

TATIANA ARTIOLI MOREIRA

**OS LIMITES LEGAIS DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO
PÚBLICO INFANTIL NO DIREITO BRASILEIRO**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

SÃO PAULO

2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE DIREITOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO
CORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APEFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO - COGEAE
COORDENADOR: Dr. FREDERICO COSTA CARVALHO NETO

ESPECIALIZANDA:
TATIANA ARTIOLI MOREIRA

OS LIMITES LEGAIS DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO
PÚBLICO INFANTIL NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada com intuito de obtenção do título de Especialista em Direito das Relações de Consumo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, coordenado pelo Prof. Dr. Frederico de Costa Carvalho Neto.

PUC/SP

2012

DEDICATÓRIA

Ao meu querido e inesquecível avô Elpídio Artioli, *in memoriam*, por todos os anos em que me incentivou na vida acadêmica com seu enorme carinho e entusiasmo.
Aos meus pais, pela confiança e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Lúcia Helena e Pedro Carlos, pela paciência e incentivo para a concretização de mais este trabalho.

À minha irmã, Renata, que sempre esteve ao meu lado durante os desafios da vida.

Às minhas avós e familiares, pelos conselhos carinhosos e palavras de estímulo.

Ao meu namorado, que compreendeu minha ausência ao longo deste trabalho.

Aos Professores, especialmente à Fabíola Meira de Almeida Santos, minha orientadora, por todos os ensinamentos que muito contribuíram para a elaboração desta monografia.

E, especialmente a Deus, senhor da minha essência e sabedoria.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	9
2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DA PUBLICIDADE.....	9
2.2. CONCEITO E FINALIDADE DA PUBLICIDADE.....	13
2.3. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ..	17
2.3.1 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE	19
2.3.2. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA PUBLICIDADE.....	23
2.3.3. PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE	24
2.3.4. PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE	26
2.3.5. PRINCÍPIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	27
2.3.6. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO	28
2.3.7. PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO PUBLICITÁRIO	29
2.4. DESTINATÁRIOS DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA	31
2.4.1. CONSUMIDOR PADRÃO OU STANDARD	31
2.4.2. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO.....	32
2.5. PUBLICIDADE ILÍCITA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	36
2.5.1. PUBLICIDADE ENGANOSA	36
2.5.2. PUBLICIDADE ABUSIVA.....	37
3. SISTEMAS DE CONTROLE DA PUBLICIDADE.....	40
3.1. SISTEMA DE CONTROLE ESTATAL.....	41
3.2. SISTEMA DE CONTROLE PRIVADO.....	41
3.3. SISTEMA DE CONTROLE MISTO	43
4. A PUBLICIDADE DIRECIONADA AO PÚBLICO INFANTIL	47
4.1. CONCEITO DE CRIANÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	47
4.2. A HIPOSSUFICIÊNCIA DA CRIANÇA E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO ESPECIAL DA CRIANÇA	49
4.3. A ATUAÇÃO DO MERCADO PUBLICITÁRIO DIRECIONADO À CRIANÇA	52

4.4. A PUBLICIDADE INFANTIL - EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DAS MENSAGENS COMERCIAIS DIRIGIDAS À CRIANÇA	56
5. LIMITES LEGAIS E CONTROLE DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL NO BRASIL.....	62
5.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL.....	62
5.2. CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS	66
5.3. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	67
5.4. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	73
5.5. CÓDIGO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.....	76
5.6. PROJETO DE LEI Nº. 5.921/01	80
6. CONCLUSÃO.....	85
7. BIBLIOGRAFIA	87

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da publicidade, bem como apresentar os mecanismos de controle dessa atividade no direito brasileiro, considerando, sobretudo, a criança como o alvo principal das técnicas publicitárias e sua vulnerabilidade amplamente reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro.

A publicidade comercial é, reconhecidamente, uma importante atividade para a sociedade de consumo capitalista, com alto poder de influenciar o consumidor a adquirir os produtos e serviços colocados no mercado de consumo. Diante dessa tarefa atribuída à publicidade, importante observar as estratégias utilizadas para transmitir a mensagem publicitária, muitas vezes feita de forma ilícita, mitigando, assim, a liberdade de escolha e o direito de informação do consumidor.

Em decorrência dos abusos que presenciamos nas publicidades divulgadas nos diferentes meios de comunicação e a latente preocupação com as crianças expostas a essa prática, o presente trabalho foi elaborado visando ponderar a publicidade abusiva direcionada ao público infantil, a qual se utiliza da deficiência de julgamento e experiência da criança, para assim, seduzir esses pequenos indivíduos ao mercado de consumo.

Este trabalho também tem como escopo demonstrar os limites existentes na legislação pátria, bem como no âmbito da autorregulamentação, referentes à atividade publicitária infantil e os meios de defesa dos direitos das crianças diante da publicidade abusiva que lhe é constantemente dirigida.

Partiremos de uma breve análise da evolução da publicidade, trabalhando, em seguida, seu conceito e seus principais objetivos perante o mercado de consumo.

Em seguida faremos uma exposição dos princípios que regem a atividade publicitária contemplados no Código de Defesa do Consumidor, os quais visam assegurar os direitos dos consumidores expostos a essa prática comercial em notada ascensão.

Ato contínuo, apresentaremos os conceitos de consumidor e as formas de publicidade ilícita abarcadas pela legislação consumerista, bem como os sistemas de controle da publicidade para inibir os abusos da atividade publicitária.

Após estas considerações gerais no tocante à publicidade, passaremos a analisar a atuação do mercado publicitário direcionado às crianças, as quais são detentoras de uma proteção especial assegurada pela Constituição Federal, em razão de sua deficiência de julgamento e reconhecida hipossuficiência. Ainda, serão apresentados alguns efeitos decorrentes das mensagens publicitárias que são realizadas de forma abusiva visando atingir as crianças na sociedade capitalista.

Para concluir este estudo, faremos uma exposição dos limites legais e o controle exercido pela autorregulamentação perante a atividade publicitária direcionada ao público infantil no Brasil, demonstrando-se a necessidade de se tornarem efetivos e eficientes esses mecanismos de proteção aos direitos da criança frente à publicidade abusiva que lhe é direcionada.

2. A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DA PUBLICIDADE

O fenômeno da publicidade tem sua importância reconhecida para a sociedade desde as economias mais primitivas.

A publicidade já se mostrava presente desde a Antiguidade Clássica, época em que era predominantemente oral realizada por pregoeiros, que, através de gritos, ruídos e gestos, procuravam tornar conhecido do público a sua mercadoria¹.

Nessa fase também se encontram os primeiros vestígios de mensagens publicitárias evidenciados nas civilizações egípcias e gregas, que utilizavam as pinturas em muros ou rochas para divulgar as mercadorias e mensagens de vendas.

Segundo Neusa Demartini², “os gregos usavam a palavra e o cartaz como técnica rudimentar de informação comercial, mas sem o aspecto diferenciador que hoje apresenta”.

No entanto, podemos dizer que a publicidade surgiu de forma efetiva na Inglaterra do século XV, com o aparecimento da imprensa e a publicação dos primeiros anúncios de livros religiosos. Desse momento em diante, surgem inúmeros jornais e periódicos, e os anúncios publicitários tornam-se cada vez mais presentes nos meios de comunicação.

Esses primeiros anúncios tinham, no entanto, como finalidade única, chamar a atenção do leitor para determinado ponto ou fato relacionado aos bens anunciados, ou seja, a mensagem publicitária tinha o condão de ser informativa, tomando por vezes a forma de uma declaração³.

¹ MUNIZ, Eloá. *Publicidade e Propaganda: origens históricas*. Disponível em: <http://eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>. Acesso em 06/03/2012.

² GOMES, Neusa Demartini. *Publicidade: Comunicação persuasiva*. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 83.

³ MUNIZ, Eloá. *Publicidade e Propaganda: origens históricas*. Disponível em: <http://eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>. Acesso em 06/03/2012.

Nesse sentido, até o século XVI, quando a produção ainda era manufatureira, a publicidade realizada era simplesmente informativa, o fornecedor se limitava a fornecer dados sobre os produtos como, preços, qualidade e quantidade colocada à venda. O objetivo da publicidade, portanto, residiria mais em informar do que estimular ou induzir o consumo de bens e serviços.

A grande evolução para a publicidade, como fenômeno comercial, veio, porém, com o início do processo de industrialização. A Revolução Industrial, fenômeno iniciado ao final do século XVIII, foi um importante marco na história, representando um grande aumento da capacidade produtiva das empresas, o início da fabricação em série e o correlato consumo em massa, o que modificou completamente os métodos de produção e comunicação então existentes.

Segundo Rizzatto Nunes⁴, esse novo modelo de mercado foi marcado pela “fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, no intuito de diminuição do custo de produção, atingindo maiores parcelas de população com o aumento da oferta”.

Essa nova forma de comércio, baseado na produção industrial em massa e consequente aumento da oferta de produtos no mercado, fez surgir a necessidade de incrementar o consumo dos bens produzidos. É nesse momento que a publicidade de massa, voltada a um número indeterminado de pessoas, ganha extrema relevância para o mercado de consumo.

Portanto, podemos concluir que, o fenômeno da publicidade, nos moldes que hoje se conhece, passou a integrar a vida econômica, social e cultural das sociedades mais industrializadas, após a Segunda Guerra Mundial, quando o capitalismo e o desenvolvimento da produção em massa e da sociedade de consumo se fortificam.

⁴ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.70.

Ressalta Rafael Tocantins Maltez⁵ que “a revolução industrial e o surgimento da imprensa dão origem à moderna revolução da publicidade, ao transformar o público em massa, por efeito simultâneo dos meios de comunicação e da produção mecânica”.

Com o avanço dos meios de comunicação e a mudança de comportamento nas relações de consumo, a publicidade passou a ser utilizada como instrumento do comércio. O empresariado constatou que através da publicidade poderia obter maiores lucros no seu negócio, passando, então, a publicidade a ser mais persuasiva nas suas mensagens e perdendo, quase por completo, o seu sentido unicamente informativo. A publicidade, nesse sentido, foi um instrumento fundamental para ampliar as vendas e conquistar novos mercados.

Assim, segundo Neusa Demartini Gomes⁶,

(...) nasce a publicidade moderna, utilizando todos os meios a sua disposição (jornais, revistas, cinema, rádio, cartazes, outdoors, luminosos), pesquisando, adaptando-se, apropriando-se de elementos persuasivos não só do domínio da comunicação, mas buscando novidades nas artes, na psicologia, na semiótica, etc., tais como cores, fotografias, luzes, sons, cenários, ação, enfim, um campo aberto que avança conforme avançam as novas tecnologias e os novos conhecimentos teóricos destas áreas.

A publicidade passa a fazer parte do cotidiano nos meios de comunicação e “influencia as pessoas não somente no tocante aos produtos e serviços que irão adquirir, mas também com relação a questões comportamentais da sociedade⁷”.

Observa-se, portanto, que a publicidade, passou a ser utilizada como meio de induzir a população a adquirir os produtos e, além disso, como forma de despertar os desejos mais intrínsecos daqueles destinatários da mensagem publicitária.

No entanto, a utilização exacerbada da publicidade como meio de incentivar o consumo de produtos e serviços de forma mais agressiva, ou seja, tentado impor um produto

⁵ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade. : análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 92.

⁶ GOMES, Neusa Demartini. *Publicidade: Comunicação persuasiva*. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 83.

⁷ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *A publicidade abusiva em face da deficiência de julgamento e experiência da criança*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2005, p. 21

ao consumidor ao invés de apenas informar sobre suas qualidades e sugeri-lo, deu origem a muitos excessos no meio publicitário, e, por conseguinte, a necessidade da elaboração de normas e leis visando zelar pelos interesses sociais e reprimir eventuais vícios e desvios da publicidade.

Dessa forma, em razão da vertiginosa expansão da publicidade, os países passaram a regulamentar essa atividade, cada qual a sua maneira, uns de forma mais branda e moderada e outros mais controladores⁸, com o intuito de, alguma forma, estabelecer limites para a atividade publicitária e resguardar os interesses da sociedade.

No Brasil, diante do avanço dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão, e o crescente uso da publicidade pelos fornecedores de produtos e serviços, foram criadas algumas normas, que de alguma maneira, abordavam a atividade publicitária. No entanto, o Brasil carecia de uma regulamentação sistematizada.

Com promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a comunicação social ganha contornos essenciais, na medida em que seu artigo 220 garante a liberdade de expressão, observando os limites previstos na própria Carta Magna, e ao mesmo tempo, determina a competência da lei federal para “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

O artigo 221 da Constituição Federal, por sua vez, determina que a programação das emissoras de rádio e televisão devem respeitar os princípios elencados em seus incisos, ou seja, estabelece limites a serem seguidos também pela publicidade veiculada nos meios de comunicação.

No entanto, a publicidade comercial somente foi regulamentada por lei específica com a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu regras específicas para a produção publicitária.

⁸ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 21.

Importante observar que, o Código de Defesa do Consumidor regulamentou a publicidade do Brasil, sem, no entanto, limitar seu desenvolvimento, como ensina Nelson Nery Junior⁹.

O controle legal da publicidade não é a forma inconstitucional de censura, mas instrumento eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor. O art. 5 do Federal Trade Commission Act., dos Estados Unidos da América, com a emenda de 1938, já previa o controle da publicidade e nem por isso os Estados Unidos deixaram de ser o país onde mais e melhor se desenvolveu a atividade de criação publicitária.

Cabe ressaltar que, antes do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade, no Brasil, era controlada especificamente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), com base nas normas estabelecidas por seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que será objeto de estudo mais adiante.

No entanto, o autocontrole exercido pelo CONAR, não se mostrava suficiente, em face da própria natureza jurídica do Conselho, uma sociedade civil integrada majoritariamente por publicitários, cuja competência estatutária não vai além da imposição de penas como a advertência e a recomendação¹⁰. Por isso, a necessidade da regulamentação da publicidade por lei federal, como o Código de Defesa do Consumidor.

2.2. CONCEITO E FINALIDADE DA PUBLICIDADE

O conceito de publicidade não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro de forma clara e precisa, tarefa que ficou a cargo dos doutrinadores que estudam a matéria.

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *O regime da publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor nº. 15, julho/setembro, 1995, p. 210/214.

¹⁰ ALMEIDA, Aliette Marisa S.D.N. Teixeira de. *A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor nº. 53, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 12.

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, todavia, conceitua a publicidade, no seu artigo 8º, como “toda a atividade destinada a estimular a consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias”.

Antônio Herman Benjamin¹¹, um dos autores do anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, citando o jurista Carlos Ferreira Almeida, assevera que publicidade é “toda a informação dirigida ao público como objetivo de promover, directa ou indirectamente, uma atividade económica”.

No conceito de Doroty Cohen¹², também explicitado na obra de Antônio Herman Benjamin,

(...) publicidade é uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas dos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos do consumidor e o desenvolvimento do bem-estar social e econômico.

Segundo o Comitê de Definições da American Association of Advertising Agencies (AAAA) “publicidade é qualquer forma paga de apresentação e promoção tanto de idéias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado¹³”.

Adalberto Pasqualotto¹⁴ descreve a publicidade “como toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa”.

¹¹ *Apud* BENJAMIN, Antônio de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 316.

¹² *Apud* BENJAMIN, Antônio de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 316.

¹³ BENJAMIN, Antônio de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 316.

¹⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

Para Cláudia Lima Marques¹⁵, publicidade representa “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”.

Podemos dizer que a publicidade, de acordo com os conceitos apresentados, trata-se de uma forma de comunicação social com o objetivo de estimular o consumo de produtos e serviços, bem como incentivar determinado comportamento na sociedade de consumo.

No tocante à função da publicidade comercial no mercado de consumo, José Geraldo Brito Filomeno¹⁶ destaca que esta atividade tem por finalidade “(1) tornar um produto ou serviço conhecidos do público-alvo-potencial-consumidor; (2) tentar convencer esse mesmo público a comprar o produto ou serviço anunciados”.

Nas palavras de Reynaldo Andrade Silveira¹⁷:

A publicidade tem o poder de moldar a opinião pública, uma vez que nem sempre o receptor da notícia/mensagem tem a capacidade crítica para avaliar o que está sendo transmitido. Os veículos de comunicação alcançam os mais diversos públicos, crianças, jovens, adultos e idosos, agindo intensamente no sentido de convencer, a pretexto de informar.

Portanto, entendemos que a publicidade tem um alto poder de persuadir os consumidores a adquirir os produtos ou serviços anunciados. Em outras palavras, a publicidade tem o poder e, finalidade máxima, de induzir o consumo.

Por outro lado, há de se observar que a publicidade, como forma de estimular as necessidades e ampliar a demanda por produtos e serviços, é uma técnica de comunicação que impulsiona a indústria e o comércio, tendo, portanto, sua importância reconhecida para o desenvolvimento da economia.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.345.

¹⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 209-210.

¹⁷ SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas Mercantis do Direito do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 149.

Segundo a visão de Suzana Maria Federighi¹⁸, a publicidade pode ser vista como “um instrumento multifacetado, voltado a introduzir, perpetuar o fornecedor e o mercado consumidor. É de fato uma parcela dos instrumentos de marketing disponíveis para todos os fornecedores, e tem a função singela de constituir mecanismos de retroalimentação do capitalismo”.

Embora utilizados como sinônimos no cotidiano, publicidade e propaganda são conceitos distintos. A doutrina aponta a publicidade como uma forma de divulgação comercial dos produtos e serviços no mercado de consumo, e a propaganda como forma de manifestação pública de ideias políticas, religiosas, ideológicas, filosóficas, sempre desvinculadas do consumo, ou seja, sem caráter comercial¹⁹. Enquanto a publicidade tem um objetivo comercial, a propaganda tem o condão de difundir uma ideia.

Das descrições contidas no Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa²⁰ tem-se que a propaganda corresponde à disseminação de ideias, informações ou rumores com o fim de auxiliar ou prejudicar uma pessoa ou instituição. Já a publicidade é definida como toda forma de mensagens, por meio de anúncios, com o fim de influenciar o público consumidor.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin²¹ defende:

Não se confundem publicidade e propaganda, embora, no dia-a-dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda visa um fim ideológico, religioso, filosófico, político econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda.

Portanto, podemos concluir que a publicidade tem como principal objetivo persuadir os consumidores, alvo das mensagens publicitárias, a adquirir determinados produto

¹⁸ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Algumas Notas Sobre a Publicidade no CDC*. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 227.

¹⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.

²⁰ Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, 10. ed., São Paulo: Melhoramentos, 1988, p.1404/1419.

²¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto*, 9ª Ed., 2001, p. 318.

ou serviços, no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial. Em outras palavras, tem a finalidade de ressaltar as qualidades dos produtos e serviços anunciados com o intuito de convencer os consumidores a comprá-los. Por outro lado, a propaganda tem uma natureza ideológica, com a função de difundir uma ideia, sem cunho comercial.

No entanto, vale destacar que no ordenamento jurídico brasileiro os termos publicidade e propaganda são utilizados indistintamente, por diversas vezes, como se sinônimos fossem. O artigo 222, inciso II, parágrafo 4º, da Constituição Federal utiliza o termo “propaganda comercial”. Até mesmo o Código de Defesa do consumidor, nos seus artigos 56, inciso XII e 60, faz uso do termo “contrapropaganda”, sendo que o mais correto seria “contrapublicidade”. E essa confusão de termos é também observada em outras normas do sistema legal brasileiro.

Embora possa existir uma confusão na utilização dos termos, importante frisar que o Código de Defesa do Consumidor não regula a propaganda, mas tão somente a publicidade no sentido *stricto* do termo.

2.3. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Para entendermos melhor o instituto na publicidade e seus limites legais, importante compreender os princípios norteadores da publicidade inseridos no Código de Defesa do Consumidor.

Fundamental iniciarmos o estudo dos princípios jurídicos a partir de sua definição. Assim, conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello²²:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

²²BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

Os princípios sempre funcionarão como alicerce e pilastras do sistema jurídico, sendo utilizados como critérios de interpretação e aplicação das normas, além de poderem ser fontes subsidiárias em casos de lacunas na lei, agindo como fator de integração do direito. Daí a importância de uma análise mais aprofundada e a real compreensão dos princípios basilares da publicidade no Código de Defesa do Consumidor.

Cumpra, ainda, trazer o conceito de princípio jurídico apresentado por Roque Antônio Carrazza²³:

(...) princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que por sua grande generalidade ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Os princípios jurídicos são os fundamentos iniciais de uma regulamentação jurídica, exteriorizam os valores de uma sociedade, e, sobretudo, orientam a construção legislativa. Portanto, expressam os valores básicos do ordenamento jurídico do país, sendo verdadeiros pilares dos fundamentos éticos da sociedade. Assim também são os princípios orientadores das relações de consumo.

Ensina Geraldo Ataliba²⁴, que “os princípios são a chave e essência de todo o direito. Não há direito sem princípios. As simples regras jurídicas de nada valem se não estiverem apoiadas em princípios sólidos”.

Nesse sentido, entende-se que a atividade publicitária, por influenciar mentes e, por consequência, manifestações de vontade, deve ser limitada e regada por princípios e normas protetivas da parte mais vulnerável, qual seja, o consumidor²⁵, em especial a criança e o adolescente.

²³ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39.

²⁴ ATALIBA, Geraldo. Mudança de Constituição, RDP 86/181: In: Selma M. Ferreira Lemes, *Princípios e Origens da Lei de Arbitragem*. Revista do Advogado, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 51, outubro/1997, p. 32.

²⁵ SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O Marketing digital e a proteção do consumidor*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2009, p. 30.

Passaremos, então, a analisar os princípios orientadores da atividade publicitária²⁶ inseridos no Código de Defesa do Consumidor: princípio da identificação da publicidade (art. 36, caput, do CDC), princípio da vinculação contratual da publicidade (arts. 30 e 35 do CDC), princípio da veracidade (art. 37, § 1º, do CDC), princípio da não abusividade da publicidade (art. 37, §2º, do CDC), princípio da inversão do ônus da prova (art. 38 do CDC), princípio da transparência da fundamentação publicitária (art. 36, par. único, do CDC), princípio da correção do desvio publicitário (art. 56, XII, do CDC).

2.3.1 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE

O princípio da identificação da mensagem publicitária é acolhido no artigo 36, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 36 - A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Nesse mesmo sentido o Código de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) estabeleceu que a atividade publicitária deve ser sempre ostensiva (art. 9º) e que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação” (art. 28).

O princípio da identificação da mensagem publicitária determina que a publicidade deve ser facilmente identificada pelo consumidor, qualquer que seja sua forma de veiculação, e tem como objetivo assegurar o direito de o consumidor saber imediatamente que a mensagem transmitida tem caráter publicitário, ou seja, que aquela publicidade a que ele está exposto tem como única finalidade vender o produto ou serviço anunciado.

Assim ensina Claudia Lima Marques²⁷:

²⁶ Classificação feita por Antonio Hermam de Vasconcelos e Benjamim.

²⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 332 e 345.

A ideia básica do art. 36 é proteger o consumidor, assegurando-lhe o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidas não são gratuitamente e, sim, têm uma finalidade específica que é promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço.

Nesse sentido, a publicidade só é lícita quando o consumidor puder identificá-la fácil e imediatamente, ou seja, sem esforço ou exigência de capacitação técnica, e no momento de sua exposição²⁸.

Referido princípio visa impedir as mensagens publicitárias ocultas, dissimuladas, ou que não sejam distinguidas facilmente como tais pelos consumidores²⁹. Portanto, em decorrência desse princípio da identificação da publicidade, fica proibida a publicidade clandestina bem como a publicidade subliminar, práticas prejudiciais aos consumidores.

Publicidade subliminar é a técnica de inserir uma informação em uma campanha publicitária, de forma que o consumidor não consiga percebê-las de imediato. Trata-se de mensagens enviadas por um período tão curto, de forma dissimulada, que se torna imperceptível ao estado de consciência, mas que irão influenciar as escolhas, atitudes e a tomada de decisões posteriores dos consumidores. A mensagem subliminar é dotada de uma arte a mais, a arte da persuasão inconsciente, pois ela age no subconsciente das pessoas. Dessa forma, a publicidade subliminar pode ser entendida como antiética, uma vez que apresenta um conteúdo que não pode ser visto ou percebido de forma consciente e clara e o espectador não pode desfrutar plenamente de seu direito de escolha, uma vez que não está consciente da existência da mensagem publicitária.

Segundo Adalberto Pasqualotto³⁰, “subliminar é a mensagem que não é propriamente comunicação, é manipulação (são estímulos de curtíssima duração que têm como finalidade induzir psicologicamente o telespectador ou ouvinte)”.

²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 331.

²⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 213.

³⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 91.

Publicidade clandestina pode ser conceituada como uma forma de patrocínio disfarçado, na medida em que se integra ao roteiro de uma situação de uso ou consumo normal de um produto, mas com a exposição de sua marca ou fatores de identificação.

No entanto, nos deparamos com duas formas de publicidade que são bastante questionadas na doutrina em decorrência deste princípio: o *merchandising* e o *teaser*.

O *merchandising* que pode ser considerado um tipo de publicidade clandestina, nos dizeres de Rizzatto Nunes³¹ é a “técnica utilizada para veicular produtos ou serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes”.

No conceito de José Geraldo Brito Filomeno, o *merchandising* seria “a inserção de uma mensagem publicitária no cenário de um filme, novela, ou locução radiofônica, que como logotipo de que se quer anunciar, quer como diálogo entre artistas, ou mesmo exibição por breves instantes do próprio produto³²”.

O *merchandising* será, portanto, considerando publicidade clandestina, e, portanto, vedado pelo Código de Defesa do Consumidor por contrariar o princípio da identificação, quando não for possível ao consumidor identificá-lo como mensagem publicitária.

No entanto, o *merchandising* pode ser uma forma de publicidade lícita, quando não se reveste de clandestinidade, ou seja, fica evidente para consumidor que se trata de publicidade comercial.

Antônio Hermam Benjamin³³ reconhece que o Código de Defesa do Consumidor não traz uma proibição expressa do *merchandising*, mas reconhece que “não resta a menor dúvida de que, de uma forma ou de outra, o *merchandising* terá de se adaptar ao princípio de identificação da mensagem publicitária”.

³¹ RIZZATO, Nunes. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 231.

³³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

José Geraldo Brito Filomeno³⁴ entende que o *merchandising* não fere o princípio da identificação publicitária, sendo, portanto uma forma lícita de publicidade, quando o consumidor puder distinguir a publicidade com tal, quer pelo logotipo exibido, pelo diálogo travado entre os atores ou qualquer outro meio audiovisual.

Vale destacar, ainda, a previsão do *merchandising* no artigo 10 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, pelo qual resta expressamente determinada a necessidade dessa forma de publicidade se submeter ao princípio da identificação publicitária.

Artigo 10 - A publicidade indireta ou *merchandising* submeter-se-á igualmente a todas as normas dispostas neste Código, em especial os princípios de ostensividade (art. 9) e identificação publicitária (artigo 28).

Assim também é o entendimento em relação aos *teasers*, que segundo Rizzato Nunes³⁵, “são mensagens que visam criar expectativa ou curiosidade em torno de produtos ou serviços”. São verdadeiros anúncios dos anúncios.

De acordo com o artigo 9º, § 2º, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, *teaser* é a “mensagem que visa criar expectativa ou curiosidade no público, poderá prescindir da identificação do Anunciante, do produto ou do serviço”.

Portanto, o *teaser* é um fragmento da mensagem publicitária, permitido pela norma autodisciplinadora e também submetido aos princípios do Código Defesa do Consumidor. Assim expressa Antônio Herman Benjamin³⁶:

(...) o *teaser* nada mais é que uma parte da mensagem publicitária. E o que o Código exige é que esta e não o seu fragmento seja identificável facilmente. Logo, o princípio da identificação vale também para o *teaser*, só que sua aplicação faz-se apenas após a apresentação se seu fragmento final.

³⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 213.

³⁵ RIZZATO, Nunes. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 465.

³⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 335.

2.3.2. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA PUBLICIDADE

O princípio da vinculação contratual da publicidade está previsto nos artigos 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor, que seguem:

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

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Toda mensagem publicitária integra a oferta e obriga o fornecedor ao seu cumprimento nos exatos termos das informações veiculadas. Em outras palavras, a publicidade vincula contratualmente o fornecedor ao consumidor.

De acordo com José Geraldo Brito Filomeno³⁷, “uma vez veiculada uma oferta, ou então uma mensagem publicitária, o anunciante fica obrigado a contratar com os eventuais consumidores, exatamente pela maneira e condições ofertadas ou anunciadas”.

Visto os dispositivos acima, percebe-se que tal princípio obriga o fornecedor a cumprir o que fora anunciado, evitando assim as práticas abusivas e/ou enganosas. O consumidor pode exigir do fornecedor que cumpra o que fora veiculado na mensagem publicitária.

Descrevendo o princípio da vinculação contratual da publicidade, Rafael Tocantins Maltez³⁸ assim se posiciona:

³⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.212.

³⁸ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade*. Curitiba: Juruá, p. 333.

Trata-se de consequência do princípio da oferta vinculante. A publicidade vincula o fornecedor, obrigando-o ao cumprimento dos termos anunciados, integrando toda a informação veiculada, o futuro contrato a ser entabulado. Assim, a publicidade veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

O artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor, conforme acima reproduzido, elenca as consequências decorrentes da recusa pelo fornecedor do cumprimento da oferta ou publicidade. Ressalta-se que o consumidor, diante de tal situação, poderá optar pela solução que entender mais adequada, ou seja, exigir o cumprimento forçado nos exatos termos anunciados, aceitar outro produto ou serviço equivalente, ou então, rescindir o contrato.

2.3.3. PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE

O princípio da veracidade da publicidade está consagrado no artigo 37, § 1.º do Código de Defesa do Consumidor, em decorrência da proibição da publicidade enganosa, *in verbis*:

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

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

Nos dizeres de Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi³⁹, o princípio da veracidade “implica o afastamento da publicidade enganosa, e é um dos mais relevantes, pois consiste em evitar a captação da vontade do consumidor baseado na falsidade da informação”.

Por meio do princípio da veracidade, observa-se que as informações veiculadas nas mensagens publicitárias devem ser verdadeiras, ou seja, retratar a realidade do produto ou serviço anunciado. Dessa forma, os dados presentes na publicidade não devem ser capazes de

³⁹ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Algumas Notas Sobre a Publicidade no CDC. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 227.

induzir o consumidor em erro, no tocante às características dos produtos ou serviços objetos da publicidade.

Este princípio encontra-se fundamento nos princípios da boa-fé e da igualdade, que são verdadeiros pilares do Código de Defesa do Consumidor e, por consequência, das relações de consumo.

Cabe aqui mencionar a percepção de veracidade na relação de consumo, apresentada por Fabíola Meira de Almeida dos Santos⁴⁰:

A veracidade, pode-se dizer, está intimamente relacionada com a harmonização das relações de consumo, pois não há como se considerar uma relação harmônica quando uma das partes não oferece à outra, as reais características do produto/serviço que coloca no mercado.

Em decorrência do princípio da veracidade, tem-se que a publicidade deve ser honesta, apresentar as características verdadeiras dos bens anunciados. Assim, não se permite qualquer mensagem publicitária inteira ou parcialmente falsa. O princípio em questão almeja manter o consumidor informado corretamente sobre os produtos e serviços e visa coibir a publicidade enganosa, a qual será objeto de estudo mais adiante.

Rizzatto Nunes⁴¹ afirma que “o anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia de forma alguma, quer seja por afirmação, que por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio”.

Portanto, visando proteger os direitos dos consumidores, toda e qualquer informação ou comunicação de caráter publicitário deve ser necessariamente verdadeira, caso contrário será considerada enganosa nos termos nos termos da lei.

⁴⁰ SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O Marketing digital e a proteção do consumidor*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2009, p. 47

⁴¹ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 448.

2.3.4. PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE

O princípio da não-abusividade da publicidade está disciplinado no artigo 37, § 2.º do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

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

(...)

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

O princípio da não-abusividade, assim como o princípio da veracidade, decorre dos princípios da boa-fé e da igualdade entre os sujeitos da relação de consumo, uma vez que a publicidade abusiva afronta valores importantes para o consumidor, bem como abusa de sua boa-fé e vulnerabilidade na relação de consumo, com fulcro de valer-se de suas fragilidades, para a promoção de uma publicidade⁴².

A publicidade, portanto, deve zelar pelos valores éticos da sociedade, não induzindo o consumidor a qualquer situação que lhe seja prejudicial. Visto isto, o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se em afastar a publicidade abusiva, a qual afeta valores morais considerados importantes para a sociedade de consumo.

Assim, a publicidade será abusiva quando ofender a ordem pública e a ética, sendo certo que o rol apresentado no artigo 37 § 2º do CDC é apenas exemplificativo.

Vale destacar que uma das formas de publicidade abusiva é aquela que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”. Observa-se que o Código de Defesa do Consumidor oferece uma proteção especial as crianças contra os abusos publicitários. Este tema será mais bem explorado ao longo desse trabalho.

⁴² HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*. Curitiba: Juruá. 2006, p. 66.

Assim, o princípio da não-abusividade da publicidade deve ser observado consoante o artigo 39, inciso IV, do CDV, *in verbis*:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

Dessa forma, cumpre mencionar que a interpretação deste princípio da não-abusividade colabora para o entendimento que a publicidade dirigida ao público infantil, prevalecendo-se de sua deficiência de julgamento, fraqueza ou ignorância, e, assim, incitando a aquisição de produtos por essa categoria de indivíduo, é considerada abusiva, portanto, ilícita.

2.3.5. PRINCÍPIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova da veracidade da mensagem publicitária é do fornecedor, ou seja, o patrocinador da publicidade, conforme preconiza artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Importante destacar que a inversão do ônus da prova, em matéria publicitária, é absoluta, diferentemente daquela prevista no art. 6.º, VIII, do CDC⁴³, que depende da presença de dois pressupostos: magistrado quanto à verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor. Na publicidade, a inversão do ônus da prova é obrigatória e independe da discricionariedade do juiz.

⁴³ Art. 6.º - São direitos do consumidor: (...)VIII – a facilitação na defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Nos dizeres de Antônio Hermam Benjamin⁴⁴, a inversão do ônus da prova que informa a matéria publicitária, ao contrário daquela estabelecida no art. 6.º, VIII, do CDC, não está na esfera de discricionariedade do juiz, sendo, por sua vez, obrigatória. Refere-se a dois aspectos: a veracidade e a correção. A veracidade está diretamente ligada à prova de adequação ao princípio da veracidade. A correção, diversamente, compreende, a um só tempo, os princípios da não-abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.

O artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, estipula que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina. Nesse sentido, o Código deixou a cargo do patrocinador, vale dizer, o verdadeiro anunciante, a obrigação de comprar as informações por ele divulgadas. E não poderia ser diferente, uma vez que o patrocinador da publicidade é quem possui as informações e, portanto, somente ele terá condições de comprovar a veracidade ou não das informações veiculadas acerca do produto ou serviço.

2.3.6. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO

O princípio da transparência da fundamentação publicitária está previsto no parágrafo único do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 36 (...)

Parágrafo único - O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

⁴⁴BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária .2007, p. 369

Discorrendo sobre o tema, Antônio Hermam Benjamim⁴⁵ assevera que “o fornecedor tem ampla liberdade para anunciar seus produtos ou serviços. Deve, contudo, fazê-lo sempre com base em elementos fáticos e científicos: é a fundamentação”.

Portanto, o dever de fundamentação da publicidade é uma forma de proteger o consumidor da publicidade enganosa e abusiva, na medida em que as características atribuídas aos produtos ou serviços anunciados pelo fornecedor devem ser verdadeiras e fundamentadas, ou seja, devem corresponder aos fatos reais.

Ao mencionar o princípio da transparência, José Geraldo Brito Filomeno⁴⁶ esclarece que “cuida-se de princípio eminentemente ético, e tem por base o dever que é imposto tanto aos anunciantes, como aos seus agentes publicitários e veículos, que ao transmitir alguma característica especial sobre determinado produto ou serviço, e caso haja dúvida a respeito, que a justifiquem cientificamente”.

Cabe mencionar, ainda, que o descumprimento do princípio em comento, além da repercussão cível e administrativa, enquadra-se também como ilícito penal, previsto no art. 69, *ex vi legis*:

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

2.3.7. PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO PUBLICITÁRIO

Esse princípio da correção do desvio publicitário consiste em uma forma de amenizar os efeitos produzidos por uma publicidade considerada enganosa ou abusiva. Trata-se da contrapropaganda, prevista nos artigos 56, inciso XII e 60 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*.

⁴⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007, p. 334.

⁴⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 213.

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

(...)

XII - imposição de contrapropaganda.

(...)

Art. 60. A imposição da contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seis parágrafos, sempre às expensas do infrator.

Parágrafo Primeiro: A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

Quando ocorre um desvio publicitário, além de sua reparação civil e repressão administrativa e penal, necessário que sejam desfeitos o seu impacto sobre os consumidores, o que pode ser feito por meio da contrapropaganda ou contrapublicidade (termo mais apropriado considerando a diferenciação doutrinária entre propaganda e publicidade), que significa veicular outra publicidade, as expensas do próprio infrator, visando sanar os malefícios causados pela publicidade originária. Ou seja, através da contrapropaganda, o fornecedor é obrigado a informar corretamente ao consumidor, desfazendo os erros do anúncio original.

Assim apresenta Isabella Vieira Machado Henriques⁴⁷:

Por meio desse princípio, o desvio publicitário, qual seja a prática da publicidade enganosa ou abusiva, poderá ser corrigido pela imposição de contrapropaganda, que nada mais é senão uma publicidade divulgada pelo mesmo fornecedor daquela anterior considerada enganosa ou abusiva, às suas expensas e, nos termos da lei, preferencialmente da mesma forma, frequência, dimensão e no mesmo veículo, local, espaço e horário.

Nesse mesmo sentido se posiciona Rafael Tocantins Maltez⁴⁸:

A contrapublicidade não tem natureza preventiva, mas reparatória, possuindo o condão de minimizar o efeito deletério causado pela publicidade ilícita, o efeito residual, conforme já visto já visto, uma vez que é impossível retornar-se ao status quo ante. De todo modo revela-se medida

⁴⁷ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*. Curitiba: Juruá Ed., 2006, p. 69.

⁴⁸ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 342

salutar, apta a tentar despertar o consumidor para o ato praticado pelo fornecedor, podendo, em muito, reduzir ou evitar prejuízos, além de servir como fator desestimulante de práticas nocivas veiculadas por meio da publicidade, tanto do ponto de vista moral como econômico.

Dessa forma, concluímos que a contrapropaganda é uma forma de imposição de uma publicidade obrigatória e adequada em razão da veiculação de uma publicidade enganosa ou abusiva, com o objetivo de aniquilar a informação inadequada transmitida ao consumidor, restaurando dessa forma, a realidade dos fatos.

2.4. DESTINATÁRIOS DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA

Os destinatários das mensagens publicitárias são os consumidores. Para o estudo do presente trabalho, importante identificar quem são esses consumidores destinatários das comunicações publicitárias, haja vista o Código de Defesa do Consumidor não ter apresentado um único conceito de consumidor.

Visando amparar todas as pessoas envolvidas direta ou indiretamente nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor apresenta o conceito de consumidor padrão ou *standard*, e ainda traz o conceito de consumidores por equiparação, que são a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, as vítimas do acidente de consumo, e aqueles que estiverem expostos às práticas comerciais.

2.4.1. CONSUMIDOR PADRÃO OU *STANDARD*

O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor estabelece o conceito de consumidor padrão ou consumidor *standard*: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

De acordo com o dispositivo acima transcrito, qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá ser considerada consumidora, desde que assuma a posição de destinatária final do produto ou serviço na relação de consumo.

Segundo José Geraldo de Brito Filomeno⁴⁹, o conceito de consumidor adotado pelo Código de Defesa do Consumidor

(...) foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

Destinatário final, portanto, é o consumidor final que retira o produto do mercado de consumo e ao mesmo tempo o retira da cadeia de produção, ou seja, é aquele que não utiliza o bem adquirido para continuar a produzir.

Seguindo a lógica do destinatário final, referido autor apresenta seu entendimento quanto ao conceito de consumidor na acepção jurídica do termo⁵⁰:

Abstraídas todas as conotações de ordem filosóficas, psicológica e outras, entendemos por “consumidor” qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.

2.4.2. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO

Os conceitos de consumidor por equiparação encontram-se consubstanciados nos seguintes dispositivos do Código de Defesa do Consumidor: (i) Parágrafo único do artigo 2º, que aborda as pessoas equiparadas a consumidores; (ii) artigo 17, que destaca o consumidor enquanto vítima, ou seja, atingido pelos acidentes de consumo; (iii) e artigo 29, que enfatiza o consumidor exposto à práticas comerciais.

⁴⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, .p.28.

⁵⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Trata-se de consumidor equiparado tal como descrito no parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, a coletividade de pessoas que, de alguma forma, tenha participado nas relações de consumo.

Art. 2º. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor amplia o conceito de consumidor, uma vez que equipara à condição de consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, no entanto, estabelece a necessidade de que tenham participado de alguma forma na relação de consumo.

Conforme ensina Patrícia Caldeira⁵¹, “o ponto de partida da extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu* podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado”.

Segundo o professor Waldírio Bulgarelli⁵², o consumidor pode ser "aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos".

Portanto, o consumidor equiparado, para fins do parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, é aquele que se encontra numa posição de usar ou consumir determinado produto ou serviço, estabelecendo, portanto, uma relação atual ou futura com o fornecedor.

⁵¹ CALDEIRA, Patrícia. *Caracterização da Relação de Consumo. Conceito de Consumidor/Fornecedor. Teorias Maximalistas e Finalistas. Análise dos artigos 1º a 3º, 17 e 29, do CDC.* Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 21.

⁵² *Apud* FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 42

O artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, equipara à qualidade de consumidor as vítimas de acidente de consumo, que mesmo não tendo sido consumidores diretos, foram atingidos pelo evento danoso.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Importante esclarecer que o conceito de consumidor trazido pelo artigo 17 do CDC aplica-se somente a Seção III do Código que cuida da responsabilidade civil objetiva do produto ou serviço.

Observa-se que nesta passagem o legislador preocupou-se com a responsabilidade perante terceiros, protegendo os denominados *bystanders*, ou seja, aquelas pessoas estranhas à relação de consumo, mas que, no entanto, sofreram prejuízos em razão dos defeitos intrínsecos ou extrínsecos do produto ou serviço⁵³.

Dessa forma, o fornecedor de produtos ou serviços também possui responsabilidade perante terceiros, já que os danos causados por vícios de qualidade dos bens ou dos serviços não afetam somente o consumidor, mas podem afetar terceiros estranhos à relação de consumo.

Portanto, basta ser vítima de um produto ou serviço para assumir a posição de consumidor, portanto, legalmente protegido, nos termos do artigo 17 do CDC.

O Código de Defesa do Consumidor determina, ainda, um último conceito de consumidor por equiparação, no seu artigo 29, o consumidor exposto às práticas comerciais.

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

⁵³ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 208

O conceito de consumidor referido no art. 29 do CDC, é aplicável unicamente às situações inseridas nos capítulos "Das Práticas Comerciais" (no qual se inclui a publicidade, que é objeto deste trabalho) e "Da Proteção Contratual".

De acordo com o conceito apresentado no dispositivo legal acima citado, basta que a pessoa esteja exposta às práticas comerciais, dentre elas a publicidade, para ser enquadrada como consumidor. Portanto, não há necessidade de a pessoa ter participado efetivamente da relação de consumo ou, ainda, ter sido atingida por evento danoso, sendo necessário, apenas, estar exposta às práticas comerciais para receber a tutela concedida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Assim ensina Patrícia Caldeira⁵⁴ em relação ao conceito de consumidor previsto no artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Trata-se, portanto, de um conceito difuso de consumidor, na medida em que todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial. É, como já dito, o aspecto mais abstrato da definição, que partindo do elemento mais concreto – daquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final – acaba fixando de forma objetiva que se respeite o consumidor potencial. Daí, ter-se que dizer que o consumidor protegido pela norma do artigo 29 é uma potencialidade. Sequer precisa existir.

Dessa forma, sendo a publicidade uma das atividades incluídas nas práticas comerciais contempladas pelo CDC, todas as pessoas à ela expostas são consideradas consumidores, nos termos do artigo 29 do CD, e, portanto, são protegidas contra os efeitos danosos do anúncio enganoso ou abusivo.

Especialmente no caso da publicidade, a extensão do conceito de consumidor é de extrema relevância, uma vez que basta a simples exposição à mensagem publicitária para que se tenha a figura do consumidor, e, conseqüentemente, a proteção oferecida pela legislação.

⁵⁴ CALDEIRA, Patrícia. *Caracterização da Relação de Consumo. Conceito de Consumidor/Fornecedor. Teorias Maximalistas e Finalistas*. Análise dos artigos 1º a 3º, 17 e 29, do CDC. In *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 26

2.5. PUBLICIDADE ILÍCITA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor proíbe expressamente duas formas de publicidade ilícita, que ferem os princípios norteadores das relações de consumo: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva.

2.5.1. PUBLICIDADE ENGANOSA

Para o Código de Defesa do Consumidor, a publicidade é enganosa quando induz o consumidor ao erro. Referido diploma legal proíbe a publicidade enganosa segundo seu artigo 37, caput e § 1º e § 3º:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
 § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
 (...)

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

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, a principal característica da publicidade enganosa é ser suscetível de induzir o consumidor ao erro, seja por meio de uma ação ou mesmo uma omissão da publicidade.

Segundo Cláudia Lima Marques⁵⁵:

Note-se que o artigo 37 do CDC não se preocupa com a vontade daquele que faz veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar esta falsa noção da realidade. Basta que a informação publicitária, por ser falsa, inteira ou parcialmente, ou por omitir dados importantes, leve o consumidor ao erro, para ser caracterizada como publicidade proibida, publicidade enganosa.

⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 223.

Portanto, para o Código de Defesa do Consumidor é necessário apenas que a publicidade enganosa induza o consumidor a erro para caracterizá-la, não sendo exigido que o consumidor sofra algum dano para se enquadrar como publicidade enganosa.

Assim se posiciona Antônio Herman Benjamin⁵⁶:

Trata-se, como se percebe, de juízo *in abstracto* e não *in concreto*. Na caracterização de uma publicidade enganosa o dano do consumidor é um mero *plus* (com implicações próprias, notadamente na área penal). ‘Capacidade de indução em erro’ quer dizer ‘tendência ao induzir o erro’. Por isso mesmo, não é imprescindível o depoimento de consumidores no sentido de que foram, efetivamente enganados.

Cabe esclarecer que existem dois tipos de publicidade enganosa: a comissiva e a omissiva. Na publicidade enganosa por comissão o fornecedor afirma algo que pode induzir o consumidor em erro, ou seja, faz uma afirmação que não corresponde à veracidade dos fatos. Por outro lado, a publicidade enganosa por omissão se configura quando o anunciante omite informação importante referente à natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço ou quaisquer outros dados sobre o produto ou serviço, que se conhecido pelo consumidor, provavelmente não o levaria a adquiri-lo. Neste caso, portanto, o fornecedor retém uma informação relevante, enganado, assim, o consumidor.

2.5.2. PUBLICIDADE ABUSIVA

Na incessante busca de despertar o lado compulsivo consumista das pessoas, por muitas vezes, os anunciantes desrespeitam valores éticos, morais e culturas para atrair o consumidor a adquirir os bens existentes no mercado, e mais grave ainda, aproveitam da inocência das crianças e de pessoas com baixa capacidade crítica.

⁵⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. , 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.341

Em uma tentativa de limitar tais excessos cometidos durante o exercício da atividade publicitária, na grande maioria dos casos, ofensivos à dignidade da pessoa humana, o Código de Defesa do Consumidor proibiu a figura da publicidade abusiva no seu artigo 37 § 2º, *in verbis*.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Nos dizeres de Antônio Herman Benjamin⁵⁷ “abusivo é o que ofende a ordem pública (*public policy*), ou não é ético ou é opressivo ou inescrupuloso, bem como que causa dano substancial aos consumidores”.

Cláudia Lima Marques⁵⁸ entende que a publicidade abusiva é uma publicidade anti-ética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, bem como fere a própria sociedade como um todo.

Podemos entender que o objetivo do legislador ao proibir a publicidade abusiva foi “evitar tudo que oprime ou explore o consumidor, toda a malícia ofensiva a direitos fundamentais da pessoa humana, todo atentado a valores essenciais da convivência social e das próprias pessoas em seus elementos substanciais à vida e à segurança⁵⁹”.

A análise dos conceitos acima citados permite considerar abusiva a publicidade que, mais do que desrespeitar uma norma legal, extrapola os limites da ética e dos bons costumes aceitos por uma sociedade. Assim, pode-se dizer que o caráter abusivo da publicidade estará diretamente relacionado com a ofensa a valores considerados socialmente relevantes.

⁵⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.351

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 350

⁵⁹ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Algumas Notas Sobre a Publicidade no CDC. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p.236.

Importante traçarmos algumas distinções entre a publicidade enganosa e a abusiva. Enquanto na mensagem publicitária abusiva a ilicitude reside, essencialmente, na afronta a princípios e valores éticos, sociais e culturais, na enganosa ela se configura por induzir o consumidor ao erro em razão da falsidade das informações apresentadas ou omissão de informações relevantes. Além disso, enquanto na publicidade enganosa a natureza do dano tem cunho primordialmente material, podendo gerar a diminuição patrimonial do consumidor, na abusiva, a natureza do dano é essencialmente não-patrimonial, já que o bem jurídico infamado é sua integridade física e moral do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, ao instituir a publicidade abusiva no ordenamento jurídico, trouxe apenas um rol exemplificativo de condutas que retratam esta prática ilegal de publicidade no mercado de consumo.

São esses os exemplos de publicidade abusiva citados pelo Código de Defesa do Consumidor: publicidade discriminatória; publicidade exploradora do medo ou superstição; publicidade incitadora de violência; publicidade que desrespeita valores ambientais; publicidade que possa induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança; e publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança. Esta última forma de publicidade abusiva será mais bem explorada ao longo desse trabalho.

3. SISTEMAS DE CONTROLE DA PUBLICIDADE

Diante da importância da publicidade para o mercado de consumo na sociedade moderna, na medida em que estimula o consumo e impulsiona o mercado, a sua proibição total, certamente, representaria um imenso retrocesso para a sociedade como um todo.

No entanto, imprescindível se faz o controle e a regulamentação da publicidade, com a finalidade de impedir seus efeitos nocivos sobre a sociedade e proteger os consumidores em relação às informações falsas, imprecisas e abusivas veiculadas pelos fornecedores.

Nesse sentido, Rafael Tocantins Maltez⁶⁰, citando Valéria Falcão Chaise afirma que “como fenômeno social contemporâneo, de fato, a publicidade não pode ser rechaçada ou proibida, mas deve ser controlada, regrada, para que se estimule o consumo de bens e serviços sem abusos, de forma sadia”.

A publicidade deve ser devidamente controlada e regulamentada, para que, dentro de padrões razoáveis da ética e da boa fé, possa exercer suas funções de maneira honesta, respeitando os valores fundamentais dos consumidores.

Portanto, o controle da publicidade é necessário para verificar a regularidade das mensagens publicitárias, impor medidas de defesa do consumidor e aplicar as sanções cabíveis no caso de comportamentos lesivos e violação às normas regulamentadoras.

Reconhecida a necessidade da realização do controle da atividade publicitária, a doutrina concebe três modelos de sistemas de controle: sistema exclusivamente estatal, o sistema exclusivamente privado e o sistema misto.

⁶⁰ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 236.

3.1. SISTEMA DE CONTROLE ESTATAL

No sistema estatal, o controle da publicidade é exercido única e exclusivamente pelo Estado. Ou seja, nesse sistema somente o Estado pode ditar normas de controle da publicidade, implementá-las e, ainda, aplicar as sanções cabíveis, não tendo nenhuma participação dos agentes ou órgãos publicitários.

Esse sistema tem como vantagem o poder coercitivo do Estado, apto a determinar de forma imperativa o cumprimento de seus comandos, notadamente a imposição de contrapublicidade e a condenação no pagamento de indenização⁶¹.

No entanto, a experiência de diversos países tem demonstrado que o sistema exclusivamente estatal acaba inibindo o florescimento dos aspectos positivos inerentes à autorregulamentação, que será abaixo apresentada, já que o Estado não está envolvido diretamente no funcionamento do mercado publicitário.

3.2. SISTEMA DE CONTROLE PRIVADO

O controle exclusivamente privado, ou também denominado, autorregulamentação, consiste no controle realizado exclusivamente pelos participantes do próprio setor publicitário. Portanto, nesse sistema, compete ao órgão privado ligado ao setor publicitário regular e corrigir os desvios cometidos pela atividade publicitária, sem qualquer intervenção do Estado na edição das normas, sua aplicação e possíveis sanções.

Aqueles que defendem este sistema sustentam que o próprio mercado organizado não tem interesse na veiculação de uma mensagem investida de desvios publicitários, uma vez que causaria prejuízos à própria concorrência. Ademais, alegam que a autorregulamentação possui os mecanismos necessários para conter e punir os abusos cometidos durante o exercício da atividade publicitária.

⁶¹ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 265.

No Brasil, o controle privado da publicidade é exercido pelo CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), sociedade sem fins lucrativos, formada por agentes do mercado publicitário, por meio da aplicação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), conforme já mencionado neste trabalho.

Como bem salienta Pasqualotto⁶² “o problema é que as decisões do CONAR são de cumprimento espontâneo. Os estatutos da entidade não lhe outorgam nenhum poder coativo – e, de qualquer modo, esse poder sempre seria limitado, por se tratar de sociedade privada”.

Vale destacar ainda, que as regras, e, por conseguinte, as decisões do CONAR não vinculam todos os operadores do mercado publicitário, limitando-se àqueles que aderem, voluntariamente, a tal controle.

No entanto, ainda que as decisões do CONAR sejam desprovidas de coercitividade, este Conselho desempenha um importante papel na sociedade, controlando a atividade publicitária no país, especialmente, no que diz respeito à função de orientar eticamente os fornecedores atuantes no mercado publicitário e aplicar punições ao agente econômico associado ao CONAR que descumprir regras do código de ética da categoria.

Na obstante a reconhecida importância da autorregulamentação publicitária, vale citar algumas objeções contra o sistema de controle exclusivamente privado: (i) a autorregulamentação, feita pelo setor privado, não vincula todos os agentes econômicos, apenas aqueles que aderiram voluntariamente à autodisciplina, não tendo, portanto, influência sobre os que não aderiram, (ii) o controle da publicidade não é feito através de uma norma jurídica, portanto, não tem força obrigatória; e (iii) a autodisciplina não visa, de forma direta, a proteção do consumidor, mas sim a proteção da livre concorrência.

⁶² PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 68.

Portanto, diante das críticas aos dois sistemas de controle da publicidade então apresentados, percebe-se que o mais apropriado para a proteção da sociedade de consumo é a participação conjunta do Estado e das entidades privadas ligadas ao setor publicitário, o que caracteriza o denominado sistema de controle misto.

3.3. SISTEMA DE CONTROLE MISTO

O sistema misto de controle da publicidade é, portanto, caracterizado pela junção dos sistemas acima apresentados, ou seja, é o sistema privado adicionado ao sistema estatal, incentivando a utilização das duas formas de regulamentação e controle da atividade publicitária.

Portanto, nesse sistema coexiste o controle privado da publicidade exercido por órgãos com própria regulamentação e os procedimentos judiciais e administrativos impostos pelo Estado.

Antônio Herman Benjamin refere-se ao sistema misto, como o modelo de controle ideal da publicidade, pelo fato de se tratar de uma modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, o executado pelo Estado e o realizado pelos partícipes publicitários⁶³.

No Brasil vislumbra-se o sistema misto de controle da publicidade através da coexistência das normas autorregulamentadoras, editadas pelo CONAR e das leis promulgadas que versam sobre a publicidade, assim como o Código de Defesa do Consumidor.

Até a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, prevalecia no país a autorregulamentação realizada pelas entidades do meio publicitário organizadas na figura do CONAR. Todavia, com o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, evidencia-se o sistema misto de controle da publicidade.

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 264-266

Dessa forma, o controle misto da publicidade no Brasil é assim realizado: (i) controle estatal exercido pela atuação de órgãos da Administração Pública, como as Fundações de Proteção ao Consumidor (PROCON), bem como pelo Poder Judiciário, destacando a atuação do Ministério Público; e (ii) controle privado, por sua vez, realizado pela atuação do CONAR.

O PROCON é um órgão de natureza jurídica de direito público, pertencente à administração direta dos estados ou dos municípios, e que visa atuar em defesa dos interesses dos consumidores e no combate à publicidade ilícita.

Como órgão integrante do sistema estatal de controle da publicidade, o PROCON tem uma atuação importante em face da ocorrência publicidade de consumo patológica, tendo o papel de aplicar as sanções administrativas, propor ações coletivas e, especialmente, atuar diante das reclamações individuais dos consumidores, quando se sentirem lesados pelo não cumprimento de uma oferta veiculada em uma publicidade, atuação que se ocorre por meio de um procedimento conciliatório visando ao cumprimento do que foi ofertado ou a reparação de eventuais danos causados aos partícipes das relações de consumo.

O PROCON também pode impor a prática da publicidade corretiva e sanções pecuniárias. No entanto, o PROCON não está legitimado a impor a suspensão da veiculação de uma publicidade que viole as normas do Código de Defesa do Consumidor, sendo tal ação coercitiva de competência exclusiva do Poder Judiciário.

O Ministério Público, por sua vez, é o órgão encarregado de pleitear em juízo, em nome da coletividade, contra a ocorrência lesiva de uma publicidade de consumo. Importante destacar a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses das crianças e adolescentes, nos termos do artigo 201 e 202 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 201 - Compete ao Ministério Público:

(...)

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à

adolescência, inclusive os definidos no Art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;

(...)

VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

(...)

Art. 202 - Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipótese em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos e requerer diligências, usando os recursos cabíveis.

O Ministério Público atua na defesa dos interesses individuais, coletivos ou difusos da criança e do adolescente das crianças e adolescentes diante do mercado publicitário, utilizando-se dos meios legais para proteger esses indivíduos das publicidades de produtos e serviços que se mostrem nocivos à sua saúde e segurança, ou que sejam, de qualquer forma, publicidades abusivas.

O CONAR, por sua vez, é o órgão representante do sistema privado de controle da publicidade no Brasil, formado por agentes do mercado publicitário que, espontaneamente, aderem ao seu quadro social, conforme explicitado acima.

A eficiência do CONAR no controle da publicidade deve-se ao fato de que as entidades de classe associadas ao sistema e, principalmente, os próprios veículos de comunicação social têm atuado no sentido de cumprir rigorosamente as deliberações emitidas pelo seu Conselho de Ética, como forma de manter o bom nível ético do meio publicitário.

Não obstante a efetividade atribuída ao CONAR, esta não permite que, diante das premissas de preservação do interesse social e da ordem pública, previstas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, seja excluído o sistema público de controle da publicidade para garantir uma maior efetividade para proteção dos direitos dos indivíduos, sobretudo, os direitos das crianças e adolescentes.

Diante o exposto, no tocante aos mecanismos disponíveis para o controle da atividade publicitária, acompanhamos o posicionamento da doutrina dominante no sentido de reconhecer a existência do sistema misto de controle da publicidade no Brasil.

Ademais, defendemos que este sistema de controle misto da atividade publicitária se mostra o mais eficiente para uma ampla proteção da sociedade de consumo, na medida em que este sistema aceita e incentiva tanto o controle estatal quanto o controle privado, coexistindo, o controle voluntário exercido pela autorregulamentação, bem como, os procedimentos judiciais e administrativos impostos pelo poder público.

4. A PUBLICIDADE DIRECIONADA AO PÚBLICO INFANTIL

4.1. CONCEITO DE CRIANÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para o estudo dos limites da publicidade dirigida ao público infantil, imprescindível se faz analisar o conceito de *criança* adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Na legislação pátria, o conceito de criança está descrito no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que também traz a definição de adolescente. Trata-se de um conceito legal e estritamente objetivo.

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.

Nota-se que a legislação brasileira faz uma distinção etária entre criança e adolescente, ponderando não somente o aspecto da idade, desconsiderando, contudo, os indicadores psicológicos e sociais.

No entanto, como bem esclarece Isabella Vieira Machado Henriques⁶⁴, essa classificação não é aceita por toda a doutrina, que tende a entender o limite de doze anos de idade como muito precoce para a definição de criança, e defende que deveria ser estendido para quatorze ou quinze anos, no mínimo.

Nesse sentido, vale trazer o conceito de criança previsto no artigo 1º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que determina a idade de 18 anos como limite etário para a fixação do conceito de criança.

Art. 1º. Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

⁶⁴ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 130

Ao analisar a classificação adotada por diversos países desenvolvidos, e, ainda, considerando as fases de desenvolvimento das crianças e adolescentes, podemos dizer que o Brasil, ao fixar a idade de 12 anos como início da adolescência, estabeleceu uma idade precoce, corroborando o entendimento de grande parte da doutrina.

Jason Albergaria⁶⁵, mencionando os dados estatísticos da Organização das Nações Unidas, explica que os conceitos de criança e adolescente e seus limites etários variam, sendo que, “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”.

No entanto, entendemos que independentemente do parâmetro etário adotado para definir a criança e o adolescente, o importante é advertir para a necessidade de proteção desses seres humanos em condições peculiares de desenvolvimento.

A infância é um período de extrema relevância para a formação da pessoa humana, portanto, a sociedade e o mercado publicitário têm que respeitar a criança e essa fase de inocência, e não estimular que esses seres humanos de pouca idade se comportem ou tenha atitudes de adultos.

Isabella Viera Machado Rodrigues⁶⁶, citando Luiz Carlos Merten, chama a atenção para “o fato de que a criança é um ser diferenciado do adulto, o qual tem toda uma forma lógica e peculiar de pensar e, por isso, não é um adulto em miniatura e nem assim deve ser tratada”.

A criança, portanto, deve ser entendida como um ser humano em pleno desenvolvimento, que carece de proteção integral em razão de sua vulnerabilidade e hipossuficiência, conforme detalharemos mais adiante.

⁶⁵ *Apud* HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 131

⁶⁶ *Apud* HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 131-132.

Na visão de Jean Jacques Rousseau, citado por Dora Incontri⁶⁷, a criança tem suas maneiras de agir e pensar que devem ser preservadas.

A natureza – quer que as crianças sejam crianças antes de serem homens. Se quisermos perturbar essa ordem, produziremos frutos prematuros que não terão nem madureza nem sabor, e não tardarão a se corromper; teremos doutores infantis e crianças velhas. A infância tem maneiras de ver, de pensar, de sentir que lhe são próprias.

4.2. A HIPOSSUFICIÊNCIA DA CRIANÇA E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO ESPECIAL DA CRIANÇA

As crianças são seres humanos em peculiar processo de desenvolvimento emocional, psicológico e social, fato que as tornam mais vulneráveis. Por essa razão, as crianças não têm condições de compreender a intenção da publicidade, tampouco de avaliar a credibilidade e a adequação às suas necessidades como indivíduo.

É considerando esta condição peculiar da criança que se vislumbra a necessidade de se oferecer proteção especial a esses indivíduos diante das relações de consumo. Portanto, neste ambiente, pode-se afirmar que as crianças serão sempre consideradas hipossuficientes.

Vale ressaltar que quando analisamos a criança no papel de consumidora e destinatária de mensagens publicitárias, importante destacar que sua vulnerabilidade e hipossuficiência são majoradas.

Foram realizadas diversas pesquisas, pareceres e estudos, tanto no Brasil quanto no exterior, acerca da maior vulnerabilidade da criança perante as mensagens publicitárias. Um dos estudos internacionais mais relevantes sobre o tema, mencionado pelo professor Pedro Affonso Duarte Hartung, foi realizado pelo sociólogo Erling Bjurstrom⁶⁸, intitulado

⁶⁷ Apud INCONTRI Dora. *Conceitos de Criança*. Disponível em http://pedagogiaespirita.org.br/tiki-read_article.php?articleId=159#. Acesso em 10/11/2012.

⁶⁸ Apud HARTUNG, Pedro Afonso Duarte. *A Proibição Legal da Publicidade Dirigida à Criança no Brasil*. Disponível em

Children and television advertising – A critical study of international research concerning the effects of TV-commercials on children Report, que concluiu: as crianças por volta dos oito e dez anos de idade não conseguem distinguir publicidade do conteúdo da programação televisiva e crianças de até doze anos não compreendem o caráter persuasivo da publicidade.

Corroborando a ideia da vulnerabilidade majorada das crianças ante aos apelos publicitários, o professor de psicologia da Universidade de São Paulo, Yves de La Taille⁶⁹, autoridade no Brasil no tema da psicologia do desenvolvimento infantil, em parecer proferido ao Conselho Federal de Psicologia, ressalta:

As crianças não têm, os adolescentes não têm a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto e, portanto, não estão com condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo. A luta é totalmente desigual.

(...)

Não tendo as crianças de até 12 anos construído ainda todas as ferramentas intelectuais que lhes permitirá compreender o real, notadamente quando esse é apresentado através de representações simbólicas (fala, imagens), a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro e à ilusão.

Diante das conclusões apresentadas, podemos enfatizar que a criança, por estar em plena fase de desenvolvimento, é um indivíduo incapaz de entender a publicidade como tal, ou seja, como forma de comunicação comercial que fala com ela e se utiliza de sua vulnerabilidade intrínseca. Por essa razão, as crianças devem ser sujeitos de uma proteção especial quando se trata de publicidade dirigida a esse público.

Em relação à hipossuficiência, importante destacar que esta é identificada tendo por base critérios subjetivos, diferente da vulnerabilidade, que é aferida mediante critérios objetivos. Na relação de consumo, todos os consumidores são vulneráveis, mas a hipossuficiência é uma característica decorrente da vulnerabilidade acentuada do consumidor,

http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/artigos/Proibicao_publicidade_infantil_PH_artung.pdf. Acesso em 11/08/2012

⁶⁹ TAILLE, Yves de La. *Contribuição da psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança*. Conselho Federal de Psicologia: 2008. p. 12 e 20.

em determinada relação de consumo, seja por critérios físico-psíquicos, econômicos ou circunstanciais.

Nos dizeres de Antônio Herman Benjamin⁷⁰, o consumidor considerando hipossuficiente, como é o caso das crianças, recebe proteção especial, reconhecida também no Código de Defesa do Consumidor.

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 envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados.

A criança, portanto, será sempre considerada hipossuficiente em uma relação de consumo devido à natureza de sua condição de pessoa em formação. Por isso, é fundamental que as mensagens publicitárias dirigidas às crianças sejam claras e as informações transmitidas sejam de fácil compreensão e, sobretudo, respeitem a condição peculiar da criança como uma pessoa em fase de formação⁷¹.

José de Farias Tavares⁷² citado na obra de Isabella Vieira Machado Henriques, ao estabelecer quem são os sujeitos infanto-juvenis de direitos, observa que as crianças e os adolescentes são “legalmente presumidos hipossuficientes, titulares de proteção integral e prioritária”.

Conforme se observa, as crianças são indivíduos vulneráveis devido ao seu processo de formação física e psíquica e, ainda, são presumidamente hipossuficientes nas relações de consumo, razões pelas quais, devem receber proteção especial contra eventuais abusos publicitários.

⁷⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 354.

⁷¹ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 141.

⁷² *Apud* HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 141

Por não terem condições de identificar a mensagem parcial sobre a qual se constroem os anúncios publicitários, estes, quando direcionados a crianças fazendo uso de sua deficiência de julgamento, possuem invariavelmente enorme potencial abusivo.

Diversos estudos e pesquisas comprovam que as crianças não conseguem compreender que por trás de todos os recursos gráficos, falas sedutoras, personagens, ídolos famosos, entre outros, o objetivo principal da publicidade é persuadir o receptor da mensagem a consumir os produtos anunciados.

Portanto, diante de sua peculiar condição de pessoa em processo de desenvolvimento, a criança é credora de uma proteção diferenciada e uma tutela especial no ordenamento jurídico. A proteção à infância, na sociedade contemporânea, está dentre os mais altos valores a serem juridicamente tutelados. Apresentaremos mais adiante os limites estabelecidos da legislação brasileira para a publicidade voltada ao público infantil, considerando, sobretudo, a proteção especial da criança.

Cabe destacar, desde já, que a proteção contra a publicidade abusiva destinada ao público infantil é um dever do Estado, da sociedade e de todos os demais responsáveis pelas crianças, tendo como marco jurídico a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor.

4.3. A ATUAÇÃO DO MERCADO PUBLICITÁRIO DIRECIONADO À CRIANÇA

O mercado publicitário esta cada vez mais incrementando as publicidades direcionadas ao público infantil, inspirado pela facilidade de seduzir esses pequenos indivíduos, que, conforme já mencionado, são mais vulneráveis aos apelos publicitários.

Neste diapasão, visando aumentar as vendas dos mais variados produtos e serviços, as empresas desenvolvem práticas de publicidade voltadas ao público infantil,

utilizando-se, muitas vezes de imagens de personagens próprias do universo lúdico infantil, seja na publicidade direta, seja na apresentação de produtos em embalagens repletas de conteúdo lúdico.

Essas estratégias agressivas de publicidade sem dúvida surtem efeitos proveitosos à indústria, uma vez que aproveitam da extrema vulnerabilidade da criança diante da comunicação mercadológica.

É, portanto, a efetiva influência da publicidade dirigida ao público infantil a razão mercadológica para a indústria investir na aplicação de recursos direcionados à publicidade que visa a criança consumidora.

Segundo dados da pesquisa Nickelodeon Business Solution Research intitulada “10 Segredos para Falar com as Crianças (*Que você esqueceu porque cresceu*)” realizada em 2007, verifica-se que grande parte das crianças brasileiras assistem televisão todos os dias, sendo que de acordo com dados do IBOPE Media Workstation do ano de 2008, o tempo dedicado a esta atividade diariamente é de 04:54:00 entre crianças das classes ABCDE com idades de 4 a 11 anos. Conforme a Associação Americana de Psicologia, em relatório realizado em 2004 sobre os efeitos da comunicação mercadológica dirigida a crianças a televisão é o meio predominante de se veicular marketing dirigido aos pequenos. Dados do Ibope de 2006 informam ainda que este público é exposto a aproximadamente 40 mil peças publicitárias veiculadas na televisão, no período de um ano⁷³.

No tocante ao constante assédio do mercado publicitário às crianças, em sua tese de mestrado “A programação infantil na televisão brasileira sob a perspectiva da criança”, discorre a pesquisadora Monica Monteiro da Costa Boruchovitch⁷⁴:

⁷³ Representação encaminhada pelo Projeto Criança e Consumo ao Procon do estado da Bahia. Disponível em http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/Ben%2010%20-%202010/Representação%20Ben%2010.pdf. Acesso em 12/09/2012.

⁷⁴ BORUCHOVITCH, Monica Monteiro da Costa. Tese de mestrado: A programação infantil na televisão brasileira sob a perspectiva da criança. PUC/RJ. Disponível em: http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=4040@1. Acesso em 17/10/2012. P. 28-29

Hoje em dia, diferentemente da visão da década de 50, a criança é vista como consumidora. As crianças “precisam de coisas”: brinquedos, tênis, roupas de marca e mega-festas de aniversário que não precisavam há algumas décadas atrás. As crianças desejam possuir estas e muitas outras mercadorias, a maior parte delas conhecidas através das ofertas constantes da mídia.

(...)

São as grandes corporações de mídia, que incansavelmente nos fazem ver as coisas que ainda não temos e que “precisamos” ter, que, muitas vezes, estão ao volante. A criança tornou-se público alvo, não só da programação infantil, mas dos anunciantes. A partir desta significativa mudança, indivíduos que precisavam ser resguardados se transformam em indivíduos que precisam ser primordialmente consumidores, e as crianças passaram a ter acesso a informações que antes eram reservadas aos adultos, ou que, pelo menos, precisavam do crivo dos adultos da família para alcançarem as crianças. Estas informações são hoje entregues diretamente pelas grandes corporações às crianças.

A mídia precisa atingir diretamente a criança para que esta seja autônoma o suficiente para desempenhar o papel de exigir dos adultos brinquedos no Dia da Criança, por exemplo, pois, sem essa suposta autonomia infantil, o discurso da mídia ‘exija brinquedos no dia da criança’ ficaria enfraquecido.

A intensificação do acesso das crianças às diferentes mídias e as publicidades veiculadas vem seguindo a lógica da denominada comercialização da infância. A percepção de que as crianças e os adolescentes apresentam um mercado rentável tem favorecido o desenvolvimento do *marketing* infantil e o incremento da publicidade dirigida a este público.

Por estarem muito expostas aos meios de comunicação e serem mais vulneráveis aos apelos publicitários, é notável o crescimento do mercado publicitário voltado ao público infantil. Aproveitando-se da inocência das crianças e do seu grande poder de influência, o mercado publicitário direciona todo seu arsenal do convencimento para elas, não só para a promoção de produtos pertencentes ao universo infantil, como também para produtos e serviços do público adulto.

Hoje as crianças são vistas como consumidores primários, ou seja, que adquire produtos para si próprias, bem como influenciadoras na decisão de compras dos seus pais em relação aos mais variados itens ofertados no mercado, desde os mais acessíveis até os mais caros bens de consumo, fatos que despertam interesse no mercado publicitário em conquistá-

las cada vez. A valorização do potencial de consumo das crianças e adolescentes é uma tendência global, assim como se observa no Brasil.

Conforme descreve o trabalho desenvolvido pelo projeto Criança e Consumo, encabeçado pelo Instituto Alana, com o título *Por que a publicidade faz mal para as crianças*⁷⁵, para alcançar seus objetivos, a publicidade direcionada à criança utiliza três estratégias mercadológicas:

A primeira estratégia citada, denominada “estratégia de marketing”, que é criação de um plano para chamar a atenção de um determinado público, no caso do *marketing* infantil o público alvo são as crianças, para determinado produto, e assim, proporcionar o incremento de suas venda. Nesse diapasão, o *marketing* infantil tem como objetivo aguçar as fantasias infantis, fazendo com que a criança deseje intensamente o produto ou serviço anunciado a ponto de convencer seus pais de que precisa dele para satisfazer-se.

A segunda estratégia, empregada pelo meio publicitário para atrair as crianças ao mundo do consumo, é a denominada “estratégia de criação”, destinada a elaborar peças publicitárias ou anúncios, filmes, promoções, concursos, embalagens, dentre outras formas de divulgação, de acordo com o plano determinado pela estratégia de *marketing*, visando sempre, a identificação da criança com o produto ou serviço anunciado.

A última estratégia a ser analisada, é a “estratégia de mídia”, pela qual, os profissionais da área determinam os meios de comunicação mais apropriados nos quais devem ser inseridos os anúncios ou comerciais para cumprir as metas estabelecidas pela estratégia de *marketing*. Os programas ou espaços escolhidos para a realização da publicidade infantil são geralmente aqueles que possuem um conteúdo semelhante argumento usado para qualificar o produto os serviço, de tal maneira que a criança possa se identificar com a mensagem publicitária, e então, associar o item anunciado com algo que lhe proporcione satisfação e alegria.

⁷⁵ Projeto Criança e Consumo. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. Instituto Alana, 2009, p. 10-11

É notório que as crianças não possuem maturidade psicológica, emocional e intelectual suficiente para entender o caráter publicitário das mais variadas publicidades que hoje lhes são direcionadas. E é isso que inspira a tendência do mercado publicitário contemporâneo a cada vez mais buscar a criança como destinatário de suas estratégias.

4.4. A PUBLICIDADE INFANTIL - EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DAS MENSAGENS COMERCIAIS DIRIGIDAS À CRIANÇA

A proliferação dos meios de comunicação de massa aliou-se, nas últimas décadas, ao notável desenvolvimento das técnicas de *marketing*, de sorte que hoje todas as pessoas, especialmente as crianças, estão submetidas a um grande número de publicidade. Fácil, em tais condições, observar a influência que a publicidade pode exercer sobre o público infantil.

Toda atividade publicitária, como já amplamente demonstrado, tem por finalidade conceitual a persuasão de seu destinatário ao consumo de produtos e serviços. Evidentemente, ela não considera a individualidade de cada pessoa exposta às mais diversas mensagens publicitárias. A atividade publicitária não tem por pressuposto que determinado consumidor tenha, ou não, necessidade de consumir o produto anunciado, ou mesmo que o possa consumir sem prejuízo de outras necessidades mais prementes.

Conforme bem ressalta o trabalho desenvolvido e publicado pelo Instituto Alana intitulado *Por que a publicidade faz mal para as crianças*⁷⁶: “Na ânsia de formar antecipadamente novos consumidores, a publicidade encurta a infância sem medir as consequências nefastas dessa apropriação indébita da genuinidade infantil”.

Nota-se que a influência da publicidade direcionada ao público infantil é mais evidente, e, portanto, mais preocupante, justamente porque as crianças ainda estão em fase de desenvolvimento, fato que as tornam mais vulneráveis às mensagens persuasivas.

⁷⁶ Projeto Criança e Consumo. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. Instituto Alana, 2009, p. 5.

Ressaltando os efeitos da publicidade abusiva dirigida ao público infantil, assim se posiciona Isabella Vieira Machado Henriques⁷⁷:

Os maiores efeitos adversos da publicidade abusiva dirigida à criança dizem respeito à formação de sua personalidade, seu caráter e seus valores éticos, sociais, culturais e morais. Publicidade geram, no final das contas, tristezas, decepções e frustrações por motivos fúteis e banais – tais como o de não possuir determinado produto ou o de não usufruir determinado serviço – que nunca seriam dessa forma vivenciados pela criança. Ou, quanto pior, geram inveja, ganância, gula e um consumismo despropositado.

Observa-se que a abusividade da publicidade destinada às crianças é caracterizada, sobretudo, pelo fato de se aproveitar da ingenuidade e vulnerabilidade desses pequenos consumidores. A maioria das crianças, por não possuir o mesmo discernimento ou a mesma noção de realidade dos adultos, acredita realmente que aquele produto ou serviço anunciado pode oferecer-lhe os benefícios e os prazeres prometidos na publicidade.

Importante observar que o mercado publicitário quando da sua atuação voltada ao público infantil, na ânsia de incrementar as vendas dos produtos ou serviços objeto da mensagem publicitária, não considera os possíveis impactos negativos dessas mensagens na formação das crianças atingidas pela publicidade tomada de práticas persuasiva para induzir o consumo.

Diante da atuação abusiva do *marketing* infantil, cabe elencarmos algumas consequências das mensagens comerciais dirigidas às crianças, consoante estudo realizado pelo Instituto Alana, já mencionado acima, *Por que a publicidade faz mal para as crianças*⁷⁸: mudança de comportamento; transtornos alimentares; erotização precoce; estresse familiar; violência e delinquência.

A publicidade infantil desenvolve-se de forma inconsequente, ou seja, sem qualquer preocupação em relação às consequências negativas geradas no comportamento das crianças e seus impactos no futuro.

⁷⁷ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 188.

⁷⁸ Projeto Criança e Consumo. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. Instituto Alana, 2009.

No mundo contemporâneo conduzido pelo consumo exacerbado, o conceito de felicidade está diretamente relacionado ao hábito de consumir por consumir, ou seja, o ato de consumir determinado bem de consumo já é o bastante para proporcionar felicidade e satisfação.

Nesse sentido, ressalta trabalho do Instituto Alana⁷⁹, ora em análise:

O bombardeio constante, sobre a criança, da voz adulta da publicidade dita a todo momento como ela deve ser, o que deve possuir e com quem deve se parecer para ser aceita socialmente. Assim, pouco a pouco, a criança passa a se definir pelo que tem, e não mais por quem é, mergulhando na compulsão consumista. Gera-se aí um vazio íntimo que a criança tenta preencher com produtos e serviços, na maioria, supérfluos. É desse modo que as relações afetivas passam a ser mediadas pelas relações de consumo.

Observa-se, ainda, que a publicidade abusiva direcionada ao público infantil também tem o poder de distorcer valores fundamentais para a vida. Muitas publicidades demonstram atividades não recomendáveis socialmente o que distorce o comportamento e expectativas das crianças.

Importante também mencionarmos a publicidade de produtos alimentícios direcionada ao público infantil e suas consequências, principalmente para a saúde desses pequenos consumidores em decorrência de uma alimentação inadequada.

A publicidade de alimentos teve um grande aumento nos últimos anos, e na sua grande maioria tratam de alimentos energeticamente densos, de alto teor calórico, como por exemplo, os biscoitos, doces e chocolates, que por muitas vezes, ainda são pobres em vitaminas e minerais. São esses alimentos de alto teor calórico e baixo teor nutricional que, quando consumidos em excesso, podem trazer malefícios à saúde das crianças.

Corina Hawkes⁸⁰, diretora do Programa de Pesquisa em qualidade e mudança de padrões de alimentação no *International Food Policy Research Institute*, de Washington (EUA) ressalta que:

⁷⁹ Projeto Criança e Consumo. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. Instituto Alana, 2009, p. 17.

Numa pesquisa com crianças entre 6 e 13 anos, 70% mostraram interesse em provar estes alimentos depois de assistirem à propaganda na televisão. De 40 a 66% das crianças haviam consumido pelo menos um produto anunciado no dia anterior e 75% das crianças compraram os alimentos anunciados na TV com ofertas de brindes ou prêmios. Os percentuais são ainda maiores entre crianças dos grupos com menor renda e escolaridade.

O consumo excessivo de alimentos não saudáveis é a principal causa da obesidade infantil na sociedade moderna, que já representa um dos maiores problemas de saúde pública em todo o mundo. Por essa razão, a preocupação com a alimentação das crianças e, conseqüentemente, a publicidade dos alimentos direcionados a esse público, que se vislumbra extremamente persuasiva. Nesse sentido, destaca Susan Linn⁸¹:

A publicidade de alimentos funciona. Os pedidos das crianças, as noções erradas sobre nutrição e o aumento do consumo calórico se mostram ligados à publicidade na televisão. Um comercial de 30 segundos pode influenciar as escolhas de marcas de até mesmo crianças de dois anos.

Segundo dados apresentados na publicação do Instituto Alana⁸², a obesidade no Brasil já atinge pessoas de todas as faixas socioeconômicas, “sendo que 43% da população está acima do peso, 30% das crianças brasileiras estão com sobrepeso, e 15% das crianças entre 6 e 17 anos são consideradas obesas. Hoje, 35% da população infantil do mundo tem problemas de obesidade”

Estudiosos afirmam que a publicidade é um importante fator que contribui para a obesidade, uma vez que repleta de apelos de consumo, induzem as crianças a consumirem os produtos anunciados. Um agravante desses mirabolantes efeitos, utilizados na publicidade para atrair as crianças, são os brindes promocionais, brinquedos e jogos que acompanham determinados alimentos, fazendo com que as crianças queiram consumidor simplesmente em função da brincadeira e não pelo alimento em si.

⁸⁰ HAWKES, Corina. *Por que regular o marketing de alimentos para crianças*. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=3282. Acesso em 26/11/2012

⁸¹ LINN, Susan. *Crianças do Consumo: a infância roubada*. Tradução: Cristiana Tognelli - São Paulo: Instituto Alana, 2006. p. 131

⁸² Projeto Criança e Consumo. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. Instituto Alana, 2009, p. 23

Portanto, o fato dos brindes, brinquedos e jogos tornarem-se a verdadeira razão da compra dos produtos alimentícios é mais uma estratégia abusiva da comunicação mercadológica, na medida em que explora a vulnerabilidade e os desejos das crianças para promover a venda desses alimentos.

Outra devastadora consequência que publicidade abusiva direcionada às crianças pode trazer é a erotização precoce, uma vez que certas mensagens publicitárias estimulam a precocidade sexual. De fato, uma violência contra a infância.

Ademais, apontamos como mais um efeito da publicidade, os conflitos familiares que podem ser gerados em razão dos estímulos de consumo provenientes das mensagens publicitárias e os limites impostos pelos pais na criação dos seus filhos. Nesse sentido, citamos novamente a publicação do Instituto Alana⁸³.

Veiculando mensagens em que pais ou responsáveis demonstram seu amor pelos filhos por meio da compra de bens, a publicidade distorce os valores da sociedade e rivaliza com os pais, de maneira antiética, na educação de seus filhos. Sempre muito mais permissiva, a publicidade incita a criança a suplicar pelos produtos, colocando os pais ou responsáveis na situação espinhosa de ter que lhes dizer “não” inúmeras vezes.

Frente ao objetivo primordial de vender produtos e serviços, a qualquer custo, a publicidade utiliza-se dos mais diversos artifícios, e enfraquece a autoridade dos pais diante da decisão do que deve ou não ser consumido por seus filhos.

A mensagem publicitária tenta inculcar na mente das crianças a ideia do que precisam gostar, possuir, ou de como devem se comportar para serem aceitas e admiradas socialmente. Dessa forma, a publicidade visa atingir as crianças para que essas sejam as verdadeiras “promotoras de vendas” dos produtos perante os pais e responsáveis, influenciando de forma surpreendente nas decisões de compras dos pais. “As crianças participam em 80% do processo decisório das compras da família⁸⁴”.

⁸³ Projeto Criança e Consumo. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. Instituto Alana, 2009, p. 25.

⁸⁴ Projeto Criança e Consumo. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. Instituto Alana, 2009, p. 40

Em relação ao poder de influência das crianças na hora das compras, cabe transcrever a visão da pesquisadora Monica Monteiro da Costa Boruchovitch⁸⁵:

São crianças informadas. São consumidores. Apesar de não exercerem diretamente a compra têm grande poder de influenciar o que será consumido pela família e são público alvo para milhões de dólares investidos mensalmente em publicidade. No entanto, ao mesmo tempo, são crianças ainda frágeis diante das ilusões do mundo midiático. Crianças que ainda misturam realidade com a realidade televisionada e tem grande dificuldade em separar o que gostam do que não gostam na televisão nossa de todos os dias.

Assim, além da insistência desses pequenos consumidores, os pais se sentem ainda mais compelidos a comprar determinado produto para seus filhos, pois não desejam que se sintam excluídos ou diferentes dos colegas de turma.

Outra consequência, que nos cabe mencionar rapidamente, é a violência que pode ser despertada nas crianças, em razão da impossibilidade de adquirirem determinados produtos anunciados nas publicidades. Isto ocorre quando a publicidade preconiza que aquele produto é imprescindível para que a criança seja aceita no seu grupo ou até mesmo na sociedade.

Essa recorrente impossibilidade de possuírem os produtos desejados provoca frustrações nas crianças, que com o passar do tempo, podem se transformar em atos de violência para obterem o tão sonhado bem.

Diante do exposto, conclui-se que a publicidade abusiva direcionada ao público infantil acarreta diversos prejuízos na formação das crianças, compromete a harmonia familiar e até mesmo seu engajamento na sociedade.

⁸⁵ BORUCHOVITCH, Monica Monteiro da Costa. A programação infantil na televisão brasileira sob a perspectiva da criança. PUC/RJ. Dissertação de Mestrado. Disponível em: http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=4040@1. Acesso em 17/10/2012.

5. LIMITES LEGAIS E CONTROLE DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL NO BRASIL

A publicidade dirigida à criança encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e no Código de Defesa do Consumidor. E, ainda, é amplamente regulada pelo Código de Autorregulamentação Publicitária.

No entanto, importante ressaltar que não existe nenhum comando imperativo expresso na legislação brasileira que proíbe a publicidade direcionada ao público infantil. Por essa razão, no Brasil é possível o mercado publicitário voltar suas atividades para as crianças, ou seja, destinar a mensagem publicitária para esses pequenos consumidores, desde que o façam respeitando os limites estabelecidos pelas regras que regem a publicidade no Brasil.

5.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

A publicidade, como vista neste trabalho, é primordialmente um instrumento com função de venda, utilizado para a promoção do consumo de produtos e serviços. Assim, enquanto instrumento da atividade econômica, é tutelada pela Constituição Federal do Brasil, no título referente à Ordem Econômica, podendo ser restringida quando ferir outros direitos constitucionalmente protegidos, dentre eles os verdadeiramente fundamentais, como os direitos à saúde, à educação e à infância, dentre outros.

A princípio, a publicidade é uma atividade lícita, faz parte da livre iniciativa e da livre concorrência, no entanto, quando for contrária às garantias e aos direitos fundamentais, dentre eles a proteção integral da criança e do adolescente, previstos na Constituição Federal, deve ser prontamente repelida.

No direito brasileiro, a Constituição Federal do Brasil consagra a proteção integral a todas as crianças e adolescentes como direito social, integrante dos direitos e garantias

fundamentais. No seu artigo 227, a Carta Constitucional imputou ao Estado e a toda a sociedade a proteção à criança *com absoluta prioridade*:

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.

Como se observa, os direitos assegurados às crianças não são, na sua maioria, distintos daqueles conferidos a todos os cidadãos. A diferença primordial está na previsão da proteção às crianças com absoluta prioridade, que faz com que esses direitos devam ser protegidos de maneira especial para esse grupo.

Nesse sentido, a publicidade dirigida ao público infantil para ser lícita deve respeitar os direitos assegurados às crianças pela Constituição Federal. Em outras palavras, essas previsões constitucionais são verdadeiras restrições à atividade publicitária.

A proteção diferenciada à criança, garantida pela Constituição Federal, é um importante instrumento de defesa dos direitos e interesses das crianças, uma vez que autoriza que elas sejam tratadas da forma diferenciada que seu estado natural de desenvolvimento determina quando comparadas aos adultos, propiciando, assim, a possibilidade de serem integralmente defendidas.

Ademais, cabe salientar que a Constituição Federal determinou que a proteção da criança e do adolescente é um dever da família, da sociedade e do Estado, portanto, todas essas entidades são responsáveis igualmente pelas crianças e adolescentes, não sendo admitido se eximirem da responsabilidade que lhes é devida. Assim nos ensina Tamara Amoroso Gonçalves⁸⁶:

Cada ator social assume papéis diferenciados e complementares, formando-se assim uma rede de proteção à infância. Ao Estado cabe a imposição de

⁸⁶ GONÇALVES, Tamara Amoroso. *A publicidade dirigida a crianças e a formação de valores*. Disponível em www.alana.org.br. Acesso em 07/08/2012.

limites e parâmetros legais para a atuação dos demais atores, bem como o desempenho de atividades de garantia e promoção dos direitos fundamentais de crianças, além de repressões a eventuais violações. A sociedade está incumbida de respeitar os direitos infanto-juvenis em toda a sua extensão, abstendo-se de praticar atos que os infrinjam e também atuando positivamente para assegurá-los. A família - aqui entendida não apenas o núcleo tradicional, mas também a família mono-parental ou outras formas modernas de organização familiar – cumpre o dever, precipuamente, de prover à criança proteção, apoio e o resguardo de todos os seus direitos.

Diante das restrições à publicidade, cabe-nos questionar se tais restrições representam limitação ao direito à liberdade de expressão, garantido constitucionalmente, senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. (...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

Note-se, portanto, que a liberdade de expressão não é um direito absoluto. Há restrições impostas pela própria Constituição e uma série de requisitos a serem cumpridos para que tal direito seja exercido com responsabilidade.

No entanto, não vislumbramos um entendimento doutrinário uniforme em relação às limitações impostas à publicidade pelo direito brasileiro, sendo que parte da doutrina defende que a publicidade é uma manifestação artística, criativa e surge a partir do pensamento e, por ser informativa, não poderia sofrer nenhum tipo de censura ou restrição. Outra parte da doutrina entende que a publicidade não está imune à intervenção do Estado, por não ser considerada manifestação de uma opinião ou pensamento, mas sim uma estratégia de venda, com fim lucrativo, portanto, com predominante característica de persuasão para estimular o consumo de bens e serviços⁸⁷.

⁸⁷ NAJAR, Patricia Maria Godoi. *A publicidade abusiva e a proteção da criança no Código Brasileira de Defesa do Consumidor*. Dissertação de Mestrado. PUC/SP, 2005, p. 206.

Considerando a publicidade como um ato puramente comercial, seria equivocados aproximar a comunicação mercadológica da garantia à liberdade de expressão, uma vez que a atividade publicitária segue uma lógica mercantil, visando essencialmente à venda de produtos. Assim, podemos dizer que publicidade não é expressão do pensamento, mas é ato comercial.

Seguindo este entendimento, parte da doutrina defende que a mensagem publicitária não pode, por si só, ser considerada uma expressão de pensamento ou opinião, por fazer parte da atividade econômica produtiva da empresa, ou seja, é uma prática comercial, e sendo assim deve ser realizada considerando as normas de proteção ao consumidor.

Portanto, a regulamentação da publicidade não deve ser interpretada como restrição à liberdade de manifestação do pensamento, da expressão ou informação como previsto no artigo 220, § 1º e 2º da Constituição Federal:

Art. 220 - 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.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no Art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Evidente, por conseguinte, que os dispositivos que regulamentam a publicidade não objetivam eliminá-la, mas somente conter seus abusos para que os consumidores, sobretudo as crianças, considerados os entes vulneráveis nas relações de consumo, não sejam prejudicados.

Nesse sentido, as regras sobre a publicidade destinada a crianças não representam uma restrição à liberdade de expressão, mas tão somente mecanismos para a contenção de abusos e para a proteção de um grupo reconhecidamente vulnerável. São regras que emanam da própria Constituição, para contornar eventuais conflitos e para garantir que o interesse público seja preservado.

Mas, apesar de existir ampla previsão constitucional que referenda a elaboração de legislação que limite a publicidade dirigida a crianças, o fato é que existem poucas previsões sobre o tema, e de forma esparsa em diversas legislações. Não contamos hoje, como acontece em países como o Canadá, a Suécia, a Bélgica e a Irlanda, entre outros, com legislações que abordem de maneira específica regras sobre publicidade para crianças.

5.2. CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1989, e incorporada no direito brasileiro em 1990, proclama soberanamente que a criança gozará de proteção especial e estatui os direitos fundamentais de todas as crianças a um desenvolvimento saudável e equilibrado, longe de opressões e violências.

Esse documento afirma o compromisso do Estado brasileiro, frente à comunidade internacional, em garantir os direitos da infância e da juventude.

A Convenção, em seu Preâmbulo, reforça a ideia de que a criança necessita de proteção especial, justificando esta necessidade:

(...) Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão da sua falta de maturidade física e mental, necessita da proteção e cuidados especiais, incluindo proteção judiciária apropriada antes e depois do nascimento.

E o mesmo documento também determina em seu artigo 3º, que a responsabilidade pelo bem-estar da criança deve ser compartilhada entre família, sociedade e Estado.

Art. 3º

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança.

2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram os padrões estabelecidos pela autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

Importante ressaltar que o texto da Convenção faz, explicitamente, referência a conteúdos midiáticos que devam ser orientados para um saudável desenvolvimento da criança. Reconhecendo o importante papel da mídia e sua intensa influência na formação dos pequenos, a Convenção atribui aos Estados-parte o papel de encorajar os meios de comunicação a difundir informações que sejam consideradas benéficas à sociedade e à criança e estabelecer limites a essa difusão quando as informações mostrarem-se prejudiciais.

Artigo 17 – Os Estados-partes reconhecem a importante função exercida pelos meios de comunicação de massa e assegurarão que a criança tenha acesso às informações e dados de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente os voltados à promoção de seu bem-estar social, espiritual e moral e saúde física e mental. Para este fim, os Estados-partes:

a) Encorajarão os meios de comunicação a difundir informações e dados de benefício social e cultural à criança e em conformidade com o espírito do ‘artigo 29.’

(...) e) Promoverão o desenvolvimento de diretrizes apropriadas à proteção da criança contra informações e dados prejudiciais ao seu bem-estar, levando em conta as disposições no artigo 13 e 18.

Vale lembrar que a Convenção integra o ordenamento jurídico nacional, e seu cumprimento é exigível perante os tribunais nacionais e internacionais.

5.3. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, legislação infraconstitucional que regulamenta o artigo 227 da Constituição Federal, garante especial proteção a essa parte da população em peculiar condição de desenvolvimento. O

artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a aplicação da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, em consonância com a Convenção Internacional dos Direitos e da Criança.

Nesse sentido, fundamental ressaltar o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que reconhece os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente determina, por sua vez, a responsabilidade da família, da sociedade, do Estado e da comunidade de assegurar os interesses da criança e do adolescente.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Já o artigo 5º desse mesmo diploma legal, determina que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece que a família, a sociedade e o Estado são responsáveis solidariamente pelo bem-estar de crianças e adolescentes, devendo impedir que sofram com negligências, discriminações, violências ou explorações de quaisquer ordens, inclusive mercadológica. Cada um destes atores sociais tem uma responsabilidade diferenciada, mas igualmente importante. Assim, pais devem zelar pela educação de seus filhos, empresas não devem promover campanhas publicitárias direcionadas a crianças com conteúdo inadequado para esse público e o Estado deve fiscalizar a atuação do setor privado e

também desenvolver políticas públicas capazes de garantir o adequado desenvolvimento infantil.

Reconhecendo a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em fase de desenvolvimento, importante citar o artigo 6º do diploma legal ora em análise:

Art. 6º - Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Segundo Noemi Friske Momberger⁸⁸, o Estatuto da Criança e do Adolescente confere um sentido amplo de proteção à criança, pois, sabidamente, ela necessita de “amparo físico, material, psicológico e espiritual, suprimindo-lhe as necessidades de afeto, alimento, vestuário, cuidados, protegendo-as de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

No mesmo sentido, o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente impõe que a criança e o adolescente: “têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

O artigo 15 estabelece que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

Nota-se por esses dispositivos legais que a doutrina de proteção integral da criança e do adolescente é norteadora de qualquer relação em que esses entes da sociedade estejam envolvidos.

O artigo 17, por sua vez, determina a obrigatoriedade de respeito à integridade física, psíquica e moral das crianças e adolescentes.

⁸⁸ Apud NAJAR, Patricia Maria Godoi. *A publicidade abusiva e a proteção da criança no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. PUC/SP, 2005. p. 174

Art. 17 - O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

A publicidade abusiva direcionada às crianças, aproveitando-se da sua reduzida capacidade de entendimento, ofende estes direitos previstos no artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao induzir a formação de valores distorcidos e hábitos de consumo inconsequentes. Ao antecipar a entrada da criança no mundo adulto, por meio do consumo, contribui para o encurtamento da infância, cerceando o desenvolvimento livre e saudável.

O artigo 18, em seguida, prevê como “dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”. Assim como garantido pelo artigo 227 da Constituição Federal, o direito à dignidade é o ponto inicial para que se veja respeitado o princípio da proteção integral.

Importante ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe amplamente de normas destinadas à proteção da criança e do adolescente, no entanto, não proíbe expressamente a publicidade dirigida a esse público em reconhecida fase de desenvolvimento.

O artigo 70 do Estatuto ora em análise, diz que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violência dos direitos da criança e do adolescente”. O artigo 71, por sua vez, reconhece que “a criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em fase de desenvolvimento”.

Nesse sentido, ressalta Noemi Friske Momberger⁸⁹, que “a publicidade não deve explorar a inexperiência e credulidade de crianças e jovens, nem explorar o sentimento de lealdade em relação aos pais ou responsáveis”.

Importante analisarmos as disposições previstas nos artigos 74 a 80 do Estatuto da Criança e do Adolescente, referentes à prevenção especial no tocante à informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos.

Ressalta-se o artigo 76 do Estatuto que prevê que “as emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”.

Nota-se a preocupação o legislador em proteger a criança e adolescente do conteúdo de programação inapropriada, ou inadequada para sua faixa etária, que poderão trazer danos psicológicos e até físicos para esse público mais vulnerável⁹⁰.

Nesse sentido, se as emissoras de televisão e rádio devem exibir, no horário recomendado para as crianças e adolescentes, somente programas educativos, culturais e artísticos, assim também deveria ser no tocante à publicidade televisiva e radiofônica, veiculada nos intervalos desses programas.

No entanto, os princípios da classificação indicativa não são aplicáveis à publicidade. Ao analisarmos quais conteúdos são citados pelo Estatuto da Criança e Adolescente como passíveis de serem classificados, não vislumbramos a publicidade dentre eles. Corroborando esse entendimento, a Portaria nº 1220/07 do Ministério da Justiça, que atualmente regulamenta as disposições relativas ao processo de classificação indicativa dos conteúdos televisivos, estabelece enfaticamente que “publicidade em geral, incluídas as vinculadas à programação, não se sujeitam à classificação indicativa”⁹¹

⁸⁹ Apud HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 170.

⁹⁰ NAJAR, Patricia Maria Godoi. *A publicidade abusiva e a proteção da criança no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. PUC/SP, 2005, p.181

⁹¹ LOPES, Cristiano Aguiar. *Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: A situação do Brasil e o panorama internacional*. Disponível em

Referindo-se a classificação indicativa do conteúdo midiático e sua aplicação apenas ao conteúdo da programação com exclusão das peças publicitárias, assim se posiciona Cristiano Aguiar Lopes⁹²:

Isso gera uma curiosa situação: conteúdos claramente apelativos, que poderiam facilmente ser classificados como inadequados para uma certa faixa etária se fossem um programa audiovisual, não são sujeitos a qualquer classificação indicativa, simplesmente por serem peças publicitárias. Um anúncio repleto de cenas de violência e/ou de sexo poderia, de acordo com as regras atualmente vigentes sobre classificação indicativa, ser veiculado em qualquer horário.

Vale também citar o artigo 79 do Estatuto da Criança e Adolescente, que estabelece uma regra pontual, destinada apenas à publicidade veiculada em revistas voltadas ao público infanto-juvenil.

Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Como se vê, a norma disciplina tão somente os anúncios veiculados em revistas e publicações dirigidas às crianças e adolescentes, sem fazer qualquer menção aos demais meios de comunicação.

Portanto, notório que o Estatuto da Criança e do Adolescente não apresenta normas específicas disciplinadoras da publicidade voltada ao público infanto-juvenil, mas traz um arsenal de regras e princípios importante para reprimir abusos no meio publicitário, com objetivo de assegurar os direitos das crianças e adolescentes, os quais devem ser observados e respeitados pelo mercado publicitário brasileiro.

http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3849/legislacao_publicidade_lopes.pdf?sequence=1. Acesso em 15/11/2012.

⁹² LOPES, Cristiano Aguiar. *Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: A situação do Brasil e o panorama internacional*. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3849/legislacao_publicidade_lopes.pdf?sequence=1. Acesso em 15/11/2012.

5.4. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como já destacado quando abordamos os princípios que regem a publicidade na relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990, nascido por expresso mandamento constitucional, destina toda uma seção de seu conjunto normativo para regular a publicidade, demonstrando claramente a necessidade de intervenção para proteção do consumidor.

Este diploma legal de proteção ao consumidor, como já afirmado, estabelece que toda publicidade deve ser facilmente identificável e proíbe toda publicidade enganosa ou abusiva, conforme artigos 36 e 37 *in verbis*:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Segundo Isabella Vieira Machado Henriques⁹³, o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, tem por objetivo determinar uma relação de sinceridade entre o anunciante e o consumidor.

Assim, para que a publicidade atenda os padrões éticos estipulados pela lei, é necessário que o consumidor possa, de imediato, identificar a publicidade como tal – seja em programas televisivos, seja em publicidades veiculadas em outros meios de comunicação.

A publicidade, segundo o Código de Defesa do Consumidor, deve ser facilmente identificada pelo público a que se destina, assim deve-se analisar se é razoável a esse grupo de consumidores identificá-la sem confundi-la com os demais elementos midiáticos. Portanto, aqui já se questiona se a publicidade voltada ao público infantil seria lícita, considerando a capacidade da criança de identificar o objetivo comercial da mensagem publicitária, tendo em vista seu desenvolvimento mental ainda em formação.

⁹³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 168.

O artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor proíbe a publicidade abusiva, e em seu parágrafo 2º, define como abusiva, dentre outras práticas, a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.

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

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

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

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

Este dispositivo é uma maneira de colocar as crianças a salvo de material abusivo e reconhece que é necessário montar uma estrutura de defesa frente aos abusos cometidos no meio publicitário.

Vale trazer a conclusão de Cristiano Aguiar Lopes⁹⁴ em relação à abordagem que o Código de Defesa do Consumidor quanto à publicidade infanto-juvenil:

Nota-se, portanto, que a menção que o CDC faz à publicidade dirigida às crianças é pontual, com uma regra bastante genérica. Limita-se a proibir publicidade enganosa ou abusiva, definindo-a, entre outras coisas, como aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança. E nesta menção, o legislador utilizou um termo bastante questionável, “deficiência”. Não existe, na psicologia, qualquer referência a esta suposta “deficiência”, e sim a uma vulnerabilidade gerada pelo seu estágio de desenvolvimento intelectual e por sua inexperiência, que a impede de contrastar, comparar e corretamente julgar a publicidade (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2008).

⁹⁴ LOPES, Cristiano Aguiar. Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: A situação do Brasil e o panorama internacional. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3849/legislacao_publicidade_lopes.pdf?sequence=1. Acesso em 15/11/2012.

Um anúncio publicitário que abuse da deficiência de experiência de uma criança constitui um desvio das regras básicas do mercado de consumo, portanto proibido pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nesta mesma linha de raciocínio, tratando-se de práticas que devem ser reprimidas, o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor define o que é vedado ao fornecedor:

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

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

Como já mencionado no presente trabalho, a criança é um ser em fase de desenvolvimento, portanto, reconhecidamente hipossuficiente na relação de consumo e merecedora de proteção especial contra os abusos publicitários.

Antônio Herman Benjamin⁹⁵ menciona alguns parâmetros especiais que devem ser observados em relação à publicidade voltada ao público infanto-juvenil:

Tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores, etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade.

Da análise dos artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, interpretados de acordo com as regras de defesa dos direitos da criança, a publicidade dirigida ao público infantil que se aproveite da deficiência de julgamento da criança é uma prática abusiva, portanto ilegal, podendo ser tipificada nos crimes previstos nos artigos 67 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

⁹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 355.

5.5. CÓDIGO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

Como já abordado, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), código de ética aplicado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), aprovado em 1978, traz um importante conjunto de regras a guiar os preceitos éticos da publicidade brasileira e admite a peculiar vulnerabilidade da criança em face da atividade publicitária.

O Código adota uma definição bastante ampla para publicidade e propaganda, entendidas como “atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias”.

Como regra geral, é estabelecido que todo anúncio deve ser honesto, verdadeiro e preparado com o devido senso de responsabilidade social, de forma a não abusar da confiança do consumidor.

Artigo 23 – Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade.

O CBAP destina uma seção inteira para contemplar regras referentes ao direcionamento da publicidade às crianças. Há regras gerais, a serem atendidas por todo tipo de publicidade, e regras específicas, voltadas especificamente para a propaganda de produtos destinados ao consumo por crianças e adolescentes:

SEÇÃO 11 – CRIANÇAS E JOVENS

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

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

a. desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;

- b. provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
- c. associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
- d. impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;
- e. provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;
- f. empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;
- g. utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
- h. apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;
- i. utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

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

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

Parágrafo 1º

Crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição, tais como armas de fogo, bebidas alcoólicas, cigarros, fogos de artifício e loterias, e todos os demais igualmente afetados por restrição legal.

Parágrafo 2º

O planejamento de mídia dos anúncios de produtos de que trata o inciso II levará em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação a mais restritiva para todas as normas aqui dispostas.

Nota: Nesta Seção adotaram-se os parâmetros definidos no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): “*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.*”

Além desses preceitos se suma importância para a publicidade dirigida à criança, o CBAP ainda estabelece algumas outras restrições a serem observadas pelos anunciantes e suas agências quando da elaboração de suas estratégias mercadológicas e estruturação de suas mensagens publicitárias voltadas a esse público.

Citando o princípio da proteção a crianças e adolescentes, o CBAP prevê algumas regras específicas no tocante à publicidade de bebidas alcoólicas, determinando, sobretudo, que esta publicidade não deve ter crianças e adolescente como público-alvo. Os anunciantes e suas agências devem quando da elaboração de suas estratégias mercadológicas e estruturação de suas mensagens publicitárias.

Dessa forma, estabelece que crianças e adolescentes não figurem nos anúncios de bebidas alcoólicas, os quais deverão ser destinados exclusivamente ao público adulto. Em seguida, determina que o conteúdo dos anúncios deixe claro tratar-se de produto de consumo impróprio para menores e não utilize linguagem, expressões, recursos gráficos e audiovisuais predominantemente do universo infanto-juvenil⁹⁶.

O CBAP ainda prevê mais uma restrição à publicidade voltada à criança no seu Anexo H, referindo-se aos anúncios de alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas.

⁹⁶ Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – Anexo “A”: **2. Princípio da proteção a crianças e adolescentes:** não terá crianças e adolescentes como público-alvo. Diante deste princípio, os Anunciantes e suas Agências adotarão cuidados especiais na elaboração de suas estratégias mercadológicas e na estruturação de suas mensagens publicitárias. Assim: **a.** crianças e adolescentes não figurarão, de qualquer forma, em anúncios; qualquer pessoa que neles apareça deverá ser e parecer maior de 25 anos de idade; **b.** as mensagens serão exclusivamente destinadas a público adulto, não sendo justificável qualquer transigência em relação a este princípio. Assim, o conteúdo dos anúncios deixará claro tratar-se de produto de consumo impróprio para menores; não empregará linguagem, expressões, recursos gráficos e audiovisuais reconhecidamente pertencentes ao universo infanto-juvenil, tais como animais “humanizados”, bonecos ou animações que possam despertar a curiosidade ou a atenção de menores nem contribuir para que eles adotem valores morais ou hábitos incompatíveis com a menoridade; **c.** o planejamento de mídia levará em consideração este princípio, devendo, portanto, refletir as restrições e os cuidados técnica e eticamente adequados. Assim, o anúncio somente será inserido em programação, publicação ou web-site dirigidos predominantemente a maiores de idade. Diante de eventual dificuldade para aferição do público predominante, adotar-se-á programação que melhor atenda ao propósito de proteger crianças e adolescentes; **d.** os websites pertencentes a marcas de produtos que se enquadrarem na categoria aqui tratada deverão conter dispositivo de acesso seletivo, de modo a evitar a navegação por menores.

2. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis.

Além disso, a publicidade desses produtos, de acordo com as orientações do Código, deve abster-se de desmerecer o papel dos pais, educadores, autoridades e profissionais de saúde quanto à correta orientação sobre hábitos alimentares saudáveis e outros cuidados com a saúde, e ainda, se utilizar personagens do universo infantil ou de apresentadores de programas dirigidos a crianças, deve fazê-lo apenas nos intervalos comerciais, evidenciando a distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo editorial ou da programação.

Ademais, o CBAP ainda proíbe que a publicidade de medicamentos populares seja feita de modo a induzir o uso de produtos por crianças, sem a supervisão dos pais ou responsáveis, a quem a mensagem se dirigirá com exclusividade.

Nota-se que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária apresenta regras bastante restritivas em relação à publicidade direcionada às crianças e até mesmo quanto à participação desses entes na atividade publicitária, visando, assim, a proteção das crianças frente à atividade publicitária.

No entanto, ainda vislumbramos diversas publicidades que desrespeitam esses preceitos previstos no CBAP, bem como nas legislações aqui apresentadas que visam resguardar os direitos das crianças e adolescentes.

Apenas a título de curiosidade, vale citar um acordo realizado no Brasil exclusivamente entre associações do setor privado e indústrias com o objetivo de estabelecer mais algumas restrições quanto à publicidade infantil de alimentos. Em agosto de 2009 foi um acordo entre ABIA (Associação Brasileira de Indústria de Alimentos) e a ABA (Associação Brasileira de Anunciantes) em que se estabelece um compromisso de não mais fazer publicidade destinada a crianças com menos de 12 anos em meios de comunicação de

massa que tenha sua audiência composta em maior parte por esse público. Este acordo, entretanto, se refere somente a produtos alimentícios cujo valor nutricional não possa ser comprovado como satisfatório de acordo com o aval de nutricionistas. As empresas signatárias foram Ambev, Batavo, Bob's, Burger King, Cadbury, Coca Cola Brasil, Danone, Elege, Ferrero do Brasil, Garoto, General Mills Brasil, Grupo Bimbo, Grupo Schincariol, Kellogg's, Kraft Foods, Mars Brasil, McDonald's, Nestlé, Parmalat, Pepsi-Co (alimentos e bebidas), Perdigão, Sadia e Uniliver.

5.6. PROJETO DE LEI Nº. 5.921/01

Não obstante a consistente legislação já vigente no Brasil, em razão da importância do tema da publicidade dirigida à criança, diversos setores da sociedade civil têm se articulado no sentido de ampliar e tornar mais eficiente a legislação já aplicável, fato que fez surgir alguns projetos de lei sobre o tema, dentre eles, o Projeto de Lei nº 5.921/01.

Em tramitação na Câmara desde 2001, o Projeto de Lei 5.921/01, de autoria do deputado federal Luiz Carlos Hauly, sugere acréscimo de um parágrafo ao artigo 37 da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”.

Art. 1º. O artigo 37 da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte parágrafo 2º A:

Art. 37 (...)

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

O objetivo do deputado era proibir a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, ou seja, aqueles destinados apenas às crianças. Na justificção da proposição, o autor argumenta que a publicidade de produtos infantis tem sido utilizada como uma forma de “coação ou chantagem para a compra dos bens anunciados”. Ressalta, ainda, que em alguns países já existe uma regulamentação bastante restritiva à publicidade infantil. Por outro lado, no Brasil, imperaria um “liberalismo total em relação a esse tipo de prática”.

O texto original da proposta já foi alterado nas comissões de Defesa do Consumidor e de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, por meio de Substitutivos.

O Substitutivo ao Projeto de Lei nº 5.921/01, elaborada pela deputada Maria do Carmo Lara, aprovado pela Comissão de Defesa do Consumidor, da Câmara dos Deputados Federais em 2008, não proíbe a publicidade destinada a vender produtos infantis, como no texto original. Tal proposta define o que pode ser considerada comunicação mercadológica voltada à criança, a partir dos elementos de que esta se vale para prender a atenção deste público e se propõe a reprimi-la de forma a proteger a infância dos abusos publicitários a que sejam submetidas, evitando que os pequenos sejam colocados na posição de promotores de vendas, tanto de produtos infantis quanto de produtos para o público adulto.

O Substitutivo da deputada Maria do Carmo foi encaminhado para a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio que, entendeu o texto proposto pela deputada como negativo para o processo de desenvolvimento econômico nacional, configurando excessiva intervenção em atividade já suficientemente regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor. Diante deste parecer, foi apresentado mais um substitutivo, de autoria do deputado Osório Adriano, que também altera apenas o artigo 37 do CDC.

Em seguida, o Projeto de Lei 5921/01 foi recebido pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), onde se encontra até o momento aguardando parecer do deputado Salvador Zimbaldi, que foi designado o relator nessa Comissão.

Em 03 de julho de 2012 foi realizada Audiência Pública na Câmara dos Deputados, com o objetivo de discutir os diferentes posicionamentos e argumentos em relação à regulamentação da publicidade voltada ao público infantil no Brasil.

Durante a Audiência Pública⁹⁷, o deputado Salvador Zimbaldi, relator do Projeto de Lei na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, afirmou que uma lei sobre publicidade infantil é necessária.

Nós vamos tentar buscar o melhor para população e particularmente para as crianças. Hoje, estamos convivendo com a população infantil obesa, por conta do consumismo, do sedentarismo. O que queremos, na verdade, é buscar um meio termo para que a propaganda não venha a ser restrita, mas, por outro lado, também não haja um incentivo, um estímulo absurdo ao consumo, conforme estamos vivenciando hoje.

Ademais, nos dizeres de Domingos Sávio, Procurador da República, “O discurso comercial, a publicidade não são protegidos pelos princípios da liberdade de expressão artística e da liberdade de comunicação. A liberdade de publicidade, a liberdade de divulgar, a liberdade de comunicar não é absoluta. Encontra limites/barreiras em nome da democracia e preservação de valores. Isso não é censura, é exercício democrático da comunicação e da mídia, em respeito aos direitos fundamentais”.

A advogada do Instituto Alana, Ekaterine Karageorgiadis, defendeu a modificação do texto original do projeto para que a proibição seja para a publicidade direcionada às crianças e não aos produtos infantis. "A publicidade de produtos infantis pode existir desde que direcionada aos pais. As crianças não diferenciam a publicidade da programação, elas não têm discernimento e não sabem que podem optar por comprar ou não".

Durante sua participação na Audiência Pública, o vice-presidente da Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), Rafael Sampaio, defendeu a combinação de normas legais com a autorregulação, negociadas entre as autoridades públicas, mediada pelo Congresso, com a participação das entidades civis que sejam efetivamente representativas do conjunto da associação para, assim, produzir um documento aceitável em termos de eficácia e que permita que se tenha de fato o controle necessário para proteger as crianças, sem, no entanto, banir a publicidade, o que já se mostrou ineficaz, como, por exemplo, na província do Quebec.

⁹⁷

Câmara

Notícia.

Disponível

em:

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/421550-RELATOR-VAI-PROPOR-REGULAMENTACAO-DA-PUBLICIDADE-INFANTIL.html>. Acesso em 03/12/2012.

Ademais, esclareceu que muitos países apresentam restrições em relação à publicidade infantil, sem, no entanto, proibir totalmente a mensagem publicitária voltada a esse público. Exceção apenas na Noruega, Suécia e a província de Quebec, no Canadá, que proíbem qualquer publicidade infantil.

Acrescentou que diversos países, como Inglaterra, França, Irlanda, Bélgica, Holanda, Áustria, Itália e EUA, apresentam de alguma forma, restrições para as publicidades direcionadas ao público infantil. Ressalta-se que nos EUA não existe legislação que regule propaganda comercial no país, o controle da publicidade é feito pelas agências ou autorregulação. A OMS recomendou que houvesse um processo de regulação e a autorregulação combinado. O Parlamento europeu, nesse ano, rejeitou formalmente a proibição de propaganda para as crianças.

Rafael Sampaio, ainda esclareceu que a OMS recomendou que houvesse um processo de regulação e a autorregulação combinado e Parlamento europeu, nesse ano, rejeitou formalmente a proibição de propaganda para as crianças.

Em normas gerais, todos concordam que a infância precisa ser protegida, o problema é operacional: como fazer com que a propaganda do bem possa ser feita, e a que exacerba seja cassada. Se você proíbe previamente, acaba impedindo muita coisa positiva⁹⁸.

Nas inúmeras discussões em relação ao tema do presente trabalho, representantes dos consumidores defendem a aprovação de um marco legal para regular a publicidade infantil, por outro lado, o setor empresarial e os publicitários defendem a combinação da legislação com a autorregulação da atividade publicitária e proteção dos interesses da criança e adolescente.

Entendemos que a proteção dos direitos da criança perante a publicidade que lhe é dirigida é de tamanha importância que não se pode dispensar nenhuma forma de controle da atividade publicitária. Portanto defendemos ser possível alcançar uma maior efetividade da

⁹⁸ Câmara Notícias. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/jornalcamara/default.asp?selecao=materia&codMat=64176&codjor=>. Acesso em 03/12/2012.

proteção dos interesses desses pequenos indivíduos, ainda em fase de desenvolvimento, a partir da combinação da atuação mais eficaz do poder estatal com a autorregulamentação, independente de elaboração de novas leis mais específicas no tocante à publicidade infantil.

O arsenal jurídico atualmente existente no ordenamento pátrio, em especial o Código de Defesa do Consumidor, se aplicado de forma mais eficiente, bastaria para garantir a proteção e defesa dos direitos da criança face aos abusos praticados no meio publicitário.

6. CONCLUSÃO

Inquestionável que a publicidade na sociedade moderna tem o objetivo máximo de estimular o consumidor ao qual se destina a adquirir o produto ou serviço objeto do anúncio publicitário. Para tanto, a publicidade utiliza-se das mais variadas técnicas de *marketing* para apresentar as qualidades dos bens anunciados, sempre com foco em incentivar o consumo, criando, muitas vezes, necessidades que não existiam para determinados consumidores.

Os estímulos excessivos de consumo das mensagens publicitárias direcionadas às crianças interferem intensamente do seu desenvolvimento como pessoa. As crianças estão sendo alvo de um bombardeio publicitário, uma vez que diante se sua clara vulnerabilidade e reconhecida hipossuficiência, tornam-se uma fonte imensurável de lucro rápido e fácil para o mercado de consumo.

A criança é um ser em pleno processo de desenvolvimento e formação, que necessita de cuidados especiais para um crescimento sadio, razão pela qual lhe é assegurada uma proteção especial, a qual deve ser estritamente observada quando da veiculação de uma publicidade dirigida esse público.

Conforme analisamos, atualmente, o controle da publicidade direcionada ao público infantil no Brasil, é exercido, principalmente pela Constituição Federal, bem como pelas normas do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, ainda, por meio da autorregulamentação realizada pelo CONAR.

O Código de Defesa do Consumidor, como apresentado neste trabalho, instituiu como abusiva a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, enquadrando-a, dessa forma, como uma publicidade ilícita, portanto proibida pela legislação pátria.

Eis aqui o grande dilema da publicidade voltada ao público infantil no Brasil. O mercado publicitário especializado em publicidade infantil se vale, por muitas vezes,

justamente dessa deficiência de julgamento e experiência da criança para criar seus anúncios, e, assim, persuadir esses pequenos consumidores a adquirirem por si próprios, ou por meio de seus pais, os produtos vangloriados nas publicidades.

Diante das abusividades evidenciadas rotineiramente nas publicidades espalhadas nos diversos meios de comunicação, em especial a publicidade voltada ao público infantil, drasticamente afetado pelos abusos publicitários, conclui-se que há necessidade de uma maior efetividade na aplicação dos meios de controle da atividade publicitária no Brasil, visando coibir tais abusos e proteger os interesses das crianças.

7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Alette Marisa S.D.N. Teixeira de. *A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor n°. 53, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ATALIBA, Geraldo. *Mudança de Constituição*, RDP 86/181: In: Selma M. Ferreira Lemes, Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. Revista do Advogado, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 51, outubro/1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BORUCHOVITCH, Monica Monteiro da Costa. *A programação infantil na televisão brasileira sob a perspectiva da criança*. PUC/RJ. Dissertação de Mestrado. Disponível em: http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=4040@1. Acesso em 17/10/2012.

CÂMARA NOTÍCIA. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/jornalcamara/default.asp?selecao=materia&codMat=64176&codjor=>. Acesso em 03/12/2012.

CÂMARA NOTÍCIA. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/421550-RELATOR-VAI-PROPOR-REGULAMENTACAO-DA-PUBLICIDADE-INFANTIL.html>. Acesso em 03/12/2012.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FROTA, Mário. *A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GILBREATH, Bob et al. *The Next Evolution of Marketing: connect with your customers by marketing with meaning*. Mc Graw Hill, 2010.

GOMES, Neusa Demartini. *Publicidade: Comunicação persuasiva*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. *A publicidade dirigida a crianças e a formação de valores*. Disponível em www.alana.org.br. Acesso em 07/08/2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et.al. (coord.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HARTUNG, Pedro Afonso Duarte. *A Proibição Legal da Publicidade Dirigida à Criança no Brasil*. Disponível em http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/artigos/Proibicao_publicidade_infantil_PHartung.pdf. Acesso em 11/08/2012.

HAWKES, Corina. *Por que regular o marketing de alimentos para crianças*. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=3282. Acesso em 26/11/2012

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *A publicidade abusiva em face da deficiência de julgamento e experiência da criança*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2005.

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

INCONTRI Dora. *Conceitos de Criança*. Disponível em http://pedagogiaespirita.org.br/tiki-read_article.php?articleId=159#. Acesso em 10/11/2012.

LINN, Susan. *Crianças do Consumo: a infância roubada*. Tradução: Cristiana Tognelli - São Paulo: Instituto Alana, 2006.

LOPES, Cristiano Aguiar. *Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: A situação do Brasil e o panorama internacional*. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3849/legislacao_publicidade_lopes.pdf?sequence=1. Acesso em 15/11/2012.

MALFATTI, Alexandre David. *O direito de informação no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (coord.). *Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MUNIZ, Eloá. *Publicidade e Propaganda: origens históricas*. Disponível em: <http://eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>. Acesso em 06/03/2012.

NAJAR, Patrícia Maria Godoi. *A Publicidade abusiva e a proteção da criança no Código Brasileiro da Defesa do Consumidor*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *O regime da publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, nº 15, julho/setembro, 1995.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia e FACHIN, Melina Girardi et al. (coord.). *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, religiosa e global*. Curitiba: Juruá, 2012.

PROJETO CRIANÇA E CONSUMO. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. Instituto Alana, 2009

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O Marketing digital e a proteção do consumidor*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2009.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *O direito do consumidor e a publicidade*. São Paulo: MP Editora, 2008.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade de. *Práticas Mercantis do Direito do Consumidor*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SODRÉ, Gomes et al. (coords.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2009.

TAILLE, Yves de la. *Contribuição da psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança*. Conselho Federal de Psicologia. 2008.