discernir o que é publicidade. A partir desta premissa, tem que o próprio setor publicitário não conseguiu se autorregulamentar, havendo a

¹¹⁹ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007, p. 299-308

¹²⁰ MALTEZ, Rafael Tocantins. **Publicidade subliminar**. 2009. 423f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

necessidade de leis e órgãos do aparato estatal para regular este poderoso meio de convencimento. A publicidade deve ser um meio de colaboração, e não de manipulação – que se utiliza de artil para induzir o consumismo irracional.

Trata-se de publicidade ilícita, pois a “atividade publicitária rege-se, em primeiro lugar, pelo princípio da identificação da publicidade,”¹²¹ acolhido no artigo 36, caput, em que “só é lícita quando o consumidor puder identificá-la. Mas tal não basta: a identificação há de ser imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica),”¹²² sendo a falta de identificação de que se trata de uma publicidade, característica da abusividade. O próprio CONAR regula sobre isso no artigo 28 do Código de Autorregulamentação Publicitária: “O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.”¹²³

Há outras técnicas publicitárias admitidas pelo CDC, porquanto não sejam nem abusivas nem enganosas, como o *teaser*,¹²⁴ o *puffing*¹²⁵ ou o *merchandising*¹²⁶. Nessa última, o artigo 36 do CDC exige a identificação de que se trata de mensagem publicitária: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, pois é uma forma de manipular a publicidade, inibindo o senso crítico

¹²¹ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007, p. 328.

¹²² *Ibidem*, p. 331.

¹²³ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos_introducao_secao1.htm> Acesso em: 12 out. 2009.

¹²⁴ O termo “*teaser* é uma técnica publicitária que procura despertar a curiosidade do consumidor. Tem como objetivo preparar o mercado para o lançamento da campanha publicitária.” CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 14.

¹²⁵ O termo “*puffing* é um exagero publicitário. Um exemplo é o anúncio de remédio com a frase ‘Tomou, a dor sumiu’”. *Ibidem*, p. 15.

¹²⁶ O termo *merchandising* trata de um instrumento de comunicação mercadológica que interage com o destinatário. PINHO, José Benedito, **Comunicação em marketing**: princípios da comunicação mercadológica. 5. ed. Campinas: Papirus, 2001, p.69.

de quem a recebe¹²⁷. Toda publicidade deve ter o cuidado de não levar o consumidor a erro, sob risco de ser imputada abusiva ou mesmo enganosa.

De acordo com o entendimento de Herman Benjamin,¹²⁸ o direito brasileiro ainda não está preparado suficiente para identificar as qualidades da publicidade abusiva e seus efeitos em relação ao consumidor.

No CDC, quanto à publicidade abusiva, “o conceito carrega a idéia de exploração ou opressão do consumidor. Mas não se limita a tal. Novos horizontes se lhe abrem, por exemplo, a tutela de valores outros que sejam caros à sociedade de consumo, como o meio ambiente,”¹²⁹ isso porque não há limites objetivos e precisos para sua identificação.

Herman Benjamin pondera suas considerações quanto à possibilidade de limitação à publicidade. Isto porque, na visão do douto doutrinador, não há como limitar a publicidade de forma a torná-la inviável, pois “qualquer tentativa legislativa de controlá-la por inteiro caracterizar-se-ia como tarefa impossível. O direito vale-se, então, de princípios gerais, deixando aos tribunais sua aplicação (e adaptação) à realidade multiforme do mercado.”¹³⁰ Para tanto, afirma ainda que o CDC mantém em sua estrutura basilar os princípios necessários para a interpretação, no caso concreto, de forma a ser suficiente para proteger adequadamente o consumidor contra a eventual abusividade. Ainda assim, o autor contraria Menna Barreto sobre a relação entre consumidor e a atividade publicitária:

¹²⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 91.

¹²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., nº 09, 1994, p. 57.

¹²⁹ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007, p. 350.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 259.

É unidirecional, inexistente qualquer ‘troca’ (=sinalagma) entre o consumidor e o anunciante. Nesse sentido, é ela mais ‘discurso’ do que propriamente ‘comunicação’, que pressupõe reciprocidade de papéis. Trata-se de uma estipulação unilateral, com poderosíssimo potencial de influência do consumidor.¹³¹

Assim, o anunciante tem em mãos a condição de administrar o que será veiculado, e é neste sentido o responsável pelo efeito da publicidade.

Outro aspecto do controle da publicidade, que ocorre no âmbito privado, está na crítica quanto à eficácia da autorregulamentação. O próprio Ministério Público do Estado de São Paulo fala que o CONAR é um órgão privado e corporativo, que foi criado e é mantido por representantes do setor publicitário, e que muitas vezes o dano já foi feito quando determina que alguma peça saia do ar, ocasionando uma impunidade. Qualquer iniciativa atingiria os interesses dos setores econômicos que trabalham para impedir o avanço das propostas que procuram disciplinar a publicidade dirigida às crianças: “o discurso da publicidade é um discurso comercial, ele não pode gozar da mesma proteção que um discurso político, que um discurso religioso, um discurso científico.”¹³²

Percebe-se o entendimento unânime e pacífico, entre os doutrinadores do direito, da insuficiência desse controle privado, que “não foram (como não são) suficientes para impedir, isoladamente, toda sorte de abusos praticados contra os interesses dos consumidores,”¹³³ reforçando a importância de um controle misto. Valéria Falcão¹³⁴ reforça a idéia de que a limitação da publicidade deve proteger o consumidor quanto à informação, seja ela omissa, enganosa, ou abusiva.

¹³¹ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007. p. 299-308.

¹³² INSITUTO ALANA. **Criança, a alma do negócio**. Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 13 set. 2009.

¹³³ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007. p. 323.

¹³⁴ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 25

Já Eduardo Bittar¹³⁵ diz que os sistemas jurídicos não alcançam atender às necessidades individuais para resguardar a dignidade da pessoa humana. Nascido o estado social, democrático e de direitos, a possibilidade de deliberar sobre as qualidades do indivíduo e a humanização das relações de consumo precursionaram o resguardo consumerista com a criação do CDC, previsto na CF, que mantém sob sua tutela os interesses individuais e coletivos:

A progressiva penetração na sociedade da consciência do consumo deu-se de forma a que ilusões provisórias e descartáveis, futilidades e perfumarias, promessas de felicidade e fetiches coletivos fossem construídos paulatinamente na consciência coletiva, de modo a sedimentarem-se como necessidades vitais. O modo estonteante de colocação de mercadorias para oferta é a causa de alucinações sempre crescentes em torno de novos produtos. Nesta mecânica de absorção do mercado consumista, a ótica empresarial repousa no acompanhamento dos fluxos de desejos e necessidades dos consumidores, que se tornam mais abundantes e exigentes, tudo com base em estudos e pesquisas específicas que lastreiam as atitudes e os investimentos no mercado. [...] A desvairada cultura do consumismo vem, para cada indivíduo consumidor, preencher uma necessidade primitiva de seu espírito, não encontrada na família, no trabalho, nem nas realizações pessoais, nem na sociedade. Carências espirituais e morais se canalizam para realizações materiais, preenchendo-se com isto necessidades afetivas básicas de cada ser. Eis a descoberta que preenche todas as necessidades humanas.¹³⁶

O autor considera nas reflexões desse trecho o pensamento da filósofa alemã Hannah Arendt, na forma como as relações humanas tornaram-se materialistas, pois a sociedade deste século se permite mensurar a validade de uma relação conforme o que a pessoa possui. Assim, o mercado tem a condição de inserir as oportunidades que atenderão a estes interesses consumistas e materialistas.

Segundo João Batista Almeida,¹³⁷ a publicidade é “instrumento poderosíssimo de influência do consumidor nas relações de consumo, atuando nas fases de

¹³⁵ BITTAR, Eduardo C. B. Contribuições para a crítica da consciência consumista e acerca da construção dos direitos do consumidor. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 149.

¹³⁶ Ibidem, p. 139.

¹³⁷ ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993, p. 85.

convencimento e de decisão de consumir”, o que gera reflexos psicológicos no contexto social e econômico das relações de consumo, principalmente se tratando da criança, em razão da condição de indivíduo em desenvolvimento. O Insituto Alana buscou novos argumentos:

A criança não pode ser considerada, pela propaganda, um adulto, ou adulto em miniatura. O empresário ou publicitário que se vale da inexperiência da criança para transformá-la num promotor de seu produto dentro de casa. Não só fere princípios claros, regras específicas do direito, mas também viola limites éticos e morais fixados pela nossa sociedade. Não se quer a utilização e a manipulação da criança para nada, para nenhum efeito [...].¹³⁸

Explica Paulo Valério Dal Pai Moraes que o Estado tem obrigações de resultado, buscando por meio de políticas públicas a qualidade de vida do indivíduo. Para esta finalidade, as normas do CDC apresentam três propriedades: normas de conduta, que servem para disciplinar o comportamento de indivíduos ou a atividade de grupos; normas-objetivo, que são princípios positivados que estabelecem fins; normas de organização para estruturar o funcionamento de órgãos e a disciplina de processos técnicos de aplicação da norma.

Assim, os princípios são a base na interpretação do CDC para aplicação ao caso em concreto, com influência de fundamentos valorativos constitucionais, legitimados na sociedade, enquanto a vulnerabilidade é princípio intrínseco às relações de consumo.

O desempenho da publicidade demonstra sua função social inserida no comportamento infantil, “o incentivo a venda é precisamente a função da publicidade, que, atuando na mente do público, condiciona-o para o consumo, isto é, desperta-lhe o desejo pela coisa anunciada.”¹³⁹ Mas Paulo Valério Dal Pai Moraes identifica este papel como “posicionar a marca na mente do consumidor,”¹⁴⁰ o que não condiciona a publicidade à idéia de atividade negativa perante a sociedade, mas reconhece a relevância do papel social e a

¹³⁸ INSITUTO ALANA. **Criança, a alma do negócio.** Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 13 set. 2009.

¹³⁹ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p.8.

¹⁴⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor:** no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Ed. Síntese, 2001, p.275.

necessidade de controle.

Os efeitos da publicidade no comportamento do consumidor denotam a existência de uma função social da comunicação de massas, sobretudo da publicidade, pois a “capacidade desta em alterar comportamentos, do impacto que causa na sociedade” é inerente à atividade.¹⁴¹

Neste sentido, em que pese ao anunciante, Herman Benjamin explica que o CDC não obriga o fornecedor a anunciar, pois é seu direito, “só que direito exercitável à conta e risco do anunciante. Por conseguinte, o legislador, em tal matéria, não sanciona a carência de publicidade, mas somente a existência de publicidade que traduza uma má ou insuficiente informação.”¹⁴²

A influência da publicidade reflete ainda nos hábitos alimentares, no vestuário, no comportamento da moda ou outras formas de consumo:

De que maneira nós podemos comprovar que determinada peça publicitária, ela se aproveita da falta de julgamento, da inocência, da falta de experiência da criança? Em princípio a gente poderia argumentar que qualquer publicidade dirigida à criança, de certa forma, se aproveita desta inocência. Se a criança, pela lei, não pode comprar nada porque ela é considerada incapaz pela legislação, como se admitir uma mensagem publicitária que é dirigida a ela, e muito menos uma peça publicitária que seja persuasiva? Para a criança conseguir aquele bonequinho, aquele brinquedinho, ela é obrigada a comprar um alimento que não é saudável.¹⁴³ [sic]

Assim, entende-se que a atividade publicitária, por apresentar excesso ou falha na comunicação, deve ser alvo de maior controle, e ainda, deve ser suprida a carência de normatização, não só àqueles que controlam ou fiscalizam a atividade, mas também para que os publicitários tenham um parâmetro claro daquilo que se reconhece como abusivo.

¹⁴¹ FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78.

¹⁴² **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007. p. 311.

¹⁴³ INSITUTO ALANA. **Criança, a alma do negócio**. Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 13 set. 2009.

3.2 Os legisladores e o Projeto de Lei nº 5.921/2001

O Projeto de Lei nº 5.921/2001, de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Jorge Haully (PSDB-PR), propôs acrescentar um parágrafo ao artigo 37 do CDC, enfatizando a proteção da criança. A proposta apresentou originalmente o seguinte acréscimo: “§ 2ºA. É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança”. Houve várias substituições do texto no intuito de compor um consenso entre os parlamentares, mas ainda sem obter êxito.

A fundamentação para apresentação dessa proposta está em acompanhar a tendência mundial onde estudos e debates sobre o tema levaram o poder legislativo daqueles países a reagir para a proteção da criança. O autor do Projeto de Lei consubstancia seu argumento no artigo 221 da CF, além de comparar com a legislação estrangeira.

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.* [grifo nosso]

Após vários substitutivos e pareceres ao Projeto, e da tramitação por diversas Comissões da Câmara dos Deputados - Comissão de Defesa do Consumidor, Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, Comissão de Constituição e Justiça, em 18 de junho de 2009, em audiência pública, o projeto foi discutido com a representação da sociedade.

Estavam representados: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça – DPDC/MJ, Ministério Público Federal, Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, o Conselho Federal de Psicologia, Instituto Alana, Conselho

Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, Conselho Superior da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, Associação Brasileira de Anunciantes – ABA, Associação Brasileira de Licenciamento – ABRAL, Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos – ABRINQ, Associação Brasileira de Agências de Publicidade – ABAP, Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC, Grupo Maurício de Souza, além de parlamentares, indústria alimentícia, acadêmicos e sociedade civil em geral.

Após deliberações, contribuições, sugestões e nova substituição do texto, o Projeto ainda não chegou ao Senado. Aguarda-se o seguimento do procedimento legislativo e não há estimativa de tempo para sua conclusão, apesar de tramitar há mais de nove anos.

Razões que explicam a delonga nos debates para aprovação do Projeto encontram vazão na crítica de Edgard Rebouças,¹⁴⁴ quando diz que em torno de 25% dos deputados e senadores são proprietários ou estão diretamente vinculados a empresas de comunicação - sejam rádio, televisão, jornais e outros veículos. Estes títulos são usados como moeda de troca de interesses políticos, o que explica o desinteresse em instituir normas que limitam a atividade publicitária.

O Instituto Alana é uma organização que busca o envolvimento da sociedade nas discussões com relação ao desenvolvimento do “consumismo”¹⁴⁵ infanto-juvenil, suas causas e conseqüências, por meio de um projeto chamado Criança e Consumo, que apresenta um documentário, objeto desta pesquisa.

¹⁴⁴ REBOUÇAS, Edgard. O discurso/estudo da liberdade de expressão dos “donos” da mídia. *In.*: CHAGAS, Claudia Maria de Freitas. et al. (Org.). **Classificação indicativa no Brasil: desafios e perspectivas**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2006, p. 95-106.

¹⁴⁵ Explica Gino Giacomani Filho que “Consumismo designa excesso de consumo, consumo acelerado ou até desperdício; não se pode admitir que este termo tenha o mesmo significado de consumerismo, pois enquanto o primeiro é um mal da sociedade de consumo, o segundo é justamente uma reação e um instrumento de controle para este e outros males da sociedade”. GIACOMANI FILHO, Gino. **Consumidor Versus Propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p.21.

Para o Instituto, há uma ineficácia no controle da atividade publicitária por meio da autorregulamentação, pois “o dinamismo do setor publicitário dificulta e desmotiva a realização de denúncias¹⁴⁶”, o que gera ausência de controle específico. Demonstrou em ato público quatro fundamentos de que o CONAR não possui capacidade normativa suficiente para estabelecer uma conduta publicitária eficiente: “não tem poder punitivo; seu código é exclusivamente de ética; entidade criada, financiada e gerida por representantes do mercado publicitário; atua somente enquanto o anúncio estiver sendo veiculado.”¹⁴⁷

Ainda para o Instituto, a atuação do poder público é fundamental, e opina quanto à aprovação do substitutivo ao Projeto de Lei nº 5.921/2001, uma vez que entende que “não haverá impacto relevante, tanto sob a perspectiva micro, quanto macroeconômico. A transformação será de mudança de paradigma,”¹⁴⁸ pois não se deve confundir a percepção entre proibir a publicidade para crianças e proibir a publicidade de produtos infantis. Na primeira, a criança é o alvo publicitário, independente de produto (pode ser brinquedo, vestimenta, produto de limpeza, carro, celular ou mesmo alimento), enquanto a segunda trata de um produto, que mesmo tendo como destinatário fático a criança, desperta o interesse naqueles que teriam discernimento para a aquisição ou não do produto, isto é, o adulto.

Durante a audiência, o Instituto apresentou uma síntese de um documentário intitulado “Criança, a alma do negócio”. São quase 50 minutos de cenas e depoimentos com crianças, pais, advogados, pedagogos, sociólogos, psicólogos e pesquisadores que discutem a influência da publicidade na escolha de alimentos, vestuário, lazer, e todo tipo de consumo vivenciado pelas crianças.

¹⁴⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001**. 18 jun. 09, Brasília-DF.

¹⁴⁷ Ibidem, 18 jun. 09, Brasília-DF.

¹⁴⁸ Ibidem. 18 jun. 09, Brasília-DF.

Neste documentário, fala que “bastam apenas 30 segundos para uma marca influenciar uma criança,”¹⁴⁹ e a relevância deste dado está na situação em que os pais convivem com seus filhos poucos momentos no final de semana, enquanto a publicidade está presente diária e obstinadamente.

Há uma preocupação notória, durante todo o documentário, quanto ao ambiente familiar, onde as mães deixaram o papel tradicional no cuidado com os filhos (educação, alimentação, saúde, vestuário) para contribuir com a renda familiar. A compensação desta falta de convivência se dá com a aquisição de artigos que atendam ao interesse despertado na criança. Este é então o momento em que a publicidade é tratada como abusiva em relação à fragilidade dos laços e compromissos paternais, pois instiga o consumo exacerbado entre as crianças para que se insiram em um mundo cada vez mais competitivo. É a publicidade que desperta os interesses da criança para o consumismo.

Em entrevista, o doutor em Ciência da Comunicação pela Universidade de São Paulo, Clovis de Barros Filho, declara:

A publicidade, evidentemente, ela promete mais do que a alegria da posse. Ela promete a alegria da inscrição na sociedade. Ela promete a alegria da existência na sociedade. Consumindo você será aceito como consumidor; se for aceito como consumidor será inscrito entre os consumidores daquele produto, será afastado dos não consumidores, e portanto terá uma existência social que vai te alegrar. E você, que não sabe teorizar sobre isso, sente que isso é verdade e embarca tranquilamente. E quando tudo isso começa? No mundo infantil. [...] num grupo de crianças, seus membros definem uma espécie de passaporte de ingresso no grupo, e este passaporte, que outrora talvez já tenha sido muito mais uma certa habilidade para jogar queimada, uma certa capacidade de contar piada, hoje esta condição de pertencimento está, como nunca, determinada pela possibilidade de ostentar uma certa lancheira, uma certa mochila, um certo tênis e assim por diante.¹⁵⁰

Os próprios pais entrevistados no documentário demonstram não saber lidar

¹⁴⁹ INSITUTO ALANA. **Criança, a alma do negócio.** Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 13 set. 2009.

¹⁵⁰. Ibidem. Acesso em: 13 set. 2009.

com o excesso de consumo dos filhos, tampouco sabem lidar com seus efeitos. Sequer têm adotado medidas educativas para o consumo. Já em fevereiro de 2010, a Data Folha¹⁵¹ publicou pesquisa realizada com 411 pais de crianças entre 3 e 11 anos de idade, onde 69% deles afirmam atender aos pedidos dos filhos, mesmo reconhecendo que se trata de uma influência publicitária.

Toda esta discussão no documentário coloca a televisão como o veículo de maior relevância da influência publicitária sobre o interesse da criança. A mudança no comportamento, assim como o início das experiências com a sexualidade, do experimento de bebidas alcoólicas, da substituição de alimentos saudáveis pelos ricos em gordura e açúcares, tem sido cada vez mais precoce. O documentário aponta a publicidade televisiva como maior fator de motivação desses interesses consumistas nas crianças.

Há uma cena no documentário, onde crianças de uma família humilde, aparentemente em um casebre de duas peças, assistem hipnotizadas a uma propaganda que insiste em dizer o quanto elas serão felizes quando comerem o lanche McLanche Feliz, que normalmente traz pequenos personagens de filmes de sucesso ou de heróis infantis.

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça – DPDC/MJ não emitiu opinião quanto ao texto da proposta do Projeto de Lei, esclarecendo apenas o papel do CDC nas relações de consumo, assim como seus fundamentos e princípios basilares, reforçando a tese da falta de discernimento da criança em razão da sua hipervulnerabilidade, pois apresentam dificuldade de “diferenciar programas de TV e

¹⁵¹ DATA FOLHA. **Consumismo na infância.** Disponível em: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/Arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/consumismo_infantil_final.pdf> Acesso em: 22 mar. 2010.

publicidade.”¹⁵² Concluiu apenas com a idéia da necessidade em proteger o hipervulnerável, por meio de norma expressa, especificamente com este conteúdo, o que traria maior segurança jurídica e eficácia na sua aplicação.

O objetivo da instituição é despertar na sociedade um consenso sobre a necessidade de proteção do hipervulnerável que deverá ser expresso em uma regra legal, a fim de manter a segurança jurídica e a eficácia da norma.

Ainda durante a audiência pública, o Deputado Federal Milton Antônio Casquel Monti (PR-SP), apesar de não compor a mesa da discussão do tema, pediu a palavra e falou sobre a necessidade primordial da educação para o consumo. O momento era oportuno, pois ali estavam representados os mais diversos interesses da sociedade - sejam políticos, educacionais, econômicos - ao passo que o projeto apresentava uma norma excessivamente rígida para regular a atividade publicitária.

[...] O tema transcende aos vários segmentos da sociedade. É muito importante que seja debatido, e deve sim ser debatido à exaustão. [...] Sou contra a proibição da publicidade. [...] As cautelas que o Congresso Nacional tem adotado, no sentido de regulamentar a publicidade são várias. O CONAR faz isso bem hoje, eu reputo que o CONAR trabalha de forma adequada na coibição de muitas propagandas que não são adequadas não só à crianças, mas como a qualquer tipo de consumidor, como propagandas discriminatórias, etc. [...] parece que estamos pretendendo isentar os pais e a família de educar os filhos. Ou nós vamos criar os filhos numa redoma de vidro? Para que ele saia na rua e se depare com a verdade crua e nua da vida? [...] Se nós queremos ter liberdade de expressão [...] temos que prestigiar a publicidade.¹⁵³

O Deputado encerra seus argumentos apontando a educação das crianças, para o consumo consciente, a forma mais equilibrada para atender à necessidade estabelecida em torno da vulnerabilidade da criança frente ao contexto social de consumo de massas, e não

¹⁵² CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001**. 18 jun. 09, Brasília-DF.

¹⁵³ *Ibidem*. 18 jun. 09, Brasília-DF.

proibindo a atuação publicitária como prevê o projeto. Mas importa cuidar de não generalizar a preocupação dos publicitários quanto à limitação da liberdade de expressão:

A regulamentação da publicidade não deve ser interpretada como restrição à liberdade de manifestação do pensamento, da expressão ou informação como previsto no artigo 220, §1º e 2º da Constituição Federal. Os dispositivos que regulamentam a publicidade não têm por objetivo bani-la, mas somente conter seus abusos para que os consumidores, considerados entes vulneráveis nas relações de consumo, não sejam prejudicados.¹⁵⁴

Em entrevista, a Senadora Marina Silva¹⁵⁵ (PT) declarou-se preocupada com a substituição das brincadeiras das crianças pelo consumo. A estimulação ao consumo exacerbado entra em choque com as idéias de preservação ao meio ambiente, mesmo que hoje sejam elas mesmas as mais preocupadas com a proteção da natureza.

3.3 Os psicólogos e o comportamento da criança consumidora

A criança desperta para as mais diversas propostas que atraem seu interesse, uma vez que está em um momento de descobertas, de formação emocional, psicológica e cognitiva. É o momento de questionamentos de identidade - quem ela é, como ela é, o que a rodeia.

A infância é momento ímpar para afeiçoar hábitos e comportamentos da criança, pois se depara com um universo de oportunidades que surgem instantânea e obstinadamente a sua volta, enquanto ainda não lhe foi oportunizado o conhecimento mínimo necessário para decidir suas escolhas de consumo. Para Susan Linn¹⁵⁶ “as crianças são bombardeadas de manhã à noite com mensagens produzidas não com o objetivo de tornar suas vidas melhores, mas de vender alguma coisa.”

¹⁵⁴ MOMBERGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 51.

¹⁵⁵ SILVA, Marina. **Quando o comprar substitui o brincar**. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI3826439-EI11691,00.html>> Acesso em: 25 ago. 2009.

¹⁵⁶ LINN, Susan. **Crianças do consumo**: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006, p. 56.

Para o Doutor em Psicologia e Sociólogo Pedrinho Guareschi:

O conteúdo comunicacional para crianças até 6, 7 anos não é racional, é emotivo. É a emoção que passa aquilo que nós chamamos de conteúdo. [...] A mídia hoje é de fato o primeiro elemento, o primeiro fator na construção e criação de nossa subjetividade e de nossos valores. Não é mais a família, não é mais a igreja, não é mais a escola, [...] nem são os colegas de trabalho, são os que estão na mídia.¹⁵⁷

Nesse sentido, a psicóloga Christiane Gade explica que “o consumidor, porém, se encontra sozinho frente aos produtores, frente aos comerciantes, frente aos publicitários e suas máquinas maravilhosas de comunicação de massa, frente aos pesquisadores de motivação, frente a si mesmo,”¹⁵⁸ causando-lhe um reflexo psicológico. A educação que o consumidor recebe é de desejar coisas, vislumbrado pelo alto poder tecnológico da máquina produtiva, encantado pela possibilidade de ter tudo o que deseja.

Esta psicóloga diz que para avaliar o comportamento do consumidor é preciso o enfoque nas suas motivações e necessidades, e não o que gira em torno dele, como o produto, preocupação esta que se ocupam os publicitários. Isto posto, percebe-se que bastam as necessidades básicas satisfeitas para que o consumidor encontre onde ou o que adquirir.

Destaca-se que há uma confusão entre o que é necessário¹⁵⁹ e o que se torna necessário, por meio da motivação publicitária, daí perceber-se o conteúdo persuasivo e o caráter abusivo da publicidade.

Com a evolução dos estudos em comportamento do consumidor, o conteúdo publicitário deixou de focar o produto nas peças publicitárias, trazendo para o anúncio o elemento valorativo que o produto pode proporcionar à vida de cada indivíduo, fazendo-o

¹⁵⁷ INSITUTO ALANA. **Criança, a alma do negócio.** Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 13 set. 2009.

¹⁵⁸ GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor.** São Paulo: Ed. E.P.U., 1980, p. 2.

¹⁵⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor:** no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 152-255.

compreender que de certa forma a aquisição do objeto publicitário pode levá-lo à mesma felicidade valorizada na publicidade. “A propaganda agrada às emoções, não ao intelecto, e afeta as crianças ainda mais profundamente do que os adultos.”¹⁶⁰

Assim, a publicidade não se preocupa em demonstrar somente a função de higiene de um sabonete, ela vai além e procura adequar valores ao produto. Traduz o uso do produto em um resultado benéfico ao bem estar familiar, e assim, por exemplo, usando aquele sabonete, a mãe, ao abraçar o filho estaria lhe transmitindo mais carinho.

A psicóloga Susan Linn¹⁶¹ fala da mudança de comportamento das crianças como um reflexo fático da atividade publicitária. Se uma criança brinca com a comida mesmo sabendo que seus pais se sentirão contrariados por aquela atitude, os valores transmitidos pelos pais são subtraídos ao passo que os a idéia da publicidade se incorpora como um novo valor. A autora indigna-se com a idéia de que a publicidade busca tornar o alimento algo mais interativo. Para ela, o ato de comer já é em si mesmo uma experiência interativa, pois envolvem os sentidos – paladar, olfato, visão e tato - : “desde quando a comida precisa entreter além do que já está contido no ato de comer?”

Essa psicóloga defende que todo o *marketing* direcionado à criança, e não somente a publicidade, deve ser eliminado. Isso inclui a adolescência até os 16 anos, e justifica: “o córtex frontal, que controla os processos cognitivos complexos – incluindo aqueles que afetam o julgamento, não está plenamente desenvolvido até o fim da adolescência.”¹⁶² Encerra sua obra dizendo que as crianças não estão somente consumindo, mas sendo consumidas, como uma forma de criticar a ação publicitária que se utiliza do

¹⁶⁰ LINN, Susan. **Crianças do consumo**: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006, p. 23.

¹⁶¹ Ibidem, p. 57-133.

¹⁶² Ibidem, p. 269-270.

interesse da criança para inserir produtos no mercado cada vez mais consumista.

Quando retrata o comportamento da criança consumidora, Christiane Gade fala que “este consumidor, até que aprenda a lidar com o complexo sistema de consumo, *deverá ser protegido* enquanto não for educado para consumir de uma forma que seja benéfica para ele e para produtor.”¹⁶³ [grifo nosso]

Embora esta discussão seja muito recente, há pesquisas que procuram identificar a influência da criança nas compras da família. Para Christiane Gade, o consumidor é passivo, leva indubitavelmente as informações da propaganda para seu dia-a-dia sem questioná-la, e sequer participa de forma direta na produção dos produtos que consome, apenas consome aquilo que é oferecido. Isso é mais forte quando se trata da criança:

Uma enorme quantidade de apelos é dirigida diretamente a criança não só para convertê-la ao consumo como para transformá-la em promotora deste consumo. Isto porque se descobriu a nova imagem e o novo papel ativo da criança no núcleo familiar. Se a criança pede ‘algo’ sem identificar o objeto, ela quer saber se os pais a amam, quer se assegurar deste amor através de coisas materiais. Estatísticas mostram que crianças filhas de pais separados se convertem em grandes consumidores pela competição dos pais que procuram comprar o afeto dos filhos. [...] Através da participação ativa do papel de consumidor a criança aprende concomitantemente valores e atitudes do papel do consumidor adulto, antes mesmo de atingir esta fase.¹⁶⁴

Isso explica que, enquanto não houver políticas públicas efetivas para a educação para o consumo, este é um problema social que permanecerá. A psicóloga usa como exemplo o produto Omo, em que criança que recentemente começa a falar, aprenderá a marca com facilidade, ainda mais se estiver acompanhada de algum brinde.

A psicóloga Christiane Gade fala de estudos que demonstram que as crianças gostam de interagir com a programação, seja de que veículo for, e esta interação ocorre por meio de canto, desenhando, participando de concursos, entre outros.

¹⁶³ GADE, Christiane. **Psicologia do consumidor**. São Paulo: Ed. E.P.U., 1980, p. 9.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 112-114.

Esta psicóloga apresenta diversas teorias que explicam a capacidade de aprendizagem, que vão influenciar nas ações de publicidade e *marketing* em termos de consumo. São duas as teorias que convergem para o entendimento deste tema: teoria estímulo-resposta e teoria cognitiva.

A primeira delas, a teoria estímulo-resposta, explica que a resposta vem logo em seguida ao estímulo, demonstrando que a probabilidade do fato resposta ocorrer é proporcional e contínuo ao estímulo, como resultado de uma experiência: “Hoje, a propaganda e a comunicação de massa são veículos que sem dúvida, ensinam o indivíduo a ter necessidades secundárias jamais sonhadas antes.”¹⁶⁵ Aqui, a acepção da palavra “propaganda” é empregada no sentido de publicidade, devido ao interesse econômico veiculado.

Exemplifica e fundamenta esta teoria com a teoria behaviorista do reforço, que demonstra por meio de experiências comportamentais o ciclo de interesses que emerge da satisfação dos resultados nas relações, neste caso, de consumo:

Uma criança poderá receber um reforço primário ao comer o delicioso bolo que a mãe preparou. Se a mãe então a elogiar e acariciar porque comeu e lhe garantir que assim se transformará no seu filho forte e sadio do qual a mamãe tanto se orgulha, receberá um reforçamento secundário que talvez faça com que coma mais um pedaço do bolo, não pela fome já saciada, mas pelo desejo de agradar à mãe, que, por sua vez, se sentirá reforçada em ter um filho forte e gordo. Mãe e filho, na próxima ida ao supermercado, adquirirão com prazer a mistura para fazer o tal bolo, sentindo-se altamente recompensados.¹⁶⁶

Para a psicóloga Christiane Gade, este exemplo reflete na situação comportamental consumista da mãe, que fará uma valoração dos estímulos e uma avaliação cognitiva para decidir sua identidade entre a mãe dona-de-casa tradicional, que fará o bolo em casa, e a mãe moderna, comprando o bolo nas prateleiras do supermercado. Isto

¹⁶⁵ GADE, Christiane. **Psicologia do consumidor**. São Paulo: Ed. E.P.U., 1980, p. 70.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 71.

compreenderá a satisfação secundária motivada pelo desejo de afeto e poder.

A decisão da mãe servirá de reforço ao aprendizado para as atitudes da criança, posto que a família é a primeira experiência social e civilizatória da criança, que “formará aqui não só os seus primeiros valores e crenças sobre como viver, o que vestir, o que comer, a quem freqüentar e respeitar, mas também aos preconceitos e estereótipos.”¹⁶⁷

Já a teoria cognitiva entende que a aprendizagem é resultado não da experiência, mas sim da compreensão e percepção. É a partir desta teoria que se explica a necessidade de educar a criança a consumir de forma consciente:

Alguns exemplos desta educação são: ensinar a criança a não acreditar piamente em anúncios, incentivando um espírito crítico em relação ao que é apresentado pelos meios de comunicação de massa; rir dos anúncios ridículos, fazer brincadeiras a respeito de ofertas enganosas; encorajar atividades que não custam dinheiro e, nas que custam, [...]; incentivá-la a fazer uma lista das coisas que possui para verificar se as usa; fazê-la comparar o preço do carrinho, depois de usá-lo, ao preço, digamos, de vários sorvetes, para verificar em que caso sairia ganhando. Isto, é claro, de acordo com a prontidão mental e o desenvolvimento psicológico da criança.¹⁶⁸

Deve-se ensinar que existem bons e maus anúncios, não se generalizando os aspectos negativos do que é veiculado, ensinando à criança os seus limites de consumo: “a aceitação desta limitação é a aceitação da própria condição humana. É preciso que a criança saiba que ela não se modificará ao possuir um caríssimo boneco ‘Super-homem’, porque esta posse não trará magicamente superpoderes nem alterará o *status quo*. Muito ao contrário.”¹⁶⁹

Com preocupação no debate da limitação da publicidade dirigida às crianças e adolescentes, e conhecendo os reflexos da publicidade abusiva no comportamento infantil, o Conselho Federal de Psicologia – CFP elaborou e publicou parecer, como forma de contribuição para qualificar o debate, onde sugere que adoção de políticas públicas podem ser

¹⁶⁷ GADE, Christiane. **Psicologia do consumidor**. São Paulo: Ed. E.P.U., 1980, p. 89.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 77.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 78.

a resposta às necessidades da sociedade, num contexto democrático de participação da sociedade civil. São considerações deste parecer:

1. [...] Quanto a esse mundo, podem ocorrer conflitos intrafamiliares, decorrentes da impossibilidade de os pais atenderem aos pedidos de seus filhos, pedidos às vezes decorrentes da sedução produzida pela publicidade. Pode também ocorrer de os pais, para fugir dos conflitos (ou por serem eles mesmos inspirados por padrões de consumo), gastarem seu dinheiro comprando objetos veiculados na mídia e, em consequência, deixarem de dar aos filhos coisas importantes ou necessárias para a sua educação.
2. Sendo as crianças de até 12 anos, em média, ainda bastante referenciadas por figuras de prestígio e autoridade – não sendo elas, portanto, autônomas, mas, sim, heterônomas – é real a força da influência que a publicidade pode exercer sobre elas, força essa que pode ser sensivelmente aumentada se aparecem protagonistas e/ou apresentadores de programas infantis. [...]
3. Não tendo as crianças de até 12 anos construído ainda todas as ferramentas intelectuais que lhes permitiriam compreender o real, notadamente quando esse é apresentado por meio de representações simbólicas (fala, imagens), a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro e à ilusão. Isso não se aplica a adolescentes.
4. As vontades infantis costumam ser ainda passageiras e não relacionadas entre si de modo a configurarem verdadeiros objetivos. Logo, as crianças são mais suscetíveis do que os adolescentes e adultos de serem seduzidas pela perspectiva de adquirirem objetos e serviços a elas apresentados pela publicidade.¹⁷⁰

O CFP defende a necessidade de regulação rigorosa da publicidade na proteção da criança em razão da exposição a que é submetida. Dois aspectos são relevantes: quando a criança participa ativamente da publicidade – o que seduziria ainda mais o público infantil, além do prejuízo psicológico que a própria criança-atriz sofreria; quando a criança é induzida à aquisição de objeto para satisfazer interesse adulto, a exemplo de publicidade veiculada às crianças com objetivo de comercializar um produto no dia das mães.

O parecer do CFP é no sentido que, além da relevante proteção normativa de que a criança necessita, também deve ser preparada para ser uma consumidora consciente, por meio da educação. Depreende-se ainda, que o adolescente é menos suscetível de influência publicitária que a criança, em razão do desenvolvimento cognitivo.

¹⁷⁰ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Contribuição da psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança**. Brasília, Outubro 2008, p. 19-20.

3.4 A atividade publicitária

O CONAR tem acompanhado a atividade publicitária no esforço de manter resultados éticos, como uma forma de controle não governamental. Por meio de um Código de Ética¹⁷¹, proporciona uma orientação aos publicitários no desenvolvimento das atividades.

A entidade participou da audiência pública que discutiu o Projeto de Lei nº 5.921/2001, além da audiência patrocinada pela ANVISA que visa estabelecer regulamentação para publicidade de determinados alimentos.

O Conselho¹⁷² entendeu que “as crianças e adolescentes são públicos-alvos que demandam tratamento diferenciado por parte de anunciantes e operadores de publicidade.” Mas para o CONAR as regras estabelecidas na autorregulamentação da classe que buscam a “formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes depende fundamentalmente de liberdade.” Esta liberdade que pretendem os publicitários entra em choque com o princípio que fundamenta a República, que é a dignidade da pessoa humana.

A Associação Brasileira de Anunciantes – ABA, em pronunciamento durante a audiência pública que discutiu o Projeto de Lei nº 5.921/2001, ponderou entre a necessidade de educação - que prepara a criança para viver a realidade do mundo, com senso crítico capaz de discernimento - e ainda que a previsão normativa já estabelecida no CDC seria suficiente para a proteção da criança em relação à publicidade abusiva. Por fim, exaltou o resultado negativo à sociedade de mercado em razão da eventual aprovação daquele projeto:

Precisamos de diálogo. Precisamos da combinação de leis gerais, que

¹⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.** Disponível em: <http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos_introducao_secao1.htm> Acesso em: 12 out. 2009.

¹⁷² CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001.** 18 jun. 09, Brasília-DF.

preservem a livre-iniciativa, e de normas específicas e atualizadas, que orientem as empresas e marcas a utilizar com maior responsabilidade o principal meio de sustentação da imprensa livre, de geração de riquezas para a nação e de felicidade para os consumidores.¹⁷³

Talvez uma das abordagens mais críticas encontradas quanto à atividade publicitária está nas palavras de Menna Barreto que, apesar de ser ele mesmo um publicitário, acha “interessante essa ‘ausência de autoconsciência’ numa profissão tão poderosa como a propaganda. Não conheço outra que pensa tão pouco, em extensão e profundidade, sobre si mesma”.¹⁷⁴ O autor desenvolve um raciocínio crítico da influência da atividade publicitária, a ponto de “fabricar cultura” por meio da influência generalizada e inconsciente infiltrada no cotidiano.

Isso pode ser justificado pelo fato de apenas um *outdoor* alcançar cerca de 17 milhões de pessoas numa cidade como São Paulo, em apenas 15 dias de exibição. Não bastassem as contundentes críticas à atividade, o autor descalça os profissionais publicitários de intelectualidade:

...ali não se pensa, não se questiona, não se filosofa, não se cogita sequer as conseqüências, em profundidade e extensão, da comunicação pública que produz (exceto os aspectos mais imediatistas de vendas, caso a caso). Contudo, aqueles que, na agência, realmente criam essa comunicação, principalmente quando atingem reconhecido sucesso profissional, sofrem da tal ‘culpabilidade’. Não criam, pois, psicologicamente em vão.¹⁷⁵

Isso define o porquê este autor¹⁷⁶ diz que o que se aplica na atividade publicitária é pura técnica de criação, e não inspiração, pois esta seria uma forma romântica demais para a atividade. Daí os publicitários estudarem muito o comportamento do consumidor, pois “o anúncio, graças à sua criatividade, subjuga e seduz o comprador”. A

¹⁷³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001**. 18 jun. 09, Brasília-DF.

¹⁷⁴ BARRETO, Roberto Menna. **Agência de propaganda e as engrenagens da história**. São Paulo: Summus, 2006, p. 6-13.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 9.

¹⁷⁶ *Idem*. **Criatividade em propaganda**. 11. ed., São Paulo: Summus, 1982, p.17-185.

criatividade visual de um produto pode ser o sucesso de sua aceitação pelo público, e exemplifica, dentre vários casos reais, a publicidade de um refrigerante infantil, onde foi introduzida uma chave de caixinha de música, para mostrar que o produto é alegre, fazendo com que o objeto seja o foco de todas as atenções, e não o produto que seria consumido.

O publicitário Menna Barreto não é claro quanto ao papel da atividade publicitária, pois ora fala em atividade que atua por meio de um pacto psicossocial – uma interface entre o consumidor e a publicidade - ora fala em atividade unilateral:

A propaganda é irracional, *unilateral*, discricionária, apenas pseudo-coloquial. Ela persuade, move as pessoas: através de informações, ideologicamente verdadeiras ou não; através da humanização, sincera ou não; [...] de uma atmosfera onírica, irreal, aquela atmosfera de lares felizes, de nenês, papais, mães e totós adoráveis, de juventude esfuziante em *buggies* que se despencam por praias ensolaradas, de automóveis que estacionam perto de palacetes, iates, aviões a jato particulares... Tudo o que você quer, tudo de que você gosta, tudo o que você merece – contanto que...¹⁷⁷ [grifo nosso]

Da identificação de uma suposta necessidade, ou como fala Menna Barreto¹⁷⁸ “quando o problema não existe, ainda se pode criá-lo, e isso é bom, porque a união problema/solução, não importa a ordem, é que faz soar a caixa registradora.” A atividade publicitária é capaz de encontrar a “solução”, o que motiva os publicitários estudarem o comportamento do consumidor, buscando para isso a psicologia. O autor exemplifica como caso de necessidade criada o uso do isqueiro, da bússola em automóveis de passeio, ponteiros luminosos em relógios, onde “muitos dos exemplos de criatividade em propaganda estão relacionadas a equações como essa, em que os problemas são muito mais psicológicos do que práticos, e muito mais ‘criados’, impingidos, do que espontaneamente nascidos na vida de cada um de nós”.

Existem facilidades no mundo capitalista, e cada vez mais globalizado, para

¹⁷⁷ BARRETO, Roberto Menna. **Criatividade em propaganda**. 11. ed., São Paulo: Summus, 1982, p.120.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p.78-80.

manipular a vontade do consumidor, invertendo os valores entre o necessário e o útil ao consumidor, pois a “indústria cria produtos basicamente iguais. As lâmpadas acendem, os óleos lubrificam, os desodorantes desodorizam. Em milhões de casos, o que vai destacar um produto dos outros são... boas idéias – expressas em *marketing* criativo.”¹⁷⁹ E o que justifica isso tudo é a explosão demográfica pós Revolução Industrial.

A Associação Brasileira de Agências de Publicidade - ABAP, na audiência pública que debateu o Projeto de Lei nº 5.921/2001, lembrou que o Brasil possui cerca de 60 milhões de habitantes na faixa de 0 a 17 anos, enquanto adota o modelo capitalista com políticas socioeconômicas de inclusão e de ascensão das classes.

Nesse contexto, a Agência diz que o papel da publicidade é uma forma de acesso dos indivíduos às marcas e aos produtos de qualidade, como forma da cultura do consumo formar melhores cidadãos. Baseia-se que a limitação da publicidade existente no Brasil até o momento já é suficiente para controlar a atividade, alcançada por três normas: a CF, o CDC e a autorregulamentação do CONAR.

Elencou as normas de limitação publicitária estabelecidas em diversos países, com os mais diversos tratamentos sobre o assunto. Utilizou como paradigma a Suécia, comparando a norma daquele país de maneira pejorativa, numa abordagem crítica ao Projeto de Lei. Apontou diversos aspectos sociais enfrentados pela sociedade sueca, que considerou reflexo da proibição da publicidade para crianças. Falou que a publicidade televisiva naquele país foi proibida, enquanto, na verdade, é limitada, e só pode ser exibida a partir de 21 horas:

[...] adotou um modelo que absolutamente proibiu a publicidade dirigida para crianças até 12 anos [...] a criança sueca não é exposta à publicidade [...] e isso evidentemente teve conseqüências, eu também acho importante que vocês vejam o que aconteceu no país em função disso. Hoje, na Suécia,

¹⁷⁹ BARRETO, Roberto Menna. **Criatividade em propaganda**. 11. ed., São Paulo: Summus, 1982, p.104.

o suicídio já é uma verdadeira epidemia. Três vezes mais mortes do que as causadas por acidentes de trânsito: 1.500 por ano. É o país com o maior número de suicidas no mundo. Por propriedade, no grupo etário entre 14, 15 e 44 anos, o suicídio é a principal causa de morte. A depressão é a maior causa do suicídio dos idosos. O alcoolismo é a principal causa de suicídio dos jovens. As maiores taxas de suicídio se dão entre os salários mais baixos e os empregos de menor prestígio [...]. O número de abusos contra crianças é de 49% maior do que nos Estados Unidos. Dá para perceber aqui, realmente, não sei se a causa e efeito é absolutamente clara, mas nitidamente se percebe que nem tudo é tão simples quanto parece.¹⁸⁰ [!]

Por fim, a Agência pede que o Brasil não adote a proposta do Projeto de Lei nº 5.921/2001 por entendê-la uma atitude totalitária, sendo que a possibilidade de adotar medidas equilibradas e razoáveis para limitar a publicidade seria menos radical como o que ocorreu na Suécia. Indicou aquele país como um parâmetro ineficaz e radical anti-publicidade por proibir qualquer publicidade dirigida para a criança de até 12 anos de idade.

O entendimento daquela Agência, fazendo referência a problemas sociais sofridos naquele país, tais como suicídio, depressão, alcoolismo e abusos contra crianças, não indicou quaisquer fonte de estudo ou pesquisa científica que possa fundamentar a relação de causa e consequência.

Em ato contínuo, o Ministério Público Federal criticou a fundamentação do publicitário como sendo uma abordagem desacertada dos aspectos que eventualmente poderiam resultar da limitação à publicidade voltada ao público infantil. Recomendou a consolidação do projeto em lei, para ampliar as garantias de proteção integral à criança, embora reconheça a existência de norma positivada. A aprovação do projeto pormenorizaria a publicidade abusiva, e isso traria maior segurança não só aos órgãos de controle, mas também ao Judiciário e aos próprios fornecedores. Isso daria maior segurança jurídica até mesmo àqueles que atuam na atividade publicitária e buscam desenvolver um trabalho ético.

¹⁸⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001**. 18 jun. 09, Brasília-DF.

3.5 Considerações sobre o tema

Existem elementos normativos suficientes no sistema brasileiro para a proteção da criança frente à publicidade. Mas é em razão de ser um indivíduo em desenvolvimento e ainda, dos aspectos cotidianos que envolvem a criança - como a falta de educação para o consumo consciente, a atuação largamente persuasiva da publicidade e a falta de previsão de critérios objetivos para a identificação das qualidades de uma publicidade abusiva -, é que foi proposto o Projeto de Lei nº 5.921/2001.

Alguns conceitos que contornam a atividade publicitária são necessários para uma visualização didática do tema, que trata da proteção legal e integral da criança enquanto consumidora, além da discussão quanto à ampliação de legislação desta proteção.

Existem publicações sobre o assunto, além de debates, palestras e audiências públicas, mas ainda assim resta precária qualquer fundamentação científica quanto à necessidade de acrescentar ou não norma à legislação vigente.

Não foi apresentada nenhuma pesquisa científica sobre o comportamento da criança em relação aos reflexos da publicidade, no contexto social, econômico e cultural brasileiro, que sustentasse um embasamento para a decisão dos parlamentares. Os argumentos propostos nos debates que defendem os diversos pontos de vista, seja dos legisladores, publicitários, doutrinadores ou psicólogos, girou em torno de comparações com estudos e normas estrangeiras.

No Brasil o debate encontra amparo em breves análises formuladas em determinadas áreas, como a questão da publicidade de medicamentos, preocupação esta da ANVISA, por ser uma questão de saúde pública. Há uma legislação específica para este tipo

de publicidade. Não prescinde, entretanto, embasamento no tratamento normativo alienígena, amparo maior para justificar a intenção de acrescentar à legislação pátria, e também alvo de severas críticas por aqueles que esperam pela não aprovação do Projeto.

Se, por um lado, Herman Benjamin considera necessária a ampliação de norma que complemente o “piso mínimo” do CDC para proteger as relações de consumo, por outro lado este mesmo doutrinador lembra que o §2º, art. 37 do mesmo instrumento é uma norma aberta constituída de princípios, que se aplicam conforme o caso concreto. É o que Paulo Valério Dal Pai Moraes chama de técnica da Tópica.

Além disso, depreende-se do art. 39, IV combinado com o art. 6º, IV que há uma “vedação” da publicidade dirigida à criança, por ser um elemento constitutivo das relações de consumo, portanto, atividade por si só abusiva em razão do notório e acentuado desequilíbrio da relação jurídica.

Em relação aos legisladores, que até o momento muito têm refletido quanto ao conteúdo que será levado à normatização - afinal, já se passaram nove anos desde a proposição do Projeto de Lei nº 5.921/2001. E não é para menos que esse Projeto já recebeu diversos substitutivos, e sequer extrapolou os limites da Câmara dos Deputados. Isso é uma demonstração sóbria da dificuldade em decidir tema tão delicado, que mexe com interesses não só econômicos do setor produtivo ou mesmo dos veículos de comunicação, como também é uma questão de transformação do contexto social e cultural, no sentido de dar efetividade na proteção integral da criança.

De outra ótica, os psicólogos estudam os comportamentos e a influência que a publicidade tem sobre os interesses da criança. As escolhas de consumo não são pelas necessidades, mas sim, pelo que a publicidade diz ser necessário ao ditar as regras de moda,

alimentares, costumes e conduta.

Quanto aos discursos e argumentos dos mais variados setores de produção – publicitários, industriais, associações, fornecedores, anunciantes – denotam um contrapeso argumentativo frágil, porém, político e economicamente influentes nas intenções da não aprovação do Projeto de Lei, que busca ampliar a matéria de que trata o artigo 37 § 2º do CDC, para impor limites à publicidade qualificada como abusiva.

Seus argumentos são superáveis. Utilizam como subterfúgio um discurso aterrorizador de que o fim da publicidade dirigida à criança as levará ao suicídio e outros problemas de saúde pública, chegando a utilizar como parâmetro a Suécia, país que proibiu a publicidade dirigida à crianças de até 12 anos. Sequer houve alguma referência de estudos que embasassem essa quimera, ou algo que possa fundamentar a relação de causa e consequência.

Outro argumento daqueles que rejeitam o Projeto de Lei é de que a limitação da publicidade seria uma limitação à liberdade de expressão. Isto não prospera, pois a liberdade de expressão é princípio constitucional que resguarda direitos individuais e não objetiva resguardar interesses econômicos:

Em todos os textos doutrinadores sobre liberdade de expressão há apenas referências a povo, cidadão e indivíduo, pois todos são inspirados em ideais iluministas. Em que momento da História foi dada a procuração em branco para que empresas, grupos ou conglomerados de mídia falassem em nome de todos? Quem tem como objetivo principal visar o lucro, somente utiliza o discurso/escudo da liberdade e da democracia quando quer maquiagem seus interesses particulares.¹⁸¹

A proposta da publicidade é meramente consumista, é vender produtos, e deve ser controlada e fiscalizada. Além disso, e antes de qualquer argumento, a dignidade da

¹⁸¹ REBOUÇAS, Edgard. O discurso/estudo da liberdade de expressão dos “donos” da mídia. *In*:. CHAGAS, Claudia Maria de Freitas. et al. (Org.). **Classificação indicativa no Brasil: desafios e perspectivas**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2006, p. 95-106.

pessoa humana e a proteção integral da criança são princípios predominantes.

Os publicitários alegam censura à liberdade de expressão, princípio constitucionalmente protegido. Quanto a este aspecto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, pondera sobre o princípio previsto no inciso X, artigo 5º da CF/88, da dignidade da pessoa humana, que prevalece sobre a liberdade de expressão:

Aqui se trata não de uma proibição de intervenção legislativa, mas de um caso claro de reserva legal qualificada que quer dizer que a lei não deve dispor sobre este tema, a não ser se quer proteger tais ou quais valores enunciados no texto constitucional [...] uma das funções da reserva legal, especialmente a qualificada, é de evitar que se manifestem ou se proliferem ou se banalizem os casos de colisões dos chamados conflitos de direitos individuais, dando ao legislador este poder de racionalização, [...] podemos chegar a um quadro irônico, depois da ADPF que julgou procedente integralmente o pedido e rejeitou, portanto, a existência de qualquer lei de imprensa, e podemos apostar num Mandado de Injunção ou numa Ação Direta por Omissão, pedidos para que determinado tema ligado à questão liberdade de expressão, e seus limites, seja regulado pelo legislador, ou eventualmente a sua omissão seja suprida pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁸²

Novamente argumentando contra a aprovação do Projeto de Lei, alegam os publicitários que haverá uma suposta “alienação” da criança se a publicidade deixar de ser dirigida a elas. Isso é um sofisma. Basta alçar um olhar breve sobre as gerações passadas, que sequer tinham acesso à televisão, ao rádio, quem dirá à *internet*. São estes quem estão nos bancos acadêmicos, no governo, na política, no parlamento, na indústria, na própria atividade publicitária. E não são alienados.

Em relação à execução de política pública de educação para o consumo, antes de qualquer coisa, como disse a psicóloga Christiane Gade, enquanto a criança não for educada para o consumo, ela deve ser protegida. Esta proteção está na legislação vigente.

A definição de resultados dos reflexos da persuasão publicitária é o

¹⁸² GLOBO UNVERSIDADE. **Seminário Mídia e Liberdade de Expressão**. Brasília-DF, 06 out. 2009.

fundamento para sua limitação de forma preventiva. Não é singularmente a publicidade a preocupação maior, mas sim o complexo sistema de técnicas persuasivas como instrumento de *marketing* que deve ser adequado ao público infantil, e o alvo de sua intenção comercial deve ser àqueles com poder de decisão de compra, isto é, o adulto que cuida dos interesses da criança.

É necessário proporcionar proteção integral à criança frente à publicidade abusiva, considerando a importância da hipervulnerabilidade que lhe é peculiar perante as relações de consumo e a principiologia humanista da Carta Magna pátria.

O conteúdo e o alcance humanista da CF/88 falam por si quando a preocupação é a proteção integral da criança. O CDC e o ECA só vêm a reforçar o que já é previsto nos princípios constitucionais. As normas vigentes, apesar de proporcionarem essa proteção, carecem de efetiva aplicação.

As reflexões sobre esse tema durante a pesquisa instigou à formalização de novas abordagens na área. Assim, novo projeto de pesquisa foi apresentado à Assessoria Acadêmica do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, e está sendo desenvolvido junto ao Fundo de Apoio à Pesquisa – FAP/DF e Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. O trabalho, intitulado “Direito do Consumidor: um estudo da influência da publicidade sobre a escolha dos alimentos na infância”, com previsão para conclusão em dezembro/2010, é desenvolvido por alunos de uma escola pública - Centro Educacional GISNO, co-orientados voluntariamente por um graduando em Direito e orientados por um professor pesquisador do Centro Universitário. Tem o objetivo de incentivar os alunos do ensino médio na escolha profissional, acrescer conhecimentos e debates jurídicos, além do fomento à pesquisa científica.

CONCLUSÃO

O tema apresentado é amplo e por mais que se procure delimitá-lo, deve-se abordar a interdisciplinaridade existente entre as áreas do direito, da psicologia e da publicidade.

Considerados os aspectos comportamentais influenciados pela publicidade, concluiu-se que a atividade reflete nas relações jurídicas de consumo, além das sociais, culturais, educacionais, econômicas e políticas, por ser um instrumento de persuasão consumista. Os diversos instrumentos que a publicidade utiliza devem ser levados em conta, razão pela qual o CDC veda certos mecanismos, a exemplo da mensagem subliminar.

É notório o desequilíbrio na relação de consumo entre crianças e anunciantes. A publicidade, como instrumento persuasivo e motivador do consumo, tem o objetivo de explorar comercialmente o interesse do consumidor, sobretudo àquela voltada ao público infantil. É ação fartamente vantajosa em relação ao desenvolvimento cognitivo pueril. Tem caráter abusivo, eis que é injusto e deve ser limitado e controlado.

O elemento persuasivo da publicidade é natural e intrínseco, daí a busca para identificar àquela que, por si só é abusiva. Não há como delimitar objetivamente todos os aspectos de uma publicidade para qualificá-la como abusiva ou não. No caso desta pesquisa, verificou-se que para ser caracterizada como abusiva basta que seja direcionada à criança.

O que há por trás da aparentemente simples publicidade é o fornecedor com sofisticado aparato tecnológico - profissionais de *marketing*, publicitários, equipe de

pensadores, investimentos bilionários, planejamentos, estudiosos com seus diplomas e atributos - dialogando com a criança, convencendo-a a comprar seus produtos. Proteger a criança integralmente, inclui priorizar sua educação e desenvolvimento cognitivo para que perceba esse caráter persuasivo.

Por outro lado, o consumidor, em especial a criança, é alvo de mensagens e estímulos de toda sorte, e, como sujeito passivo, recebe a informação que lhe é entregue fortuitamente. O que lhe resguarda são as leis e os órgãos de controle.

A legislação vigente, sobretudo a CF/88 e o ECA têm papel essencial na proteção legal, absoluta e integral da criança, enquanto o CDC a cuida como consumidora, digo, sujeito de relação de consumo. Existem formas de controle da publicidade que visam regular a atividade, mas é a legislação vigente que possibilita a proteção da criança, enquanto detentora de hipervulnerabilidade nas relações de consumo.

A autorregulamentação publicitária é uma forma sutil de controle que não alcança efetividade. A falta de poder de coerção e o caráter meramente orientador furtam-lhe a possibilidade de manter seu papel no controle da publicidade. Apesar disso, não há óbice da sua atuação, adjacente ao controle legal da publicidade.

Não é a publicidade de produtos infantis em si que deve sofrer limitação, mas a publicidade deverá ser dirigida para quem cuida dos interesses da criança. De toda forma, a publicidade infalivelmente continuará presente no cotidiano das relações jurídicas de consumo, influenciando as decisões de compra.

A discussão sobre possível ampliação da norma do CDC com objetivo de proibir a publicidade ao público infantil, trouxe a participação de diversos segmentos da

sociedade, com variadas opiniões e interesses – jurídicos, econômicos, políticos, educacionais e legais. As vertentes de argumentos são divergentes e procuram defender ou refutar a aprovação do Projeto de Lei 5.921/2001, que visa dar ênfase na efetividade da proteção integral à criança em relação à publicidade abusiva.

O Projeto de Lei é uma proposta desnecessária à proteção da criança frente à publicidade abusiva. Existe legislação vigente suficiente para proteger a criança integralmente.

Embora não haja impeditivo em ampliar a norma do CDC, para aprovação do Projeto de Lei deverá ser observado que quanto mais especificada ou pormenorizada for a norma, maior será a limitação de sua incidência em casos concretos. Os moldes dos códigos napoleônicos há muito já foram ultrapassados. Bastam os princípios valorativos já estabelecidos constitucionalmente, abarcados no CDC (hipervulnerabilidade) e no ECA (proteção integral, melhor interesse, prioridade absoluta) para garantir proteção à criança frente à publicidade.

Com base na pesquisa realizada, conclui-se que o Brasil possui legislação suficiente para proteger a criança em relação à publicidade, que é classificada como abusiva sempre que é voltada ao público infantil. Os princípios valorativos constitucionais, instituídos nas normas infraconstitucionais, especificamente o CDC e o ECA, dão à criança proteção integral e absoluta. Eis o guarda-chuva protetivo.

Consolidar a ampla proteção à criança, respeitando sua condição de indivíduo em desenvolvimento, em razão da publicidade abusiva é um exercício de políticas públicas, e não legislativo. Um dos caminhos para isso são as ações de educação para o consumo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. *In*: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANVISA. **Audiência pública de discussão da regulamentação da publicidade de alimentos direcionada a crianças**. 20 ago. 2009, Brasília-DF.

_____. **Projeto Educanvisa 2009 promove a saúde nas escolas**. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2009/240409.htm>> Acesso em: 25 out. 2009.

_____. **Propaganda de Produtos Sujeitos à Vigilância Sanitária**. Disponível em: <http://anvisa.gov.br/propaganda/consulta_71_2006.htm> Acesso em: 22 ago. 2009.

_____. **Resolução da Diretoria Colegiada, RDC Nº 1, de 11.01.2007**. Disponível em: <<http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=25400>> Acesso em: 22 ago. 2009.

BARRETO, Roberto Menna. **Agência de propaganda e as engrenagens da história**. São Paulo: Summus, 2006.

_____. **Criatividade em propaganda**. 11. ed., São Paulo: Summus, 1982.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., nº 09, 1994.

BITTAR, Eduardo C. B. Contribuições para a crítica da consciência consumista e acerca da construção dos direitos do consumidor. *In*: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BONATTO, Cláudio, **Código de Defesa do Consumidor: Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 26 fev. 2010.

_____. Lei nº 8.069, de 13/07/90. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. DOU de 16/7/90 e Retificada em 27.9.90.

_____. Lei nº 8.078, de 11/09/90. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicada no DOU de 12.9.90 (Ed. Extra).

_____. Lei nº 9.294, de 15/07/96. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Publicada no DOU de 16.7.96

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001. 18 jun. 2009, Brasília-DF.

_____. Projeto de Lei nº 5.921/2001. Disponível em:
<http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=43201>. Acesso em: 20 ago. 2009.

CANNON, Geoffrey. Onde vamos começar? *In*: RICHTER, Hildegard Bromberg (Org.). **Um assassinato perfeitamente legal: nossa alimentação.** 4. ed. São Paulo: Paulus, 2007.

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva. 2001.

CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Contribuição da psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança.** Brasília, Outubro 2008.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.** Disponível em:
<http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos_introducao_secao1.htm>
Acesso em: 12 out. 2009.

DATA FOLHA. **Consumismo na infância.** Disponível em: <
http://www.alana.org.br/banco_arquivos/Arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/consumismo_infantil_final.pdf> Acesso em: 22 mar. 2010.

DIÁRIO DE CANOAS. **PepsiCo anuncia fim da venda de refrigerantes com açúcar a escolas.** Disponível em:
<http://www.diariodecanoas.com.br/site/noticias/noticias_interna,canal-8,ed-60,ct-684,cd-248544,edb-255+248+27+250.htm> Acesso em: 18 mar. 2010.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor**. São Paulo: E.P.U., 1980.

GIACOMANI FILHO, Gino. **Consumidor Versus Propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991.

GLOBO UNVERSIDADE. **Seminário Mídia e Liberdade de Expressão**. Brasília-DF, 06 out. 2009.

HENRIQUES, Isabella Vieira Macedo. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

IDEC. **Idec critica mudanças aprovadas para publicidade infantil**. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=2085>> Acesso: em 25 out. 2009.

_____. **Educação e consumo**. Disponível em: <http://www.idec.org.br/areas_categoria.asp?categoria=7> Acesso em: 29 out. 2009.

INSTITUTO ALANA. **O instituto**. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/Institucional/Instituto.aspx>> Acesso em: 10 nov. 2009.

_____. **Criança, a alma do negócio**. Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 13 set. 2009.

_____. **Empresas anunciam restrição de publicidade de alimentos para crianças**. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/NoticiaIntegra.aspx?id=6324&origem=23>> Acesso em: 29 ago. 2009.

_____. **Mesa redonda: publicidade de alimentos dirigida ao público infantil**. 10 mar. 2009, São Paulo-SP.

IRELAND, Corydon. O que sabem os médicos a respeito do elo entre nutrição e doença? *In*: RICHTER, Hildegard Bromberg (Org.). **Um assassinato perfeitamente legal: nossa alimentação**. 4. ed. São Paulo: Paulus, 2007.

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

MALTEZ, Rafael Tocantins. **Publicidade subliminar**. 2009. 423f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos ;MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais**: introdução aos parâmetros curriculares nacionais, 1997. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000017.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2009.

_____. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais**: terceiro e quarto ciclos do ensino fundamental, 1998. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/introducao.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Políticas de Saúde. **Políticas intersetoriais em favor da infância**: guia referencial para gestores municipais. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Termo de ajustamento de conduta**. Disponível em: <http://ccr3.pgr.mpf.gov.br/atuacao_mpf/Tacs/ajustamento-de-condutas>. Acesso em: 26 fev. 2010.

MOMBERGER, Noemí Friske, **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de**

Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PINHO, José Benedito, **Comunicação em marketing:** princípios da comunicação mercadológica. 5. ed. Campinas: Papirus, 2001.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República. **Instrução Normativa nº 2, de 20 de fevereiro de 2006.** Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/Subsecretaria/instrumentos/>, Acesso em: 09 out. 2009.

REBOUÇAS, Edgard. O discurso/estudo da liberdade de expressão dos “donos” da mídia. *In.*: CHAGAS, Claudia Maria de Freitas. et al. (Org.). **Classificação indicativa no Brasil:** desafios e perspectivas. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2006.

SILVA, Marina. **Quando o comprar substitui o brincar.** Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI3826439-EI11691,00.html>> Acesso em: 25 ago. 2009.

SOUZA, Maurício de. **A Turma da Mônica em:** o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.fundacaofia.com.br/ceats/eca_gibi/capa.htm> Acesso em: 09 jan. 2010.

ÚLTIMO SEGUNDO. **Empresas alimentícias vão restringir publicidade a crianças.** Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2009/08/25/apos+acordo+entre+empresas+alimenticias+publicidade+fica+restrita+a+criancas+8087929.html>> Acesso em: 10 nov. 2009.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Observatório de Políticas de Segurança Alimentar e Nutrição. **Monitoramento de Propaganda de Alimentos Visando à Prática da Alimentação Saudável.** Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fs/opsan>> Acesso em: 20 jan. 2010.