



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Curso de Direito

MARCELA HOFFMANN MELUCCI

**A PROTEÇÃO LEGAL INFANTIL EM FACE DO ABUSO
PUBLICITÁRIO DA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**

Brasília

2018

MARCELA HOFFMANN MELUCCI

**A PROTEÇÃO LEGAL INFANTIL EM FACE DO ABUSO
PUBLICITÁRIO DA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito, sob a orientação do Prof. Danilo Porfírio pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Brasília

2018

MARCELA HOFFMANN MELUCCI

**A PROTEÇÃO LEGAL INFANTIL EM FACE DO ABUSO
PUBLICITÁRIO DA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito, sob a orientação do Prof. Danilo Porfírio, pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Brasília, data.

Banca examinadora

Prof. Danilo Porfírio

Prof.

Prof.

Brasília

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me assistiram durante os cinco anos de graduação. Primeiramente ao professor Danilo Porfírio, por ter aceitado me orientar e pela paciência e sabedoria ao me guiar no desenvolvimento deste trabalho. Aos meus professores, pelos ensinamentos, e aos colegas, por me incentivarem a continuar nos momentos difíceis. Por fim, à minha família, meu amor e a base de tudo.

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial acerca do tratamento protecionista que é dado às crianças, tendo em vista sua vulnerabilidade presumida, em face do abuso publicitário que elas sofrem diante das propagandas de alimentos nocivos à saúde. Com a Revolução Industrial, a indústria alimentícia cresceu, e junto com ela, a necessidade de uma divulgação maior dos alimentos produzidos. Hoje, o público infantil está praticamente sufocado pela quantidade de propagandas que o cerca. Essa é uma das razões pelas quais os índices de doenças crônicas não transmissíveis, como a obesidade, estão subindo, principalmente entre crianças e adolescentes, preocupando órgãos nacionais e internacionais de saúde. Tornou-se praticamente um consenso mundial que a regulação da publicidade de alimentos é a melhor estratégia para combater esse problema. As propagandas visam não apenas influenciar nas escolhas alimentares, mas principalmente já fidelizar consumidores para a vida inteira enquanto ainda são crianças, se aproveitando da vulnerabilidade desses indivíduos que se encontram em fase de desenvolvimento. Os objetos preferenciais são alimentos de produção barata: ultraprocessados, industriais, pouco frescos e com altas quantidades de açúcar, gorduras e sódio. Desde 2010, organizações internacionais de saúde, como a OMC, vem apresentando recomendações aos governos para reduzir a exposição das crianças à publicidade desses alimentos. A autorregulamentação que já existe no setor não está funcionando. Até hoje, as medidas de iniciativas de regulação das propagandas não estão sendo suficientes, poucas ações conseguem se mostrar efetivas para frear o massivo marketing das indústrias. Apesar da proibição da propaganda abusiva prevista no CDC, a falta de regulação específica acaba prejudicando a eficácia da lei. A movimentação internacional em torno do tema motivou a Anvisa a criar e publicar a primeira regulação sobre a publicidade de alimentos, mas foi logo suspensa em razão da pressão de diversos industriais do setor alimentício e publicitário. O problema é que os órgãos fiscalizadores não têm forças suficientes para colocar as regras do CDC em prática devido ao poder que os segmentos da publicidade e alimentação têm na economia. Eles alegam que os órgãos não possuem competência legal para legislar e regular a publicidade, e que isso estaria ferindo a liberdade de expressão das empresas. No entanto, esses argumentos são contestados por juristas renomados e pesquisas científicas da área de saúde pública que evidenciam as causas das doenças. O caminho para alcançar a garantia dos direitos dos consumidores e a proteção das crianças ainda é longo, e mesmo com a conscientização gradual da sociedade, é urgente a necessidade de aprovação de uma regulação mais específica e concentrada.

Palavras chaves: propaganda abusiva, publicidade infantil, indústria de alimentos, abusividade, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DA PROPAGANDA ABUSIVA, CARACTERÍSTICAS E EFEITOS	8
1.1 Conceito de publicidade e propaganda	8
1.2 A diferença entre propaganda, promoção de vendas e vendas por amostragem.....	11
1.3 Propaganda enganosa e abusiva	13
1.4 Os preceitos de direito violados pela propaganda	18
2 DA TUTELA DA CRIANÇA E A MANIPULAÇÃO DAS INFORMAÇÕES NA PROPAGANDA ABUSIVA	23
2.1 Princípios de tutela da Criança.....	23
2.2 Da vulnerabilidade da criança	26
2.3 A propaganda destinada ao público infantil.....	29
3 A PROPAGANDA INFANTIL E A INDÚSTRIA DE ALIMENTOS	35
3.1 A oferta de alimentos.....	35
3.2 Políticas de controle sobre a publicidade de alimentos.....	38
3.2.1 <i>Anvisa: A Consulta Pública n° 71 e a Resolução da Diretoria Colegiada n° 24/2010</i>	39
3.2.2 <i>O Poder Legislativo</i>	45
3.3 A jurisprudência no Brasil	46
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

É notório que o índice de doenças crônicas não transmissíveis, como a obesidade, vem crescendo exponencialmente pelo mundo e preocupando órgãos nacionais e internacionais de saúde. Tem se constatado que isso se deve aos altos níveis de açúcar, gordura saturada, gordura trans, sódio e aditivos químicos presentes nos alimentos industrializados, sempre com baixo teor nutricional.

Além da indústria alimentícia, que usa ingredientes cada vez mais baratos, viciantes e nocivos à saúde na fabricação desses alimentos, é possível perceber a grande influência da indústria da propaganda, que dispõe de técnicas científicas muito avançadas de persuasão, tendo enorme poder sobre o público consumidor esses produtos.

Trata-se de uma “epidemia” generalizada, mas que traz especial preocupação para um certo público, eivado de fraquezas e vulnerabilidades, que acaba por sofrer muito mais nas mãos desse dois gigantes econômicos: as crianças. A quantidade de alimentos fabricados e propagandas destinadas aos infantes é surpreendente. Por isso, a problematização deste estudo está na falta de regulamentação eficiente sobre as propagandas publicitárias de alimentos nocivos à saúde que tem como alvo o público infantil. Uma nova normatização bem mais específica se provaria essencial contra a abusividade dessas propagandas.

A metodologia utilizada no trabalho será dedutiva, de pesquisa bibliográfica.

A primeira parte será uma aprofundada conceitualização sobre a propaganda, inicialmente trazendo a acepção histórica da definição para assim conseguir diferenciá-la da publicidade. Serão abordados alguns outros instrumentos mercadológicos de vendas e então a análise da propaganda enganosa e abusiva com a legislação pertinente disposta no Código de Defesa do Consumidor. Finalmente, serão estudados os preceitos de direito que a propaganda abusiva viola.

No segunda parte, será introduzida a matéria pertinente à tutela da criança, no que tange sua proteção frente a manipulação que objetiva ganhos

econômicos. Serão investigados os princípios de tutela existentes nessa esfera, e todas as características infantis que fazem com que as crianças e adolescentes sejam considerados vulneráveis e merecedores de proteção mais rígida. Também será analisada a propaganda destinada à esse público, que na sua essência, traz maliciosamente métodos e técnicas avançadas para atingir a fidelização desses consumidores.

Por fim, a terceira e última parte investigará o posicionamento administrativo e jurisdicional sobre a tutela dos direitos da criança na propaganda e oferta de alimentos de baixo teor nutricional. Será feita uma análise sobre as mais relevantes políticas públicas e tentativas de controle e de regulação limitativa da indústrias alimentícia e publicitária. Ao final, será estudado qual papel a justiça está desempenhando nessa batalha, e o posicionamento dos tribunais superiores em casos julgados recentemente.

1 DA PROPAGANDA ABUSIVA, CARACTERÍSTICAS E EFEITOS

1.1 Conceito de publicidade e propaganda

Uma oferta publicitária é multidirecionada, pública e atinge uma coletividade que não se pode controlar. O vetor da publicidade é atrelar ao produto ou serviço às ideias de felicidade, sucesso, saúde, *status* social, beleza, etc. Com esse apelo, a publicidade usa esse conjunto de valores para o convencimento de seu público. É de interesse da coletividade que seu regramento seja eficiente na tarefa de protegê-la contra abusos, notadamente porque ela interfere no processo de escolha de um grupo social, determinando o que ele é e virá a ser.

A palavra *publicidade* deriva do termo latim *publicus*, não no âmbito da dicotomia entre público/privado, que diferencia as propriedades particulares e do Estado, mas no sentido de tornar algo público, levando ao conhecimento geral. É a propagação de informação.¹

Do ponto de vista mercadológico, Lucia Ancona Dias conceitua a publicidade como o: “meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo”². Nesse sentido, é por meio da publicidade que se leva a conhecimento dos potenciais consumidores a existência e as qualidades dos produtos e serviços que estão sendo oferecidos no mercado, para que assim sejam examinados e eventualmente adquiridos por eles.

Para Antônio Herman Benjamin, publicidade é “qualquer oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivado, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços, com utilização de informação e/ou persuasão”, e para Maria Elizabete Vilaça Lopes, “o conjunto de meios destinados a informar o público e convencê-lo a adquirir um bem ou serviço”.³

¹ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21

² DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21

³ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva: Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 67

São dois os elementos essenciais da publicidade: a informação e a difusão. O primeiro é seu meio de expressão, elemento material e conteúdo. O segundo, seu elemento finalístico.

Quando é dada publicidade a uma certa mercadoria, o produto não está somente sendo levado ao conhecimento do público, ele está criando, por meio dela, interesse nos consumidores, provocando seu ânimo por uma aquisição onerosa. Diante desse objetivo econômico da publicidade é que se encontra o motivo da sua regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor, que busca evitar abusos por parte dos fornecedores.

Os termos “publicidade” e “propaganda” são, na prática comercial, muito utilizados indistintamente desde a Revolução Industrial, sob a influência do desenvolvimento das relações de comércio e da diversificação da produção. Apesar de possuírem históricos e conceitos distintos, na medida que são atividades diferentes e possuem características de linguagens diversas. Cumpre-se, então, fazer uma diferenciação suplementar.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – CBAP, instrumento corporativo, define a publicidade e a propaganda como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias. Esse suporte não faz qualquer distinção objetiva quanto aos dois termos, mesclando seus pressupostos.

Como dito anteriormente, a publicidade possui ânimo econômico, sendo uma prática ensejadora de consumo, despertando a vontade de aquisição de bens e serviços, estimulando vendas, influenciando no estilo de vida das pessoas e fazendo circular o capital.

Por outro lado, a propaganda não possui intuito econômico, apesar da conceituação do CBAP.

A seu turno, a propaganda teve um significado histórico um pouco diverso. Deriva do latim *propagare*, que por sua vez, deriva de *pangere*, que significa enterrar, plantar, mergulhar, ou seja, “inserir” doutrinas ou princípios. Ela surgiu com a finalidade de influenciar a adesão às ideias políticas, religiosas e cívicas, retomando àquela ideia de propagação já citada. Ela teve origem eclesiástica, com a

criação de um órgão do Vaticano no século XVI, que visava proteger a religião. Esse órgão se chamava *Congregatio de Propaganda*, era uma congregação que tinha a função de difundir, alastrar, disseminar e propagar a fé católica pelo mundo. Apenas no século XIX é que a propaganda passou a ter o intuito de divulgar bens e serviços, adquirindo significado econômico.⁴

Para alguns doutrinadores, a propaganda pode ser dividida em propaganda promocional (de venda) e propaganda institucional. A primeira é aquela cuja intenção básica é o convencimento do público para a aquisição do bem ou serviço, como acontece nos anúncios de televisão que divulgam/oferecem alguma marca ou produto. A propaganda institucional é aquela que apresenta teor apenas informativo, dando publicidade à filosofia, aos objetivos de alguma empresa, dando conhecimento e informações que faça o público gostar indiretamente da marca, agregando ao seu nome.

Desta forma, como observam Rabaça e Barbosa, o conceito de propaganda:

“esteve essencialmente ligado a um sentido eclesiástico até o século XIX, quando adquiriu também um significado político (continuando, todavia, a designar o ato de disseminar ideologias, de inculcar uma ideia, uma crença na mente alheia)”.⁵

Segundo eles, a palavra publicidade:

“... adquiriu, no século XIX, um significado também quando então passou a designar qualquer forma de divulgação de produtos e serviços através de anúncios geralmente pagos e veiculados sob a responsabilidade de um anunciante identificado, com objetivos de interesse comercial”.⁶

A pequena diferença entre publicidade e propaganda está então, nas suas finalidades diversas. A propaganda aparece com intuito de difusão de alguma ideia, podendo ela ser política; religiosa; social; filosófica, etc., enquanto a publicidade traz o intuito e a ambição econômica, tornando algum produto ou serviço

⁴ PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na Internet: Consequências Jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 47

⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 22

⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 22

público, despertando, nos potenciais consumidores, o interesse pelo o que está sendo anunciado.⁷

Em meio a tais conceitos e diferenciações, a publicidade e a propaganda ainda são muito confundidas na prática, o que não é de tão grave dano, tendo em vista que até mesmo a nossa legislação, em alguns casos, as utiliza indistintamente. Até mesmo a Constituição Federal é indiferente a tal catálogo terminológico, embora trate, cada uma delas, com precisão jurídica. Antonio Herman Benjamin entende que o uso indiscriminado dos dois termos pode ser entendido não como uma falta de técnica ou imprecisão do uso das terminologias, mas como um reconhecimento; uma aceitação de que seria ineficaz recondicionar sua conceituação no uso coloquial.⁸

Importante pontuar, conforme fez a autora Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias:

“a doutrina majoritária consumerista entende que a normas de defesa do consumidor se voltariam apenas à publicidade comercial, e não à propaganda, dado que esta última não teria o pressuposto de lucro, no sentido mercantilista da palavra, para aplicação das normas que regulamentam a publicidade enganosa e abusiva. A propaganda não estaria atrelada a uma possível relação de consumo. Ganhar adesões a determinada ideia não significa aqui estimular o ato de compra de um produto, mas alastrar pensamentos e percepções de mundo, ainda que, no limite e indiretamente, este movimento possa levar a escolhas econômicas.”⁹

1.2 A diferença entre propaganda, promoção de vendas e vendas por amostragem

A propaganda é um instrumento mercadológico importante para uma empresa. Ela constitui uma estratégia, uma ferramenta para vendas, não podendo ser confundida, contudo, com uma promoção de vendas ou uma venda por amostragem.

A promoção de vendas é outro recurso mercadológico de grande importância para o estudo da defesa dos direitos dos consumidores. Segundo

⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 23

⁸ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva: Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 68

⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 23

Longo, ela consiste em “esforços de comunicação utilizados em espaço e tempo determinados, junto aos estabelecimentos e consumidores, com o objetivo de agilizar e ampliar as vendas, incrementando o volume total consumidor ou imediatizando o consumo futuro”.¹⁰

A promoção de vendas é qualquer iniciativa realizada por uma organização para promover um aumento das vendas de um produto ou serviço. Assim como a publicidade, é grande influenciadora do comportamento dos consumidores, que são influenciados pela ideia da “oportunidade”. Essa estratégia está sendo cada vez mais utilizada para realizar pretensões marqueteiras. Seu objetivo é de estimular o consumidor, ganhar cooperação dos comerciantes e motivar a força das vendas. A estratégia promocional da empresa é sempre atrativa, até mesmo para os revendedores.¹¹

É interessante abordar algumas diferenças entre propaganda e promoção de vendas, pois facilmente pensamos que ambas têm apenas o objetivo comum de aumentar vendas, mas na realidade, seus propósitos e alcances são muito distintos, embora não seja tão fácil distingui-los.

A propaganda fornece um incentivo geral para uma mudança de atitude, enquanto uma promoção incentiva uma mudança na ação. Por exemplo, o anúncio que aparece na televisão ou num cartaz mostrando uma foto apetitosa de um sanduíche irá influenciar o consumidor a trocar seu almoço convencional por aquela outra refeição. Por outro lado, se um consumidor da lanchonete, que já estava comprando o sanduíche, visse uma promoção dizendo que por um valor um pouco mais alto ele ganha a batata frita e o refrigerante, isso apenas aumenta seu consumo, alterando sua ação anterior de adquirir apenas o sanduíche.¹²

A propaganda tem objetivos a longo e a curto prazo para alcançar, enquanto que a promoção de vendas tem apenas metas a curto prazo. Geralmente

¹⁰ LONGO, Walter. **A Importância da promoção no composto de marketing**. São Paulo: Atlas, 1985, p. 353

¹¹ FERRACIU, João De Simoni Soderini. **Promoção de Vendas: 40 anos de teoria e prática promovendo e vendendo**. São Paulo: Makron Books, 1997. 273 p.

¹² FERRACIU, João De Simoni Soderini. **Promoção de Vendas: 40 anos de teoria e prática promovendo e vendendo**. São Paulo: Makron Books, 1997. 273 p.

o *marketing* de uma empresa visa fidelizar seus clientes para sempre, enquanto que as promoções são sempre temporárias, condicionadas ao tempo ou ao estoque.

Outra estratégia que não se confunde com a propaganda é a venda por amostragem. Essa é uma técnica de venda na qual o consumidor adquire bens sob uma condição acordada de que os bens vendidos são tão bons quanto o que lhe foi entregue como amostra. A amostra é uma parte da transação que constitui garantia expressa de que o produto inteiro está em conformidade com a sua amostra. A venda por amostragem é um contrato baseado no entendimento entre as partes de que aquela fração de produto exibida está em conformidade e de fato representa justamente a qualidade do produto inteiro final a ser adquirido.¹³ Esse tipo de vendas é especialmente eficaz no ramo do comércio de produtos alimentares, uma prática que vem crescendo muito dentro de estabelecimentos como mercados e restaurantes.

1.3 Propaganda enganosa e abusiva

A propaganda exerce diversas funções nos setores econômicos, entre elas: expor e difundir marcas e empresas, motivar o consumo, mostrar preços e condições de aquisição, comparar produtos em suas características e informar.

A sociedade precisa que o Estado regule a atividade publicitária. Tal regulamentação se faz necessária para evitar que o público consumidor fique exposto aos abusos das mensagens veiculadas. O que se busca coibir com tal proteção são, simplesmente, propagandas consideradas enganosas e abusivas. A publicidade visa o convencimento dos consumidores, isso é um fato correlato à própria natureza dela, sendo um meio lícito de incrementar e angariar clientela para produtos e serviços. A propaganda ajuda na viabilização das atividades econômicas e, por isso, essa técnica de convencimento nunca poderá ser negada ou proibida.¹⁴

Na perspectiva do consumidor, a propaganda é importante para que ele conheça melhor o produto ou serviço antes de comprá-lo, poupando-lhe de tempo e

¹³ BUENO, Emizael Corrêa. **Venda Por Amostragem**. 2006. 33 p. Monografia (Direito)- Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2006

¹⁴ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 76.

frustrações desnecessárias. Dessa maneira, auxilia o consumidor no exercício da sua liberdade de escolha de bens para satisfação de suas necessidades, levando em consideração pontos importantes, como preço e qualidade.

Percebe-se, então, que a propaganda atende ambos os interesses dos fornecedores e dos consumidores. No entanto, o interesse do fornecedor é sobretudo econômico, enquanto que o do consumidor é de atender uma necessidade humana presente ou futura. Por isso é que se faz necessário, aos fornecedores, impor limites quando forem recorrer a essas técnicas, a fim de que não se aproveitem da vulnerabilidade dos consumidores. Como não profissional, naturalmente vulnerável, o consumidor necessita de certa proteção estatal, visto que ele não consegue, por si próprio, perceber os malefícios de uma publicidade indesejável.¹⁵

O legislador, no §2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, quer evitar que o consumidor seja induzido a se comportar de uma forma prejudicial a si mesmo ou à própria coletividade, sendo ele considerado presumidamente vulnerável, isto é, leigo em relação àquele produto ou ao seu comércio. Essa conduta prejudicial pode ser em relação a qualquer aspecto relevante de sua vida, como principalmente a saúde e a segurança. Muitos dos critérios podem nem sequer ter amparo científico, como é o caso da proibição da publicidade que usa o medo e a superstição como formas de convencimento. Igualmente é abusiva aquela publicidade que se utiliza da “deficiência de julgamento e experiência da criança”, pois, conhecendo o grau de fragilidade de julgamento do público infantil, o fornecedor poderia usar técnicas que aproveitem essa situação. Assim, a publicidade se torna ilícita quando ela para de convencer e passa a induzir.¹⁶

O limite da propaganda encontra-se antes dela virar enganosa ou abusiva. A identificação da abusiva é mais complicada. A enganosa tem como critério básico a veracidade da informação e de sua essencialidade, enquanto a

¹⁵ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77.

¹⁶ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 78-79.

abusiva, ainda que haja critérios para identificá-la, não existe um grau de objetividade nesta identificação.¹⁷

O conceito de publicidade enganosa, é definido, sendo sua atividade expressamente proibida, pelo CDC em seu artigo 37, §1º: “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”

Bem como a publicidade abusiva, no §2º: “publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”

A propaganda enganosa geralmente aparece para produtos e serviços que ainda buscam sua inserção no mercado, ela induz o consumidor ao erro na hora de eleger aquele bem. Já a propaganda abusiva, está relacionada à forma como ela aborda o consumidor, sendo impossível ao legislador elencar as condutas que podem ser consideradas abusivas, visto a não obrigatoriedade de qualquer vínculo entre a lisura do produto e a nocividade da propaganda.¹⁸

Vale ter presente um exemplo de propaganda abusiva. É aquela que se utiliza da vulnerabilidade das crianças para induzi-las a consumir alimentos altamente prejudiciais à saúde por meio de anúncios com artistas ou personagens famosos do mundo infantil, ou então criando meios de fideliza-las à marca colocando peças colecionáveis dentro das embalagens.

A propaganda, na economia, representa uma fração da engrenagem que movimentam o mercado, e a história da abusividade da propaganda, a que se refere o presente trabalho, tem sua origem na Revolução Industrial. No período pós Segunda Guerra, o grande desenvolvimento da indústria e dos meios de comunicação

¹⁷ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77.

¹⁸ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva**: Incitação à Violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 69

desencadearam no crescimento do mercado produtor e consumidor. A partir dessa época, passou-se do capitalismo comercial para o industrial, iniciando a era do consumo de produtos e serviços. A indústria cresceu fortemente com a invenção de máquinas que conseguiam produzir milhares de produtos por dia. Com a massificação da produção, veio a necessidade que de propagandas mais fortes, capazes de alcançar um número indeterminado de pessoas.¹⁹

Com essas novas possibilidades, passaram-se a estudar incursões publicitárias visando atingir um número cada vez maior de consumidores, uma sociedade de massa.²⁰ A divulgação de tudo aquilo que era industrialmente produzido diariamente se tornou obrigatória para que a população tivesse conhecimento e interesse no estilo de aquisição que, depois, passou a ter um ritmo desenfreado. A televisão e a internet chegaram na mesma época, facilitando todo o meio para essa divulgação, por meio da propaganda.

Com os avanços tecnológicos advindos dessas décadas, o mercado da propaganda cresceu e foi alterando o modo como as pessoas agiam em relação a um mercado mais rápido, com mais variedade e opções. Elas começaram a se relacionar diferentemente com o consumo, seus hábitos e vontades passaram a ser cada vez mais materialistas. A propaganda é uma das principais responsáveis pela criação e promoção do materialismo, que pode ser definido como a tendência de dar importância indevida a bens materiais. É perigosa por ter se tornado uma força sociológica muito significativa, que reflete na mudança dos valores e nas atitudes da sociedade. Talvez uma das maiores mudanças tenha sido na alimentação, pois com a indústria de massa proporcionando refeições de preparo imediato e maior durabilidade, a população foi cedendo a cultura do *fast food* e aderindo ao consumo de alimentos cada vez menos naturais e mais industrializados.²¹

Essa era da industrialização provocou uma mudança radical no estilo de vida da sociedade e a propaganda teve participação essencial nessa transformação. A propaganda recebe ampla exposição à medida que é divulgada através de meios

¹⁹ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva: Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 69

²⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 23

²¹ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27

de comunicação de massa. Ela tem efeito sobre o que as pessoas compram e, portando, sobre suas atividades, sendo um veículo persuasivo de impacto. Os tipos de propagandas veiculadas refletem a sociedade e a sociedade reflete a propaganda. No nível social, ela desempenha, deriva e contribui para a textura social de um país. Várias mudanças sociais são trazidas ou ajudadas pelo ramo publicitário.

Até hoje, a indústria e a economia dependem da propaganda. Para que uma indústria se mantenha, ela precisa estar funcionando e fabricando produtos a toda hora, e conseqüentemente esses bens de consumo devem ser vendidos. O papel da propaganda é fazer com que os consumidores se convençam de que precisam comprar aqueles produtos para terem uma vida mais feliz, mesmo que isso não seja verdade. Isso se resume numa busca sem fim pelo *status*, aceitação e reconhecimento social. A questão é que a quantidade do que é produzido é tão abundante e exagerada, que se torna obrigatório influenciar o público a adquirir coisas que não precisam, ou que até, muito pior, lhes farão mau à saúde.

A comunicação através da publicidade ficou materializada como uma importante ferramenta para a dinâmica de mercado e para a competição entre os agentes econômicos. As grandes mudanças no mercado dessa época “exigiam da publicidade uma nova função: a de orientar o consumo, estimulando necessidades e provocando demanda. Ela se transformou, ao mesmo tempo, na alma do negócio e no principal instrumento das empresas na luta concorrencial”.²²

Após a industrialização, a propaganda deixou de ser apenas um meio informativo e passou a assumir também o papel persuasivo, incentivando o consumo de bens e serviços e criando demandas. Ela se tornou um instrumento essencial para que empresas conseguissem entrar no mercado e ocupar alguma fatia naquele determinado ramo econômico, desenvolvendo suas atividades e ganhos. Essa função econômica da propaganda passou a ser tão importante que até hoje é quase impossível que um produto novo venha a entrar no mercado sem que haja investimento publicitário.

²² DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35

1.4 Os preceitos de direito violados pela propaganda

De um lado, a Constituição Federal Brasileira impôs limites à propaganda e de outro à proteceu. Essa proteção constitucional foi atingida por força de alguns princípios informadores da ordem econômica. A Constituição protege a liberdade da propaganda sob dois aspectos principais.²³ Primeiro como atividade econômica resguardada pela livre iniciativa, fundamento da ordem econômica e pela livre concorrência (previsto no art. 170, caput, Inciso IV e parágrafo único, CF)²⁴; e segundo, pelo princípio da liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX e art. 220, CF).²⁵

Apesar dos direitos de liberdade de expressão e da atividade intelectual e artística, a publicidade é limitada pelo poder público com intuito de garantir princípios morais e direitos constitucionalmente instituídos. Não há, na Carta Magna, nada que se refira à restrição direta da publicidade, porém existem diversos dispositivos que são indiretamente ligados à esse entendimento.

“O texto constitucional estabelece que a competência para legislar sobre publicidade é da União (art. 22, XXIX), além de prever que compete à lei federal estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da publicidade de produtos, práticas e serviços que podem ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º) e determinar que a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias será sujeita às restrições legais (art. 220, § 4º). Assim, se por um lado a Lei Maior estabelece a liberdade de comunicação, a qual, segundo Silva, “consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da

²³ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35

²⁴ Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios[...]IV - livre concorrência;[...]Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

²⁵ Art. 5º, inciso IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; Art. 220, caput; “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”, estando aí incluída a propagação de ideias relativas a produtos e serviços; de outra parte, existem restrições às eventuais exacerbações no exercício desse direito de informação, estando, pois, “obviamente, constitucionalizada a coibição aos abusos na publicidade”. Contudo, como se nota, a Constituição apenas apresenta as diretrizes supra e não regula a publicidade, atribuindo competência à União para fazê-lo por meio de lei ordinária federal, de sorte que inexistem dispositivos constitucionais específicos sobre a publicidade infantil.”²⁶

Percebe-se que o tratamento constitucional que pode ser atribuído à publicidade não está enquadrado dentro do plano dos direitos fundamentais. Vez é tendencioso e unilateral, tendo como objetivo principal o econômico, induzindo a sociedade ao consumo. Conforme observa Jean Jaques Erenberg:

“Realmente, não se trata de um direito de primeira geração por não ter o escopo de opor limites à atividade perante o indivíduo; não é representativo da intervenção do Estado na iniciativa privada para equilibrar as relações jurídicas em busca da igualdade material e por isso também não se trata de um direito de segunda geração; não se faz instrumento de concretização dos ideais de fraternidade e solidariedade, não sendo, igualmente, um direito de terceira geração.”²⁷

Neste sentido, observamos que o direito à publicidade está previsto constitucionalmente, mas com um regime jurídico muito menos rigoroso do que o que é dado para proteger os consumidores. Isto porque, para o consumidor, além deles serem resguardados igualmente nos princípios de ordem econômica, sua vulnerabilidade e proteção também entram na categoria dos Direitos Fundamentais, como cláusula pétrea, no art. 5º, XXXII, da CF.²⁸ Desta forma, não pode tal determinação ser retirada ou diminuída mediante emenda constitucional.²⁹

²⁶ OLIVEIRA, Thaynara de Souza; DE CARVALHO, Diógenes Faria. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Civilistica.com**, a. 3, n. 1, p.7, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-protecao-do-consumidor-crianca-frente-a-publicidade-no-brasil/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

²⁷ ERENBERG, Jean Jaques. **Publicidade Patológica na Internet à Luz da Legislação Brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 29

²⁸ Art. 5º, inciso XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

²⁹ ERENBERG, Jean Jaques. **Publicidade Patológica na Internet à Luz da Legislação Brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 30

Em que pese o princípio da liberdade de expressão que rege o direito à publicidade, vale ponderar que as propagandas e peças publicitárias em geral consistem em manifestações criativas e intelectuais humanas, muito embora possuam finalidade essencialmente comercial e econômica. Elas, podendo ser consideradas expressões de arte, de diversas formas, representam e retratam a cultura da sua sociedade, sendo como uma crítica, uma descrição de hábitos, ou apenas demonstrando comportamentos e padrões estéticos.

No que tange a defesa constitucional do consumidor, é possível afirmar que ela funda-se em vários planos ou princípios. São eles a autodeterminação, o direito à informação, o direito à segurança, a proteção à saúde e a proteção econômica. Os que mais nos interessa no presente trabalho são o direito à informação e a proteção à saúde.³⁰

O direito à informação originou a vedação à propaganda enganosa. O disposto no art. 5º, inciso XIV, CF³¹, determina o direito à informações verdadeiras e corretas, adequadas, ostensivas e integrais. O princípio da proteção à saúde, o mais relevante no presente estudo, trata, nos arts. 6º, 196 e seguintes e 220 §§ 3º e 4º, dos limites das propagandas que induzem pessoas a consumirem produtos que causem danos à saúde, ou ainda ao consumo inadequado e exagerado que as prejudique.

O artigo 170, V, da Carta Magna institui ser de ordem pública a defesa do consumidor. Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor se enraíza na Constituição Federal.

É possível concluir, então, que o exercício do direito à publicidade não pode ser impedido, uma vez que é constitucionalmente protegido. No entanto, esses

³⁰ ERENBERG, Jean Jaques. **Publicidade Patológica na Internet à Luz da Legislação Brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 31

³¹ Art. 5º, inciso XIV – “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

direitos são submetidos aos limites das normas garantidoras dos Direitos Fundamentais, que são inafastáveis.³²

O Código do Consumidor conferiu a natureza jurídica de contrato à oferta publicitária. No entendimento de que no momento em que o consumidor fica exposto à uma prática publicitária, o fornecedor passa a ter a obrigação de cumprir com aquela oferta, tendo-se a formação do contrato com a simples aceitação do consumidor. Desse modo, as propagandas, anúncios e campanhas são tidas como fase pré-contratual das relações de consumo.

É passível e indiscutível a necessidade de clareza nas propagandas veiculadas, uma vez que o público alvo atingido, em sua maioria, é composto por pessoas leigas. Por esta razão, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 36, estabeleceu que os fornecedores e anunciantes tem o dever de ofertar e expor os produtos de forma que a publicidade fique facilmente identificável como tal. O mesmo artigo também determina que se as empresas e agências mantenham tudo que é veiculado salvo, para o caso de ser necessária a verificação da veracidade do conteúdo, além de dados técnicos, fáticos ou científicos.

De acordo com o art. 6º, incisos III e IV, devem ser informadas de forma clara e específica as características como preço, qualidade, quantidade e riscos dos produtos ou serviços oferecidos.

Conforme já fora abordado, o conteúdo publicitário é norteado por vários princípios, e outro princípio de maior relevância para este estudo é o da não abusividade, ou da vedação à propaganda abusiva. A vedação à propaganda abusiva se encontra no §2º do art. 37 do Código. O rol é exemplificativo, pois o legislador preferiu deixar o leque de possibilidades mais amplo, garantindo uma proteção mais eficaz ao consumidor. É dada especial proteção à criança, proibindo, nos seguintes termos, qualquer mensagem que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação (CONAR) é uma sociedade civil brasileira sem fins lucrativos, composta de empresários e publicitários. Seu objetivo é proteger os valores éticos e morais nos conteúdos das

³² EREMBERG, Jean Jaques. **Publicidade Patológica na Internet à Luz da Legislação Brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 30-31

campanhas, funcionando como o controle interno e privado do ramo publicitário. Pode também ser visto como um meio de evitar que o poder público tenha interesse em criar normas para limitar seu livre exercício de promover produtos e serviços. Suas normas estão contidas no o CBAP, cabendo ao próprio CONAR deliberar e fiscalizar seu cumprimento.³³

Os anunciantes e as agências publicitárias são “obrigadas” pelo CONAR a cumprir as regras específicas de delimitação e divulgação contidas no CBAP. Existe apenas um artigo neste código que diz respeito à proteção da criança e do adolescente, mas por se tratar de uma autorregulamentação privada, não possui força de lei, tendo apelo meramente ético, o que o torna insuficiente para garantir a proteção do público infantil frente a abusividade de propagandas.³⁴

³³ MOMBERGER, Noemí Friske. **A Publicidade dirigida às crianças e adolescentes**. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 66.

³⁴ MOMBERGER, Noemí Friske. **A Publicidade dirigida às crianças e adolescentes**. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 71.

2 DA TUTELA DA CRIANÇA E A MANIPULAÇÃO DAS INFORMAÇÕES NA PROPAGANDA ABUSIVA

Buscando aproximar-se de atingir o intuito principal da presente pesquisa, faz-se mister entrar na seara da proteção dada pelo ordenamento brasileiro aos infantes.

Por meio de um estudo acerca dos princípios e fundamentos utilizados para a fundação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, mais clara fica a importância de um tratamento específico e especial que já é dado às crianças, mas que ainda merece prosperar. Isso se dá pelas características da incapacidade e vulnerabilidade do público infantil, que é a razão da necessidade do direito perceber tais condicionantes e assim conseguir dar uma proteção verdadeiramente efetiva a esse grupo de pessoas que se encontram em desenvolvimento, principalmente, no que tange o presente estudo, contra as propagandas destinadas à elas.

2.1 Princípios de tutela da Criança

A definição de criança não é certa e pacífica em todos os lugares do mundo, na verdade, muito pelo contrário. Muitos doutrinadores divergem quanto ao limite etário para essa fixação. De acordo com uma observação feita por Jason Albergaria de alguns dados estatísticos da Organização das Nações Unidas – ONU – sobre a variação dos conceitos de criança e adolescente e seus limites etários, “em 74 países, o critério cronológico se fixa em 15 anos; em 10 países, em 16 anos; em 31 países, em 18 anos; e em 6 países, mais de 18 anos”.³⁵

De acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, criança é “todo ser humano menor de 18 anos de idade”. É o que está disposto em seu art. 1º, tendo como ressalva a possibilidade da maioridade ser atingida antes, conforme leis mais específicas autorizarem.³⁶

No direito brasileiro, o conceito de criança é definido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 2º: “a pessoa até doze anos de idade

³⁵ LIBERATI, 1993, apud HENRIQUES, Isabella Vieira Machado, **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 131.

³⁶ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado, **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 130-131.

incompletos”, e o de adolescente, “aquela entre doze e dezoito anos de idade”.³⁷ Apesar das definições serem apontadas para a delimitação das faixas etárias, a maior diferenciação entre criança e adolescente se apresenta quanto ao tratamento penal diverso que é dado a ambas.

Uma análise histórica importante a ser feita é a do processo gradual da defesa das crianças pelo mundo. Começou com a Declaração de Genebra de 1924, passando pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 (Pacto San Jose da Costa Rica), até a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, em 1989.

O dispositivo base para a proteção da criança no ordenamento brasileiro, aquele em que realmente tudo se funda, é o art. 1º da Constituição Federal, que institui o princípio da dignidade humana, que, em conjunto com os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, orientam todas as esferas ética, moral e legal.³⁸

O mais importante poder normativo no Brasil quanto ao assunto, especificamente falando, é o art. 227, ainda da Carta Magna, que estabelece que a proteção do infante é dever da família, da sociedade e do Estado.³⁹ Houve, no Brasil, a partir daí, a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), revogando o antigo Código de Menores de 1979 e estabelecendo medidas concretas para a garantia dos direitos dos infantes.

O mencionado artigo 227 coloca como igualmente responsáveis pela criança e o adolescente, a família, a sociedade e o Estado. A família, como base

³⁷ Art. 2º: “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.” BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 set. 2017

³⁸ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado, **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 117

³⁹ 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.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

constitucional da sociedade, deve dar a criança a primeira base de proteção, ficando a com responsabilidade de transformá-la em um ser humano digno. Já a sociedade e o Estado devem, ou deveriam, em respeito a peculiar condição da criança, ser responsáveis por continuar protegendo-a, tendo em vista ser a pessoa mais vulnerável a qualquer tipo de abuso e violência.⁴⁰

Realmente, o tratamento especial e a proteção dada às crianças tem tudo a ver com a garantia dos direitos humanos e fundamentais, tendo em vista que são pessoas vulneráveis, estando em processo de formação e transformação. É essencial assegurá-las um tratamento legal prioritário para que tenham a segurança de poder crescer e se desenvolver com o necessário para aprimorem seu futuro.⁴¹

Antigamente, a criança não tinha direitos próprios. O Código de Menores e a FEBEM, ambos revogados com a criação do ECA, não atribuíam direitos e proteção à criança e ao adolescente, apenas instituíam sanções penais e medidas consubstanciais, como se fosse um Código Penal infantil. Foi com o advento do ECA em 1990, que esse grupo passou a ser visto como sujeitos de direito que precisam de proteção especial e integral devido a sua condição temporária de desenvolvimento⁴², significando o começo do direito da infância e juventude. Teve como base jurídica e social a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que havia sido adotada pelas Nações Unidas em 1989, e um ano depois ratificada pelo Brasil.⁴³

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem três princípios protetivos fundamentais que o norteiam: o da prioridade absoluta, do melhor interesse e o da municipalização.

O princípio da prioridade absoluta é garantido, não podendo ser afastado ou reduzido, pois se trata daquele artigo 227 supramencionado, constitucionalmente estabelecido, determinando que as crianças e adolescentes devem ter preferência

⁴⁰ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado, **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 121

⁴¹ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado, **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 121

⁴² HENRIQUES, Isabella Vieira Machado, **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 124

⁴³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado, **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 126

em todas as esferas de interesse: judicial, administrativa, familiar e social⁴⁴, devendo estar em primeiro lugar na preocupação do poder público. Tal princípio se encontra mencionado no artigo 4º do ECA.

O princípio do melhor interesse também pode ser chamado de princípio da proteção integral, e se refere aos direitos específicos daqueles humanos em formação, diferente dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Rege que em qualquer situação, a decisão ou escolha que melhor visar beneficiar o interesse das crianças e adolescentes deve prevalecer, para que assim se protejam com mais garantia os seus direitos. Esses direitos são universalmente reconhecidos, e tal princípio encontra-se instituído no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. No passado, tal princípio era utilizado somente para favorecer certas crianças em situações específicas, irregulares ou anormais. Hoje ele se encontra estendido a qualquer uma, independentemente do caso concreto, por isso "integral", devendo atingir toda e qualquer criança ou adolescente, sem nenhum tipo de distinção.⁴⁵

Finalmente, o Princípio da Municipalização estabelece que os entes federados devem concorrer na competência da política assistencial. À União cabe legislar sobre as normas gerais e a coordenação dos programas assistenciais. Ao Estado e aos Municípios resta a responsabilidade de executar os programas de políticas assistenciais.⁴⁶

2.2 Da vulnerabilidade da criança

O Código de Defesa do Consumidor tem vários mecanismos que objetivam a garantia da igualdade real entre fornecedores e consumidores nas relações de consumo. A regra geral está no art. 4º, inciso I, que reconhece a vulnerabilidade do consumidor nessa relação e tenta protegê-lo para garantir o respeito à sua

⁴⁴ AMIM, Andrea Rodrigues et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20

⁴⁵ AMIM, Andrea Rodrigues et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27

⁴⁶ AMIM, Andrea Rodrigues et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29

dignidade, saúde, segurança, qualidade de vida e harmonia nas relações de consumo.⁴⁷

O Direito do Consumidor brasileiro reconhece o desequilíbrio que existe nas relações de consumo e se preocupa em proteger o consumidor, considerado o mais fraco contra possíveis abusos dos fornecedores. Razão pela qual existe a presunção de que o consumidor é sujeito hipossuficiente passível de ser facilmente manipulado e enganado pelos mais variados tipos de técnicas de venda. Essa hipossuficiência pode ser tanto técnica quanto econômica.

A preocupação com o desequilíbrio que existe entre fornecedor e consumidor foi objeto de uma discussão sobre a proteção do consumidor em escala mundial (em especial entre os países em desenvolvimento) na Assembleia Geral da ONU em 1985. Essa deliberação positivou o princípio da vulnerabilidade no plano internacional, e o estudo utilizou como base, índices de termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo em relação ao fornecedor.⁴⁸

No entanto, apesar do consumidor ser o polo mais fraco e vulnerável das relações comerciais, nem todos podem ser e serão considerados hipossuficientes, cabendo ao juiz essa qualificação, com base no seu conhecimento e experiência. O hipossuficiente é mais vulnerável que o consumidor normal, e é aí que entram as crianças. “A vulnerabilidade do consumidor é reconhecida pela lei, sendo, portanto, presumida, enquanto a hipossuficiência depende da análise do caso concreto, já que nem todo consumidor é hipossuficiente.”⁴⁹

"A hipossuficiência 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. O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolve a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É em função do reconhecimento dessa

⁴⁷ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado, **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 140

⁴⁸ MORAIS, Ivani Luiz de, **“Criança: a Alma do Negócio”**: A Publicidade Infantil nas Lacunas da Legislação. 2010, 79 p. Monografia (Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010, p. 60

⁴⁹ MARAN, Mara Suely Oliveira e Silva. **Publicidade e Proteção do Consumidor no âmbito do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 142

vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados.”⁵⁰

Nas palavras de Antônio Herman Benjamin, “são os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aquelas cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo.” Por esta razão que às crianças e adolescentes, o tratamento é diferente e muito mais protetivo, sendo todas elas, sem nenhuma discriminação, consideradas hipossuficientes.

“A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade -, mas nunca a todos os consumidores. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código.”⁵¹

O conceito de vulnerabilidade que é vinculado à situação das crianças e adolescentes está ligado à noção de fraqueza, fragilidade e dependência que possuem em relação aos adultos para realizarem os atos da vida. Toda criança precisa de amparo psicológico, físico, material, moral, afetuoso, alimentício, de vestuário, de educação e lazer. A diferença entre elas e as demais pessoas é a condição de estarem em processo de formação, sendo seres em desenvolvimento, frágeis e por isso necessitam de proteção especial. A concepção de que durante a infância se sobressaem as necessidades às capacidades vem sido adotada desde a criação do Código dos Menores, que excluiu as crianças e adolescentes do Código Penal.⁵²

Neste sentido,

“A proteção da criança é tão cara ao ordenamento porquanto, como observa Samuel Pfromm Netto, é na mais tenra idade que pode ocorrer a criação dos mais graves problemas emocionais da fase adulta, caso à criança não seja propiciada uma infância feliz e

⁵⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 299-300

⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007 p. 224-225

⁵² SIERRA, Vânia Morales; MESQUITA, Wania Amélia. Vulnerabilidades e Fatores de Risco na Vida de Crianças e Adolescentes. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 20, n. 1, p.148-155, jan./mar. 2006

saudável, a criança, por sua natural fragilidade e vulnerabilidade, depende do adulto, tanto no plano das capacidades físicas como no de natureza cognitiva, emocional e social. Por isso, a proteção da criança é imperiosa. E vale dizer que o “reconhecimento de que as crianças e os jovens são futuro da sociedade não é suficiente” para explicar a razão de tal necessidade. Mas a constatação de que a preservação da infância de forma plena depende de um contexto sociocultural, e o fato de as crianças serem diferentes dos adultos geram a indeclinável responsabilidade da família, da sociedade e do Estado quanto ao seu crescimento e desenvolvimento da melhor forma possível.”⁵³

2.3 A propaganda destinada ao público infantil

A propaganda é matéria de Direito do Consumidor na medida em que é caracterizada como relação de consumo a simples oferta do anunciante. A vulnerabilidade das crianças e adolescentes torna-se um problema ainda maior quando se trata da atividade publicitária que à elas é destinada. Sua hipossuficiência é tão evidente no tocante a essa atividade, que uma pessoa conhecedora de técnicas sobre a “arquitetura nervosa” dos humanos, pode facilmente persuadí-las. Assim se faz, estimulando desejos, aflorando necessidades, criando manifestações de vontade e aumentando o consumo de produtos indesejáveis.⁵⁴

As crianças se encontram em condição de desenvolvimento intelectual, razão pela qual são mais facilmente persuadidas do que os adultos. Quanto mais nova a criança for, mais ingênua e mais vulnerável ela se torna perante mensagens publicitárias. É por essa e outras que se dispensa uma análise minuciosa para que seja considerada hipossuficiente nas relações de consumo.⁵⁵

A “publicidade infantil” é um termo usado para se referir à toda publicidade que tem, por destinatário da mensagem, o público infantil. Pode também se referir à publicidade que envolve a imagem de crianças ou adolescentes em seu conteúdo. Tal matéria merece apreço especial, pois tudo que é destinado aos infantes está sujeito à ser interpretado de forma prejudicial para eles.

⁵³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado, **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 119

⁵⁴ MORAIS, Ivani Luiz de. **Criança: A Alma do Negócio**: A Publicidade Infantil nas Lacunas da Legislação. 2010. 79 p. Monografia (Direito)- Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

⁵⁵ CAZZAROLI, Aline Raquel. Publicidade Infantil: o estímulo ao consumo excessivo de alimentos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 92, set 2011.

As crianças são um alvo muito visado por empresas. Atualmente o volume de produtos que é apresentado especificamente para o mercado de consumo infantil é enorme.⁵⁶ A publicidade direcionada às crianças utiliza-se de técnicas profissionais como a intermediação de brinquedos, personagens e marcas infantis como formas de sedução e atração pelo consumo.⁵⁷ São tantos meios e mecanismos de convencimento, que para as empresas é muito mais vantajoso do que investir em publicidade para o público adulto.

Toda e qualquer propaganda destinada à criança e ao adolescente tem o objetivo de envolver e induzir. As crianças ocupam uma fatia considerável da atividade de comércio, tendo grande importância para a atividade econômica, ainda que não sejam as consumidoras diretas dos produtos. Isso se torna possível devido ao poder que as elas possuem de insistir e influenciar seus familiares nas compras. A busca por apreço emocional ou apenas pelo agrado, faz com que os pais adquiram produtos desnecessários em excesso.

“Dados revelam que as crianças possuem dentro de seu núcleo familiar 70% das decisões de compra, e representam para as empresas fidelização de consumo para o futuro, tornando-as dependentes do produto. Houve a constatação de grande influência das crianças na compra de diversos produtos, especialmente alimentos 92%, brinquedos 86% e roupas 57%. No ano de 2000, 71% dos pais afirmavam sofrer a influência dos filhos na hora das compras. No ano de 2003, o índice subiu para 80% nesta pesquisa, com 38% influenciando fortemente na decisão. Na escolha da marca, 63% deles influenciam nas compras, sendo que metade das crianças com idade entre 07 e 13 anos influencia de maneira exagerada.”⁵⁸

O ramo publicitário, ao perceber o relevante papel econômico das crianças no mercado, se aproveita, utilizando-se de suas capacidades diminutas para fideliza-las. É de se notar que o público infantil, além de consumir produtos e serviços infantis, influencia nas decisões familiares de consumo, e mais tarde, se torna um público adulto já habituado e fidelizado a determinadas marcas. Ou seja,

⁵⁶ KETZER, Solange Medina. A Criança, a produção cultural e a escola. MAGALHÃES, Cláudio *et al.* **A criança e a produção cultural – Do brinquedo à literatura**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 2003.

⁵⁷ CAZZAROLI, Aline Raquel. Publicidade Infantil: o estímulo ao consumo excessivo de alimentos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 92, set 2011.

⁵⁸ CAZZAROLI, Aline Raquel. Publicidade Infantil: o estímulo ao consumo excessivo de alimentos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 92, set 2011.

são um alvo interessantíssimo para empresas, pois o que é gasto com publicidade hoje, terá efeito nos próximos vinte anos, ou quem dirá, durante uma vida inteira!

"Faça um teste: na semana do Dia das Crianças, ligue a TV durante a programação infantil e tente contar quantos anúncios publicitários são veiculados em 10 minutos, digamos. Em 2010, o Instituto Alana, organização de defesa dos direitos da criança, fez isso e viu que um canal infantil pago exibia uma propaganda a cada dois minutos. Embora mais acentuada por causa da data, a publicidade para o público infantil ocorre o tempo todo e em quase todos os lugares, inclusive nas escolas."⁵⁹

Essa questão pode ir muito mais longe, adentrando no lar das famílias. Os pais também são vítimas nesse contexto, pois o mercado sabe exatamente como captar a atenção e o desejo das crianças. Mesmo que os genitores tenham acesso a informação, não há como competir contra todo o investimento de recursos que é feito pela indústria. Ela coloca propagandas por toda parte: em escolas, *videogames*, televisão, etc.⁶⁰ É por essa razão que a questão da proteção à criança como consumidora se insere dentro de um quadro jurídico especial, de suma importância para o Direito.

"Dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como a questão mais relevante, porque as crianças hoje serão os homens de amanhã, e nas gerações futuras é que se assenta a esperança do porvir. Daí a razão pela qual o Estado moderno sente-se legitimado para entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem."⁶¹

Numa tentativa de impedir que o poder público tentasse limitar a publicidade infantil diante de todas essas queixas, o mercado privado criou algumas regras por meio da autorregulação. Diretrizes foram instituídas, mas não resolveram o problema. Na verdade, só os sofisticaram, mudando as mensagens para veículos mais escondidos e difíceis de identificar. Por exemplo, as propagandas televisivas de alimentos destinadas ao público infantil diminuiu, porém aumentou dentro de

⁵⁹ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Criança, Alvo Fácil da Publicidade**. 2013. Disponível em: <<https://www.idec.org.br/em-acao/revista/o-labirinto-das-multas/materia/crianca-alvo-facil-da-publicidade>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

⁶⁰ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Criança, Alvo Fácil da Publicidade**. 2013. Disponível em: <<https://www.idec.org.br/em-acao/revista/o-labirinto-das-multas/materia/crianca-alvo-facil-da-publicidade>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

⁶¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 410-411.

escolas e nos veículos online.⁶² Cada vez mais esse grupo está exposto a todo tipo de publicidade. Além da internet e televisão, as propagandas estão espalhadas por toda parte, nos parques, *shoppings*, praias, dentro de ônibus e taxis.

Até determinada idade, a criança não entende a diferença entre publicidade e entretenimento. De acordo com pesquisas científicas feitas pelo mundo, ela não consegue analisar e ter discernimento crítico sobre os apelos publicitários até os 12 anos de idade. Por estar em condição de desenvolvimento, ela está suscetível a absorver os “desvalores”, ou seja, tudo de errado que é passado pelas propagandas. A publicidade vai, aos poucos, tornando esse seres humanos mais consumistas e materialistas, fazendo com que eles acreditem que os bens materiais são o objetivo mais importante na vida. Essa deturpação de valores vai sendo construída e mantida durante todo o crescimento, e ao se tornarem adultos, terão a frustrante ilusão de que o dinheiro é o caminho para a felicidade, significando o poder de aquisição desses produtos.⁶³

As crianças não tem condição de se protegerem contra a malícia das agências publicitárias. Elas não compreendem o verdadeiro motivo e intenção das mensagens das quais são alvo, e acabam interpretando tudo no sentido literal.⁶⁴ Ainda que não se trate de uma mensagem subliminar, disfarçada ou clandestina, a criança não reconhece aquela publicidade como prática comercial. Por exemplo, se uma propaganda televisiva mostrar uma criança comendo um determinado cereal e entrando no mundo mágico do personagem de seu desenho favorito, ela provavelmente irá querer comprar e consumir o cereal, acreditando que o mesmo acontecerá com ela. Como observa Isabella Henriques, “a criança acredita porque crê. Porque crê no Papai Noel, no coelhinho da Páscoa, na cegonha que traz os

⁶² INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Criança, Alvo Fácil da Publicidade**. 2013. Disponível em: <<https://www.idec.org.br/em-acao/revista/o-labirinto-das-multas/materia/crianca-alvo-facil-da-publicidade>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

⁶³ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Criança, Alvo Fácil da Publicidade**. 2013. Disponível em: <<https://www.idec.org.br/em-acao/revista/o-labirinto-das-multas/materia/crianca-alvo-facil-da-publicidade>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

⁶⁴ SILVA, Ana Maria Dias da; VASCONCELOS, Luciene Ricciotti. **A Criança e o Marketing**. São Paulo: Summus Editorial, 2012, p. 39 - 40.

bebês e em todo o mundo de fantasia que lhe é contado. E não há nada de errado com isso.”⁶⁵

Além disso, as crianças se espelham em todos que estão ao seu redor. De um modo geral, os anúncios publicitários contribuem significativamente no processo de formação dos valores das pessoas. Quanto aos menores, suas influências serão os modelos que elas terão durante a formação do seu caráter. Isso inclui, principalmente, todos esses personagens de animações.⁶⁶

A exposição da população infantil tem uma consequência indireta que talvez seja a que mais mereça preocupação: a construção de hábitos ruins que irão permanecer na vida adulta. Qualquer tipo de hábito, principalmente os alimentares, adquiridos durante a infância, são muito dificilmente esquecidos, ainda mais quando são lembrados com nostalgia (aquele sentimento de carinho ao olhar pra trás e pensar: “bons tempos”), associando verdadeiros venenos à momentos felizes. É exatamente isso que as agências de publicidade e propaganda querem criar, utilizando-se de técnicas visuais e psicológicas especializadas.

Em meio a essas técnicas, existe um estudo científico relativamente novo, que está começando a ser muito usado pelas agências de propaganda: o *neuromarketing*. Na verdade, pode ser considerado um ramo inteiro, gigante, especializado no convencimento das pessoas. O *neuromarketing* é um campo do marketing que estuda a essência do comportamento do consumidor. É uma ciência considerada a inteligência do mercado. Contém princípios, regras e compressões próprias, tudo baseado em experiências científicas sobre técnicas infalíveis de persuasão com cérebro humano.⁶⁷

Mais um motivo pelo qual as crianças devem ser cuidadosamente protegidas e as campanhas publicitárias infantis mais restritas. O Brasil possui um sistema cultural e educacional básico muito fraco, e como consequência disso, qualquer matéria divulgada, principalmente a propaganda, surte efeito muito rapidamente.

⁶⁵ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 146

⁶⁶ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 150

⁶⁷ MORIN, Christophe. *Neuromarketing: The New Science of Consumer Behavior*. **Society**. San Anselmo, USA, v. 48, n.2 , p. 131-135, 2011.

O ideal seria que a publicidade ajudasse e contribuísse positivamente na formação da população, e não estimulando o consumismo e materialismo, como ocorre nas vias de fato.⁶⁸ São valores morais, éticos, sociais, de saúde e educação que ensejam tanta discussão.

Nesse âmbito, considerando a criança e o adolescente sujeitos juridicamente vulneráveis e hipossuficientes, a publicidade e a propaganda devem ter controles rígidos, respeitando restrições legais, evitando danos ao psicológico infantil, e proporcionando uma infância saudável e feliz.⁶⁹

⁶⁸ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 164

⁶⁹ CAPPELLESSO, Dianiny. **A Proteção Jurídica da Criança Contra Publicidade Abusiva no Mercado de Consumo**. 2014. 65 p. Monografia (Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014, p. 46

3 A PROPAGANDA INFANTIL E A INDÚSTRIA DE ALIMENTOS

Neste terceiro e último capítulo, será abordada a questão dos alimentos, analisando a indústria alimentícia e seus meios de promoção dos produtos perante seu alvo mais interessante, o público infantil. A partir daí será possível demonstrar a verdadeira preocupação do presente estudo, que é saúde das crianças brasileiras, prejudicada direta e indiretamente pelo excesso de propaganda de alimentos industrializados e ruins, além da falta de regulamentação e fiscalização eficiente.

3.1 A oferta de alimentos

Voltando um pouco para a história da industrialização, é importante e essencial que se entenda a situação atual baseada nos fatos que antecederam. Como já mencionado anteriormente, a Revolução Industrial trouxe consigo, para que se tornasse possível a venda dos produtos e bens manufaturados em massa, as mais altas técnicas de publicidade e propaganda. Não só, mas principalmente, a televisiva.

Junto das demais, a indústria alimentícia cresceu e se aprimorou. A população, com seu ritmo de vida acelerado, foi perdendo a oportunidade de dedicar tempo à alimentação, deixando de preparar suas próprias refeições e passando a recorrer a opções mais rápidas e práticas. Essa foi uma mudança generalizada de comportamento da sociedade ante a inúmeros fatores de contribuição. Um deles foi a entrada das mulheres no mercado de trabalho, já que costumeiramente eram elas que dedicavam seu tempo no cuidado da alimentação dos filhos e da família.

Com isso, a produção de alimentos industrializados cresceu e a comida passou a ter relevância no setor econômico. Mesmo sendo uma matéria que merece todo o cuidado por se tratar de saúde pública, a indústria transformou a alimentação numa máquina de dinheiro. Quem produz o alimento que as pessoas ingerem não se importa com a saúde delas, apenas com o lucro. Empresas do ramo de alimentos foram aparecendo e crescendo no mercado, uma grande variedade de comidas jamais antes vistas foram sendo criadas, todas cada vez menos orgânicas e naturais. O açúcar refinado se tornou um dos ingredientes mais utilizados e consumidos, com o poder de ser mais viciante do que drogas ilícitas como a

cocaína.⁷⁰ Hoje, quase ninguém consegue fugir dos alimentos industrializados, as seções de frutas e orgânicos nos supermercados é menor que a de alimentos congelados, processados, embutidos e instantâneos.

Hoje há uma quantidade massiva de publicidade de alimentos que circunda a população buscando que ela coma mais, compre mais e gaste mais.

“O mercado de fast-food e de produtos alimentícios ultraprocessados utiliza-se largamente das mais diversas formas de comunicação mercadológica para encorajar o consumo de seus produtos. Devido ao aumento expressivo da obesidade e de outras DCNT, muitos especialistas sugerem que a propaganda e a publicidade de tais alimentos contribuem para um ambiente “obesogênico”, que torna as escolhas saudáveis mais difíceis, especialmente para crianças”⁷¹

Em meio a esse mercado infinito e sabendo que as crianças são alvos fáceis, as agências publicitárias começaram a direcionar seu poder de persuasão. Logicamente, para conseguir despertar o interesse das crianças, as empresas de alimentos tiveram que criar produtos mais convidativos. Neste ponto, já é de grande facilidade imaginar do que se trata: todos os tipos de doces imagináveis, lanches processados atrelados a imagens de personagens infantis, brinquedos de brinde em refeições, mascotes, ovos de páscoa personificados, entre tantos mais. Cores, sabores e formatos escondendo corantes, flavorizantes e conservantes. Ingredientes cada vez mais baratos e viciantes proporcionando aumento nas procuras, nas vendas e nos lucros. O poder dessa indústria perante o vulnerável público infantil acabou se tornando muito prejudicial à saúde da população.

Além do excesso de propagandas de alimentos não saudáveis, existem as que ainda induzem o consumidor a achar que determinado produto é saudável, quando na verdade não é.

Num exemplo dado por Camilla Ceylão, nutricionista, em uma notícia publicada no final de 2015 pela Presidência da República, ela cita uma campanha publicitária de uma empresa que vende alimentos ultraprocessados embutidos e

⁷⁰ HOGAN, Brianne. **Study: Sugar is eight times more addictive than cocaine**. Disponível em: <<http://www.ecorazzi.com/2015/02/26/study-sugar-is-eight-times-more-addictive-than-cocaine/>>. Acesso em: 15 mar. 2018

⁷¹ HILL; PETERS, 1998, apud MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Guia alimentar para a população brasileira**. 2014. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/publicacoes/alimentacao-adequada-e-saudavel/guia-alimentar-para-a-populacao-brasileira-2014/8-guia-alimentar-para-a-populacao-brasileira-2014.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2018

congelados. Na propaganda, uma mãe aparece sendo convencida de que tal alimento é saudável por ser feito 100% de peito de frango, e o filho comemorando. No entanto, a campanha omite que o peito de frango não é o único ingrediente do produto, contendo vários outros que são prejudiciais à saúde (como o sódio em sua quantidade elevada), e escondendo ser ele pré-frito.⁷²

“...o problema é que essas propagandas só ajudam a reforçar um conceito simplista e insuficiente de alimentação saudável, levando as pessoas a acreditarem que alimentos ultraprocessados (cheios de gorduras, açúcares, sódio e aditivos químicos, que endossam um modelo injusto e insustentável de produção de alimentos) podem fazer parte de uma alimentação considerada saudável e, por isso, serem consumidos sem restrições. O que não é verdade.”⁷³

A publicidade televisiva, nesse aspecto, ocupa umas das posições mais relevantes de influência para a prejudicialidade dos dados e pesquisas da saúde pública infantil. Geralmente, as crianças preferem comer os alimentos que elas veem nas propagandas durante os intervalos dos programas infantis.

Houve um estudo, realizado em Porto Alegre – SC, que contou com 772 crianças e adolescentes de 10 a 19 anos de idade, e que se verificou através de entrevistas, que 41,1% deles assistiam mais de 4 horas de televisão por dia.⁷⁴

“Foram gravados de agosto de 1998 a março de 2000 os três principais canais de TV aberta do Brasil. Os períodos da manhã, tarde e noite somaram um total de 3972 propagandas durante a semana e 1366 propagandas durante o final de semana. Destas, a maior porcentagem eram propagandas de alimentos e bebidas sendo que 22,47% e 22,25% apareceram durante a semana e final de semana, respectivamente. Nesse período, de 1395 propagandas de produtos alimentícios, 57,8% estavam no topo da pirâmide alimentar, representados por gorduras, óleos e açúcares”⁷⁵

⁷² CEYLÃO, Camilla. **Alimentação Saudável e publicidade**: Onde está o problema?. Disponível em: <

<http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2015/alimentacao-saudavel-e-publicidade-2013-onde-esta-o-problema>> . Acesso em: 17 mar. 2018

⁷³ CEYLÃO, Camilla. **Alimentação Saudável e publicidade**: Onde está o problema?. Disponível em: <

<http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2015/alimentacao-saudavel-e-publicidade-2013-onde-esta-o-problema>> . Acesso em: 17 mar. 2018

⁷⁴ PITAS, Alexander Marcellus Carregosa da Silva. **Propagandas de alimentos e bebidas na TV**: percepção de crianças e mães. 2010. 116 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Saúde Pública, Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 19

⁷⁵ ALMEIDA, 2002 apud PITAS, Alexander Marcellus Carregosa da Silva. **Propagandas de alimentos e bebidas na TV**: percepção de crianças e mães. 2010. 116 p. Dissertação

De acordo com uma pesquisa mais recente, revelada pela revista Super Interessante em 2016:

“Aos 60 anos de idade, você terá visto uma quantidade gigantesca de anúncios. Para ser mais exato, 2 milhões. São 90 propagandas por dia, todos os dias. Uma eternidade, 16 mil horas, vendo mensagens comerciais (tempo suficiente para fazer faculdade de medicina – duas vezes). E isso só contando as propagandas de TV.”⁷⁶

No Guia Alimentar para a População Brasileira publicado em 2014, o Ministério da Saúde reconheceu que a publicidade influencia e atua como obstáculo para a alimentação saudável.

“O modo de comer atual é marcado pela padronização do gosto, com grande oferta de alimentos artificiais, envenenados por agrotóxicos e transgênicos, prontos para o consumo. Hoje, os hábitos são construídos nas agências de publicidade e marketing das indústrias alimentícias. É fundamental enfrentar as contradições do sistema alimentar moderno para preservar o que se come, quando se come, com quem se come.”⁷⁷

Ademais, destaca as consequências sobretudo para o público infantil:

“A publicidade de alimentos ultraprocessados domina os anúncios comerciais de alimentos, frequentemente veicula informações incorretas ou incompletas sobre alimentação e atinge, sobretudo, crianças e jovens”⁷⁸

3.2 Políticas de controle sobre a publicidade de alimentos

Demonstrar-se-á, por meio do estudo da revista “Publicidade de Alimentos Não Saudáveis – Os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil”, publicada em 2014 pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), o processo e evolução de algumas medidas de políticas públicas relevantes para o início da regulamentação pertinente ao presente estudo. Cabe observar como esta

(Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Saúde Pública, Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 19-20

⁷⁶ ROXO, Elisângela, **Neuro propaganda**. Disponível em:

<<https://super.abril.com.br/ciencia/neuro-propaganda/>>. Acesso em: 15 mar. 2018

⁷⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Guia alimentar para a população brasileira**. 2014. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/publicacoes/alimentacao-adequada-e-saudavel/guia-alimentar-para-a-populacao-brasileira-2014/8-guia-alimentar-para-a-populacao-brasileira-2014.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2018

⁷⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Guia alimentar para a população brasileira**. 2014. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/publicacoes/alimentacao-adequada-e-saudavel/guia-alimentar-para-a-populacao-brasileira-2014/8-guia-alimentar-para-a-populacao-brasileira-2014.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2018

jornada ainda está apenas na fase primária, que as tentativas de controle não estão sendo suficientes e que muito ainda está por vir.

A regulação da publicidade de alimentos está situada em um contexto de jogo político e importância econômica, em que os mais poderosos interessados estão contra sua implementação. São por essas e outras razões que tem sido uma verdadeira batalha jurídica e principalmente política, para que a legislação brasileira obtenha avanços.

Preocupada com os resultados das pesquisas de saúde pública, a Organização Mundial de Saúde (OMS) e outras organizações de saúde e defesa do consumidor estão recomendando que os governos dos países membros adotem políticas públicas e regulamentação específica para o marketing de alimentos não saudáveis.⁷⁹ O cenário normativo brasileiro, mesmo com o CDC e o ECA, carece na regulamentação desses setores e não consegue efetivamente proteger o público infantil das abusividades exercidas pelas indústrias de alimento e propaganda.

3.2.1 Anvisa: A Consulta Pública nº 71 e a Resolução da Diretoria Colegiada nº 24/2010

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), foi criada em 1999 para proteger a saúde da população. Em 2001, por meio de Medida Provisória, sua função foi ampliada para que abrangesse a propaganda dos produtos que eram por ela submetidos à vigilância, tendo sido criado um órgão interno para esse propósito: a Gerência-Geral de Monitoramento e Fiscalização de Propaganda, de Publicidade, de Promoção e de Informação de Produtos Sujeitos à Vigilância Sanitária (GPROP). Além dessa atribuição, a agência tentou regular a propaganda de bebidas alcoólicas, não logrando êxito devido ao entendimento do órgão máximo de consultoria jurídica do Poder Executivo, que após analisar a resolução, decidiu que há necessidade de respaldo legal em lei federal anterior regulando a matéria. Num outro caso, a tentativa fracassada foi para a regulamentação da propaganda de medicamentos, que gerou enormes discussões entre o CONAR, a AGU e a Anvisa. Na visão da

⁷⁹ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil.** 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018

AGU, a agência estava extrapolando os limites constitucionais, adentrando na esfera de atuação da União. Os pareceres foram sempre favoráveis à indústria publicitária.⁸⁰

Observa-se que diante da dificuldade de se tratar sobre a regulamentação da publicidade de alimentos e bebidas alcoólicas, a dificuldade de tratar sobre a limitação da propaganda de alimentos resta muito maior, mesmo sendo todas elas asseguradas pela própria Constituição em seu artigo 220, §3º, II e §4º, segundo a qual:

“§3º – Compete à lei federal: II – estabelecer os meios legais que garantem à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”

“§4º – A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

A Anvisa iniciou em 2005 as discussões sobre a regulamentação da propaganda de alimentos, instituindo um grupo formado por 12 organizações: Anvisa; Associação Brasileira das Indústrias de Alimentos; Frente Parlamentar de Saúde da Câmara dos Deputados; Coordenação-Geral de Política de Alimentação e Nutrição; Comissão de Assuntos Sociais do Senado; Conselho Federal de Nutricionistas; CONAR; Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor; Instituto de Defesa do Consumidor; Ministério da Agricultura; Ministério Público Federal e a Sociedade Brasileira de Pediatria.⁸¹

Esse grupo apresentou uma minuta de regulamentação, que iniciou a Consulta Pública nº 71, tornando pública a intenção da Anvisa de regular tecnicamente:

⁸⁰ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 13

⁸¹ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 15

“...a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objeto fosse a divulgação ou promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, quaisquer que sejam as formas e meio de sua veiculação”⁸²

A proposta previa a obrigatoriedade de advertências em alimentos com altos teores desses ingredientes, limitaria o conteúdo abordado nas propagandas, e proibiria a associação desses alimentos com a saúde. A parte mais rígida da norma se destinava exclusivamente às crianças, estipulando horários para a veiculação de comerciais em rádio e televisão, e vedando o uso de personagens infantis e propagandas dentro das escolas. Proibia também a distribuição de amostras grátis e cupons de desconto. Se aprovado, esse regulamento técnico restringiria de forma substancial as propagandas de alimentos nocivos à saúde.⁸³

A Consulta Pública n° 71 atentaria diretamente contra os interesses de dois setores poderosos da economia: a indústria de alimentos, representada principalmente pela Associação brasileira das Indústrias da Alimentação (ABIA); e a indústria de propaganda, pelo CONAR. Este último setor seria afetado tanto na esfera dos anunciantes, quanto das agências e veículos de comunicação. O setor publicitário no Brasil à época tinha um faturamento que representava 4% do PIB, mais especificamente, de R\$21,4 bilhões, com 711 mil empregados. No entanto, o maior setor é o da indústria de alimentos, devido ao seu poderoso *lobby*. Em 2013 o faturamento do ramo chegou a R\$484,7 bilhões, movimentando um décimo da economia nacional, com 1.5 milhões de pessoas empregadas. Apenas essas informações oferecidas pelo Idec em 2014 são suficientes para mostrar o quanto seria delicado impor medidas de limitação a esses poderes.⁸⁴

Diante do debate político e dos interesses afetados pela Consulta, a Anvisa resolveu levar o debate ao âmbito público para avaliar realmente a

⁸² ANVISA. **Consulta Pública n°71, de 10 de maio de novembro de 2006**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/propaganda/minuta_consulta71_2006.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁸³ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 16

⁸⁴ BAIRD, 2002, apud INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 17

intensidade e dimensão do impacto do que estava sendo proposto por ela. Os números de contribuições que rejeitaram e apoiaram foram praticamente os mesmos, mas concluiu-se que havia um grupo escondido de centenas de manifestações elaboradas pelo setor privado extremamente qualificadas e contra a resolução. Ou seja, os interessados mais pertinentes foram contra.

O campo jurídico dos argumentos dos grupos contra e favor foi bastante diverso de natureza jurídico-legal, impacto econômico, liberdade individual e técnica-científica.⁸⁵

Quanto a natureza jurídico-legal, o setor regulado se posicionou pela inconstitucionalidade e ilegalidade, arguindo com fundamentação nos artigos 22 e 220 da Constituição Federal, a competência privativa da União de legislar sobre propaganda comercial e a liberdade de expressão e “direito à liberdade de propaganda”. Já a sociedade civil contra-argumentou no sentido de que a propaganda comercial não tem relação com a liberdade de expressão, que é um direito fundamental, e que a liberdade comercial não está na ordem econômica. Além disso, utilizou o artigo 196 da Constituição, que dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e as garantias de proteção integral da criança contidas também no CDC e no ECA.⁸⁶

Quanto ao impacto econômico, o setor regulado arguiu a queda do PIB e aumento do desemprego. A sociedade civil contra-argumentou que a restrição da publicidade de cigarro não inviabilizou a indústria tabagista. Ademais, quanto à liberdade individual e técnica, o setor contra-argumentou que seria uma afronta à liberdade de escolha e que havia falta de embasamento técnico-científico. Os favoráveis à regulação responderam que o Estado tem o dever de informar à população sobre os malefícios dos alimentos e proteger a criança em face de sua

⁸⁵ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 21

⁸⁶ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 21

vulnerabilidade, que é comprovado que os nutrientes a serem regulados trazem prejuízos a saúde e que a publicidade afeta o consumo.⁸⁷

A quantidade de contribuições feitas durante a CP n° 71 fez com que o processo regulatório da Anvisa se estendesse, e então foi realizada uma audiência pública para o debate do assunto em agosto de 2009. Nada efetivamente foi solucionado, o setor ameaçado decidiu que caso a resolução fosse publicada, ela seria levada à Justiça para a derrubada. Sentindo-se pressionados pela possível iminente regulação, os presidentes da Associação Brasileira das Indústrias de Alimentos e da Associação Brasileira de Anunciantes assinaram cinco dias após a audiência pública, uma medida junto a vários outros empresariados, para a adoção de um compromisso público em que cada empresa estabeleceria sua própria política de autorregulação.⁸⁸

Em 2010 a Anvisa fez uma nova proposta de resolução buscando maior adesão, a Resolução da Diretoria Colegiada n° 24/2010. O novo texto era muito mais simples e de abrangência menor, tendo as privações sido drasticamente amenizadas. O terceiro eixo (destinado à proteção da criança), foi praticamente substituído por um parágrafo reafirmando a necessidade de veiculação de alertas nas propagandas infantis. Mesmo assim, a resposta dos empresariados foi ainda pior, não dispostos a discutir e prontos para um enfrentamento jurídico.⁸⁹

Diante de tantos empasses e jogadas políticas, a Anvisa resolveu que não havia mais espaço para negociações e publicou a RDC n° 24 em 29 de junho de 2010, o primeiro regulamento específico a tratar da propaganda de alimentos.⁹⁰

⁸⁷ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 21

⁸⁸ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 27

⁸⁹ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 28

⁹⁰ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em:

A AGU, que exercia um lobby muito grande com o empresariado, publicou um parecer contrário. Várias organizações, como o Idec e o Instituto Alana, além de outros internacionais, como o *Consumers International*, enviaram cartas questionando a posição do órgão e manifestando apoio à Anvisa. Mesmo diante do parecer da AGU, a agência manteve a norma e a RDC n° 24/2010 foi judicializada.⁹¹

“Dos 11 processos que estão correndo na Justiça, dez já tiveram decisão em primeira instância, sendo sete favoráveis à indústria e três favoráveis à Anvisa. Em que pese o maior favorecimento à causa do setor regulado, destaca-se que a norma não é ponto pacífico no poder Judiciário. De maneira geral, quando os magistrados julgam procedentes as ações, decidindo, portanto, em favor da indústria, os argumentos de inconstitucionalidade e ilegalidade são aceitos. Nas ações favoráveis à Anvisa, os juízes costumam focar o grave problema de saúde que são as doenças crônicas não transmissíveis, afirmando que a regulação poderia ser feita pela agência, pois não caberia à lei chegar a esse nível de detalhamento.”⁹²

A Anvisa deve retomar o debate acerca da resolução, pois até hoje ela só rendeu custas judiciais. Todavia, com tantos acontecimentos internos e toda a dificuldade em relação ao tema, é difícil saber o posicionamento da agência quanto a retomada de medidas para a continuidade da missão. É mais plausível que, se decida prosseguir, os enfrentamentos políticos ocorram no Congresso Nacional, no âmbito do Poder Legislativo. No entanto, a resistência será forte, pois sabe-se que pela Casa, os interesses de empresários serão dificilmente prejudicados. Acredita-se que com o tempo, a matéria ganhe mais repercussão e respaldo social como aconteceu com o tabagismo, traduzindo um melhor avanço legislativo.⁹³

<<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 30

⁹¹ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 30

⁹² BAIRD, Marcelo Fregano. **O lobby na regulação da publicidade de alimentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000100067>. Acesso em: 16 mar. 2018

⁹³ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 36

3.2.2 O Poder Legislativo

A partir de 2007, quando as normas de regulação publicitária e comercialização de alimentos nas escolas começaram a ser discutidas, o Congresso passou a contar com muitos projetos de lei referentes à matéria. Apesar da quantidade (81 PLs), o trâmite ainda é muito lento. Apenas o PL 127/2007, que foi renumerado como PLC 93/2010, foi aprovado na Câmara dos Deputados e remetido à análise do Senado.⁹⁴

“De forma genérica, os 81 PLs levantados versam sobre os seguintes temas gerais: restrições à comercialização de brindes e brinquedos associados a alimentos; composição nutricional (fixação de limites máximos de açúcar ou sódio nos alimentos; proibição de gordura trans); restrições à comercialização e/ou publicidade de alimentos nas escolas; restrições à publicidade de alimentos (avisos de alerta sobre riscos potenciais, proibição de direcionamento à criança, restrições de horários); regramento das informações dispostas na rotulagem/embalagem de alimentos (avisos de alerta, destaque à informação nutricional etc.); tributação (isenção de impostos para produção de determinados produtos alimentícios); outros (informação em geral sobre alimentos)”⁹⁵

A pesquisa do Idec constatou que a maioria dos projetos adequados buscam restringir a publicidade de bebidas e alimentos que tem como público alvo as crianças, proibindo a venda de refeições que incluem brindes, limitando as propagandas dentro das escolas e obrigando a inclusão de avisos sobre produtos com baixo teor nutritivo e quantidades elevadas de açúcar, sódio e gorduras nocivas.⁹⁶

Existem ainda, propostas de tributação no Congresso Nacional, mas todas com baixo grau de prioridade. Conclui-se que não existe, na legislação brasileira, propostas de tributação e precificação promovendo o estímulo à uma

⁹⁴ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 68

⁹⁵ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 68

⁹⁶ INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 69

alimentação menos processada e industrializada e mais voltada à orgânica, natural e saudável.⁹⁷

3.3 A jurisprudência no Brasil

A Justiça possui importante papel na busca pela efetiva regulação das propagandas de alimentos nocivos à saúde que são destinadas ao público infantil. Como anteriormente observado, todas as tentativas de criação e aplicação de novas normas neste sentido estão sendo judicializadas, e por isso cabe ao Poder Judiciário, colocar na balança as questões econômicas e a necessidade de proteção das crianças.

Nos tribunais superiores, poucas demandas foram julgadas sobre o tema da proteção legal infantil em face do abuso publicitário da indústria de alimentos. Entretanto, não se pode esquecer que os órgãos jurisdicionais têm primado pela tutela da população infantil de forma a tentar tornar efetivos os compromissos que o Brasil assumiu não só perante a sua própria ordem constitucional, mas, também, no plano internacional, ao subscrever a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, cujo texto foi incorporado, formalmente, ao sistema de direito positivo interno de nosso país pelo Decreto presidencial nº 99.710, de 21/11/1990.

Como exemplo, o Supremo Tribunal Federal, julgou a ADI 5631 MC/DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin, interposta pela Associação Brasileira de Emissoras De Rádio e Televisão (ABERT), com vistas a questionar a constitucionalidade da Lei nº 13.582, de 14 de setembro de 2016, do Estado da Bahia. A requeira alegou que a lei viola a competência privativa da União para legislar sobre publicidade comercial (art. 22, XXIX, CF). Fortaleceu suas alegações no fato de que inexistente lei complementar federal autorizativa da competência dos Estados quanto à matéria (art. 22, parágrafo único, CF), bem como que a lei sob comento violaria o art. 220, §§ 3º e 4º da Carta, que estabelece que as restrições legais à propaganda comercial devem ser impostas por lei federal. Defendeu, ainda, a inconstitucionalidade material do ato normativo, pois, à luz do disposto no art. 220

⁹⁷INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil.** 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018, p. 69

e §§, a lei impugnada proibiu a propaganda comercial de produtos não elencados nas hipóteses de restrições taxativas do art. 220, § 4º: “tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias”. Ou seja, a lei proibiu a propaganda comercial de produtos não inscritos no rol taxativo.⁹⁸

Todas essas questões ainda pendem de análise da Suprema Corte, guardiã da Constituição Federal, que garante proteção integral e defesa dos direitos da criança.

Diante da decisão do STF, observa-se a dificuldade que a Justiça enfrenta para garantir a tutela das crianças quando trata-se de casos judiciais acerca da legalidade de uma nova regulamentação. No entanto, ela tem se mostrado eficiente em casos específicos de caracterização de propaganda abusiva, decidindo contra as indústrias alimentícias e as agências publicitárias, utilizando como fundamento as normas já existentes, notadamente o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse particular, assume relevo o emblemático caso em que o TJSP condenou empresa por publicidade infantil com caracterização de venda casada.

O Ministério Público de São Paulo propôs uma Ação Civil Pública contra uma campanha publicitária de uma empresa do ramo alimentício. A campanha oferecia relógios de personagens infantis caso o consumidor adquirisse cinco pacotes de biscoito e adicionasse 5 reais no pagamento. Se extrai do acórdão: “essa prática é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O consumidor não pode ser obrigado a adquirir um produto que não deseja”. O tribunal estadual condenou a empresa a pagar 300 mil reais de indenização à sociedade pelos danos difusos causados e vetou à empresa esse tipo de publicidade, sob pena de multa.⁹⁹

A ação chegou ao Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins. A empresa recorrente alegou que a campanha publicitária era dirigida aos pais e negou, assim, a acusação de se tratar de prática enganosa,

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 5631 MC/DF**. Segunda Turma. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000312721&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp1558086/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201500615780&dt_publicacao=14/10/2015>. Acesso em: 26 mar. 2018.

abusiva e ilegal, segundo o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.¹⁰⁰

Ao julgar o recurso especial, a 2ª Turma considerou que a campanha publicitária infantil consubstanciava venda casada e manteve a condenação proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Afirmou o Ministro Relator que: “Ficou configurada a venda casada, não tenho dúvida. Entendo ser irretocável o acórdão”. Os demais ministros da 2ª Turma acompanharam o voto do relator. Para o ministro Antônio Herman Benjamin, trata-se de uma “aberração” e de um “caso paradigmático no STJ, que servirá de referência para as campanhas publicitárias da indústria alimentícia, eis que:

“Temos publicidade abusiva duas vezes: por ser dirigida à criança e de produtos alimentícios. Não se trata de paternalismo sufocante nem moralismo demais, é o contrário: significa reconhecer que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos é dos pais. E nenhuma empresa comercial e nem mesmo outras que não tenham interesse comercial direto, têm o direito constitucional ou legal assegurado de tolher a autoridade e bom senso dos pais. Este acórdão recoloca a autoridade nos pais.”¹⁰¹

A ministra Assusete Magalhães, então presidente da 2ª Turma, assim fundamentou seu voto: “trata-se de um caso típico de publicidade abusiva e de venda casada, igualmente vedada pelo CDC, numa situação mais grave por ter como público alvo a criança”.¹⁰²

Infere-se do precedente acima que a decisão do Superior Tribunal de Justiça é exemplar, pois serve de paradigma para orientar a interpretação da lei federal por outros juízes e tribunais em casos análogos de publicidade abusiva que se dirige ao público infantil.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp1558086/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201500615780&dt_publicacao=14/10/2015>. Acesso em: 26 mar. 2018.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp1558086/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201500615780&dt_publicacao=14/10/2015>. Acesso em: 26 mar. 2018.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp1558086/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201500615780&dt_publicacao=14/10/2015>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CONCLUSÃO

Quando uma mercadoria adquire publicidade através da propaganda, ela não está somente sendo levada a conhecimento do público, ela está provocando ânimo por uma aquisição onerosa. É por isso que o Código de Defesa do Consumidor conferiu a natureza jurídica de contrato à oferta publicitária. No momento em que o consumidor fica exposto à uma prática publicitária, o fornecedor passa a ter a obrigação de cumprir com a oferta, tendo-se a formação do contrato com a simples aceitação do consumidor. Desse modo, as propagandas, anúncios e campanhas são tidas como fase pré-contratual das relações de consumo.

Com o objetivo geral de proteger o elo mais fraco da relação consumerista, o CDC buscou coibir a veiculação de propagandas consideradas enganosas e abusivas. Não há, na Constituição, nada que se refira à restrição direta da publicidade, porém existem diversos dispositivos que são indiretamente ligados à esse entendimento.

Em geral, a propaganda fornece um incentivo para mudanças de atitude e hábitos, e por isso a sociedade precisa que o Estado regule a atividade publicitária. É pacífico o entendimento de que o exercício do direito à publicidade não pode ser impedido, uma vez que é constitucionalmente protegido. No entanto, esse direito deve ser submetido aos limites das normas garantidoras dos Direitos Fundamentais, que são inafastáveis.

O público infantil é vulnerável e se compõe de pessoas em formação e transformação, restando essencial assegurá-las com tratamento legal prioritário e efetivo.

Após o estudo aprofundado sobre o que é a verdadeiramente a vulnerabilidade das crianças; e de todos os princípios e fundamentos de sua tutela; juntamente com a legislação protetiva existente na CF, no CDC e no ECA, mais clara fica a importância do tratamento especial que elas recebem. Tratamento esse que, não é suficiente na prática e precisa ser aprimorado para a efetiva garantia protecionista.

As indústrias de alimentos e agências publicitárias estão se valendo da vulnerabilidade do público infantil e de técnicas altamente eficazes de persuasão para aumentarem suas vendas. Assim, a oferta de alimentos industrializados se transformou numa onda massiva de anúncios que atinge as crianças por toda parte, fazendo com que esses produtos nunca passem despercebidos. Além do excesso de publicidade, algumas propagandas ainda induzem ao erro, pois ao subtraírem informações, levam o consumidor a acreditar que está adquirindo um alimento saudável.

Órgãos de saúde nacionais, seguindo recomendação internacionais, tem tentado atuar na regulamentação da publicidade de alimentos. O Guia Alimentar para a População Brasileira, do Ministério da Saúde, reconheceu a publicidade como obstáculo para a alimentação saudável e destacou que uma efetiva regulação é necessária. A Anvisa estudou a situação e elaborou uma regulamentação que teria ótimos resultados se sua publicação não houvesse sido suspensa pela pressão dos empresariados. O problema está no poder que a indústria de alimentos tem sobre a economia do país, podendo sua limitação provocar déficit e desemprego. Diante disso, essa discussão se tornou um grande jogo político.

Se faz necessário considerar o artigo da Constituição Federal que fala sobre os direitos da criança de maneira ampla; o ECA, que se aprofunda nesses direitos; e os artigos 36 e 37 do CDC, que respectivamente dispõem que a publicidade deve ser claramente identificada como tal e que classifica como abusiva a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento da criança. Ao se juntar esses dispositivos, é possível concluir que qualquer propaganda destinada à criança é ilegal. Mesmo assim, não seria razoável, nos dias de hoje, querer proibir intolerantemente a publicidade infantil.

O Judiciário tem feito sua parte no que cabe a ele. O que deve ser buscado, é um efetivo aprimoramento na legislação pertinente, a aprovação de uma regulamentação mais restrita, e para isso é preciso que haja um meio termo, um consenso dentro dessa enorme confusão política e econômica que acaba por alongar e piorar a situação da saúde das crianças.

O caminho para se alcançar a efetiva proteção legal infantil em face do abuso publicitário da indústria de alimentos e o direito à alimentação saudável e

adequada ainda é muito longo. Mesmo com a conscientização da sociedade para com essa matéria, que vem acontecendo gradualmente num plano mundial, se mostra urgente a necessidade de aprovação de uma regulação específica, concentrada e eficaz no ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMIM, Andrea Rodrigues et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANVISA. **Consulta Pública nº71, de 10 de maio de novembro de 2006**. Disponível em : <http://www.anvisa.gov.br/propaganda/minuta_consulta71_2006.pdf >. Acesso em: 19 nov. 2017.

BAIRD, Marcelo Fregano. **O lobby na regulação da publicidade de alimentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000100067>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BORTOLETTO, Ana Paula. **Publicidade de alimentos o obesidade infantil: uma reflexão necessária**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/03/publicidade-de-alimentos-e-obesidade-infantil-buma-reflexao-necessariab.html>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp1558086/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201500615780&dt_publicacao=14/10/2015>. Acesso em: 26 mar. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 5631 MC/DF**. Segunda Turma. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000312721&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BUENO, Emizael Corrêa. **Venda Por Amostragem**. 2006. 33 p. Monografia (Direito)- Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2006.

CAPPELLESSO, Dianiny. **A Proteção Jurídica da Criança Contra Publicidade Abusiva no Mercado de Consumo**. 2014. 65 p. Monografia (Direito)- Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.

CAZZAROLI, Aline Raquel. Publicidade Infantil: o estímulo ao consumo excessivo de alimentos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 92, set 2011.

CEYLÃO, Camilla. **Alimentação Saudável e publicidade**: Onde está o problema?. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2015/alimentacao-saudavel-e-publicidade-2013-onde-esta-o-problema>> . Acesso em: 17 mar. 2018

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

ERENBERG, Jean Jaques. **Publicidade Patológica na Internet à Luz da Legislação Brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva**: Incitação à Violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

FERRACIU, João De Simoni Soderini. **Promoção de Vendas**: 40 anos de teoria e prática promovendo e vendendo. São Paulo: Makron Books, 1997. 273 p.

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

INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Criança, Alvo Fácil da Publicidade**. 2013. Disponível em: <<https://www.idec.org.br/em-acao/revista/o-labirinto-das-multas/materia/crianca-alvo-facil-da-publicidade>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade de Alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. 2014. Disponível em: < <http://www.idec.org.br/pdf/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

KETZER, Solange Medina. A Criança, a produção cultural e a escola. *In*: MAGALHÃES, Cláudio *et al.* **A criança e a produção cultural – Do brinquedo à literatura**. Porto Alegre: Mecado Aberto, 2003.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LONGO, Walter. **A Importância da promoção no composto de marketing**. São Paulo: Atlas, 1985.

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

MOMBERGER, Noemí Friske. **A Publicidade dirigida às crianças e adolescentes**. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002.

MORAIS, Ivani Luiz de, “**Criança: a Alma do Negócio**”: A Publicidade Infantil nas Lacunas da Legislação. 2010, 79 p. Monografia (Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

MORAIS, Ivani Luiz de. **Criança: A Alma do Negócio**: A Publicidade Infantil nas Lacunas da Legislação. 2010. 79 p. Monografia (Direito)- Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

MORIN, Chirstophe. Neuromarketing: The New Science of Consumer Behavior. **Society**. San Anselmo, USA, v. 48, n.2.

OLIVEIRA, Thaynara de Souza; DE CARVALHO, Diógenes Faria. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Civilistica.com**, a. 3, n. 1, p.7, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-protecao-do-consumidor-crianca-frente-a-publicidade-no-brasil/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na Internet**: Consequências Jurídicas. Curitiba: Jorua, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

SILVA, Ana Maria Dias da; VASCONCELOS, Luciene Ricciotti. **A Criança e o Marketing**. São Paulo: Summus Editorial, 2012.