

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Gabrielle Fornasier Hübner

A ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE VOLTADA AO PÚBLICO INFANTIL

Porto Alegre

2014

GABRIELLE FORNASIER HÜBNER

A ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE VOLTADA AO PÚBLICO INFANTIL

Trabalho de Conclusão apresentado à banca examinadora como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof. Dr.^a Cláudia Lima Marques.

Porto Alegre

2014

GABRIELLE FORNASIER HÜBNER

A ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE VOLTADA AO PÚBLICO INFANTIL

Trabalho de conclusão apresentado à banca examinadora como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: 15 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Cláudia Lima Marques
(Orientadora)

Professor Doutor Augusto Jaeger Junior

Professor Doutor Bruno Miragem

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo a análise da abusividade da publicidade dirigida ao público infantil e o estudo das formas para conter os abusos das publicidades que se aproveitam da deficiência de julgamento e da inexperiência das crianças, a partir das legislações nacional e estrangeira, dos projetos de lei em tramitação sobre a matéria, e da Resolução número 163 do Conanda. Para tanto, analisa, em um primeiro momento, a proteção conferida ao ente vulnerável na relação de consumo pelo Código de Defesa do Consumidor, o tratamento legal dado à publicidade em nosso ordenamento jurídico, e a proteção conferida às crianças em diplomas internacionais e na legislação brasileira. Em seguida, estuda o papel da criança na atual sociedade de consumo, o desenvolvimento psicológico dos infantes, as técnicas mercadológicas que objetivam a captação da atenção das crianças, as consequências que podem ser acarretadas pela publicidade infantil, a necessidade de restrição dos anúncios publicitários dirigidos às crianças, e a regulamentação normativa nacional e estrangeira sobre a matéria. Conclui que a publicidade voltada ao público infantil deve ser restringida, que a regulamentação existente sobre a matéria não é observada na prática, e, assim, que a normatização específica dessa modalidade publicitária é um importante avanço na proteção dos direitos das crianças.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Publicidade abusiva. Hipervulnerabilidade. Proteção à criança.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the abusive advertising directed to children, and study the ways to curb abuses of the ads that take advantage of the lack of judgment and inexperience of children, from domestic and foreign laws, the bills in progress on the matter, and the Resolution number 163 from Conanda. It analyzes, at first, the protection given to the vulnerable part in consumption ratio by the Consumer Protection Code, the legal treatment of the advertising in our legal system, and the protection given to children in international instruments and brazilian legislation. Then, it studies the role of children in today's consumer society, the psychological development of infants, the marketing techniques that aim to capture the attention of children, the consequences which may be caused by children's advertising, the need of restriction of children's advertising, and domestic and foreign rules in this area. It concludes that children's advertising should be restricted, that the existing rules in this area are not followed, and that the specific regulation of this kind of advertising is an important step in protecting children's rights.

Key-words: Consumers law. Abusive advertising. Hipervulnerability. Children protection.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	A PUBLICIDADE E A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA	8
2.1	O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PUBLICIDADE	8
2.2	A PROTEÇÃO DA CRIANÇA.....	20
3	A PUBLICIDADE DIRIGIDA À CRIANÇA	30
3.1	A NECESSIDADE DE RESTRINGIR A PUBLICIDADE DIRIGIDA À CRIANÇA...30	
3.2	O TRATAMENTO LEGAL DA PUBLICIDADE DIRIGIDA À CRIANÇA	52
4	CONCLUSÃO	78
	REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

A publicidade é fator indissociável da atual sociedade de consumo, revelando-se importante mecanismo de *marketing*, cujo objetivo principal é a persuasão dos consumidores a adquirirem determinados produtos ou serviços. Na sociedade contemporânea, na qual para “ser” é preciso “ter”, os anúncios publicitários se agigantam frente aos desejos dos consumidores, passando a ditar padrões de conduta e valores sociais. Quando se insere a criança em tal realidade, a consequência pode ser extremamente prejudicial ao seu desenvolvimento.

O que se observa hoje em dia, no entanto, é que muitos publicitários abusam da inexperiência, da credulidade, e da lealdade das crianças, por meio de incontáveis técnicas mercadológicas, a despeito da proteção conferida pelo ordenamento jurídico a esses indivíduos ainda em desenvolvimento, que deveriam ter essa característica protegida com absoluta prioridade.

Nesse contexto, pode se considerar que estão sendo violadas disposições constantes na Constituição Federal, sobretudo o disposto no artigo 227, que prevê ser dever do Estado, da sociedade, e da família, proteger os direitos das crianças com absoluta prioridade, reconhecendo-se sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Ademais, é possível também levantar a inobservância às normas do Código de Defesa do Consumidor, principalmente no tocante ao artigo 37, §2º, que considera abusiva, e, portanto, ilegal, a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e da inexperiência das crianças. Além disso, é viável perquirir-se quanto ao descumprimento das disposições protetivas dos direitos da criança no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por conseguinte, questiona-se, como ponto central do estudo, se a publicidade infantil deve sofrer maior restrição quando comparada aos anúncios publicitários dirigidos a consumidores *standard*.

Desse modo, com o presente trabalho, pretende-se estudar abusividade da publicidade direcionada ao público infantil, principalmente quanto aos riscos que apresenta no desenvolvimento das crianças, para que se possa justificar uma maior restrição dessa modalidade publicitária. Em seguida, objetiva-se, também, analisar

os meios legais que podem ser utilizados para conter esses abusos, tanto na normatização existente, quanto nos projetos de lei em tramitação.

Para tratar sobre o assunto, mostra-se imperiosa a análise, primeiramente, do conceito jurídico de vulnerabilidade reconhecido ao consumidor em face do fornecedor, bem como da hipervulnerabilidade das crianças inseridas no mercado de consumo. Em seguida, importante também o estudo do tratamento legal conferido à publicidade, mormente no Código de Defesa do Consumidor.

Posteriormente, é necessária a apresentação das disposições internacionais acerca dos direitos da criança e do adolescente. Partindo para um enfoque na legislação brasileira sobre o tema, relevante também a devida menção à conceituação jurídica das crianças em nosso ordenamento e aos princípios basilares que orientam a proteção desses indivíduos.

No capítulo seguinte, após breve contextualização do papel da publicidade na sociedade de consumo atual, impende a investigação das pesquisas científicas a respeito do desenvolvimento neurológico dos infantes, bem como do grau de compreensão que se pode esperar das crianças frente à publicidade. Em seguida, cumpre listar as diferentes técnicas mercadológicas que hoje são utilizadas para a captação da atenção do público infantil a que se destinam, bem como as consequências que podem ser ocasionadas por essa publicidade. Posteriormente, cabe a análise dos posicionamentos doutrinários quanto à restrição da publicidade voltada às crianças.

Por fim, calha consignar a respeito da regulamentação existente sobre a publicidade direcionada ao público infantil, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no direito comparado, discorrendo, em seguida, acerca dos Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional e no Senado Federal a respeito da matéria, e, finalmente, apresentando a importante Resolução nº 163 do Conanda sobre o tema.

2 A PUBLICIDADE E A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA

Nas relações de consumo, que permeiam toda a sociedade moderna, observa-se a existência de uma parte vulnerável, o consumidor, e de uma parte cada vez mais especializada e poderosa, o fornecedor. Nesse contexto, a Constituição Federal garantiu a proteção do ente mais fraco dessa relação, o que culminou na elaboração Código de Defesa do Consumidor, que procura compensar a desigualdade existente entre as partes da relação de consumo. Com maior razão, devem também ser abrangidos pela tutela da lei consumerista aqueles que são considerados hipervulneráveis em uma relação de consumo, ou seja, que podem ser mais facilmente feridos, como as crianças.

A proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor não poderia deixar de tratar da publicidade, importante característica da sociedade contemporânea, que influencia diretamente a decisão do consumidor de adquirir determinado produto ou serviço. Desse modo, serão apresentadas, a seguir, as características principais da lei consumerista no tocante à vulnerabilidade do consumidor, bem como a regulamentação legal que é dada à publicidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PUBLICIDADE

O consumo desempenha papel determinante na sociedade global. Tanto é assim que, consoante preceitua Bruno Miragem, consumir passou a ser condição de existência digna na sociedade consumerista de massas.¹ O consumo se dá por meio de relações entre consumidor e fornecedor, que são intrinsecamente desequilibradas, e, por essa razão, implementou-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a fim de regular, de modo amplo, a relação

¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 43.

consumerista, criando mecanismos que evitem a prevalência de um sujeito em detrimento do outro.²

Bruno Miragem ensina que ao se estabelecer uma proteção específica ao consumidor, promove-se uma equalização, por meio do direito, de uma relação que é faticamente desigual.³ Isso porque devem os consumidores ser tratados de forma desigual pela lei, na exata medida de suas desigualdades, para que se atinja a igualdade real, prevista pela Constituição Federal ao dispor sobre o princípio da isonomia em seu artigo 5º.⁴

A existência de todo o Direito do Consumidor, nesse sentido, justifica-se justamente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, a qual, para Marques, Benjamin e Bessa, configura-se como uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo, sendo, portanto, uma característica, um estado do sujeito mais fraco.⁵ Neste contexto, Miragem já asseverou no sentido de que “a vulnerabilidade é um estado *a priori*, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, que pode ser ‘ferido’ (*vulnerare*) ou é vítima facilmente”.⁶ Há, desse modo, uma presunção absoluta de vulnerabilidade reconhecida em favor de todos os consumidores.

Isso não significa, contudo, que os consumidores serão sempre igualmente vulneráveis perante o fornecedor. Em razão de determinadas qualidades específicas, alguns consumidores são mais suscetíveis aos apelos dos fornecedores do que outros, encontrando-se em posição de maior debilidade quando comparados com a vulnerabilidade que se reconhece a um consumidor *standard*.⁷

² NERY JR., Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 3, p. 44, jul./1992, p. 2.

³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 50.

⁴ AMATRUDO, Rosângela. Publicidade abusiva. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 52, p. 163, out./2004, p. 2.

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97 e 98

⁶ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 117.

⁷ “A fraqueza ou fragilidade pode ser inerente às pessoas individualmente consideradas; pode ser relativa, quando o outro é muito forte, ou quando o bem ou serviço desejado é essencial e urgente, comportando assim graduações subjetivas comparáveis às graduações subjetivas da minoridade, que iriam dos consumidores mais desfavorecidos ou vulneráveis (idosos, crianças, superendividados,

A hipervulnerabilidade de alguns consumidores é definida como a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade do consumidor, podendo decorrer de fatores como idade, condições especiais de saúde, ou necessidades especiais, tendo sido reconhecida pela jurisprudência e pela legislação brasileira⁸. Por consequência, “produtos e serviços destinados a estes consumidores hipervulneráveis, assim como a publicidade a eles destinada deve guardar parâmetros mais qualificados de boa-fé (artigo 37, § 2º, e artigo 39, IV)”⁹.

Especialmente quanto às crianças, utiliza-se também as expressões "os mais vulneráveis",¹⁰ ou “vulnerabilidade agravada”,¹¹ para denominação da sua hipervulnerabilidade, que foi, inclusive, reconhecida constitucionalmente.¹² Quanto ao ponto, Bruno Miragem explica que:

Estudos recentes demonstram a importância de crianças e adolescentes na definição dos hábitos de consumo dos adultos, tanto em relação a produtos de interesse do menor, quanto da própria família. Esse poder da criança e do adolescente nas decisões de compra familiar, por sua vez, contrasta com a vulnerabilidade que apresentam em relação à atuação negocial dos fornecedores no mercado, por intermédio das técnicas de *marketing*. Nesse sentido, se os apelos de *marketing* são sedutores aos consumidores em geral, com maior intensidade presume-se que o sejam em relação às crianças e adolescentes. Estes se encontram em estágio da vida em que não apenas permite que se deixam convencer com maior facilidade, em razão de uma formação intelectual incompleta, como também não possuem, em geral, o controle sobre aspectos práticos da contratação, como valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio. Daí resulta que estejam em posição de maior debilidade com relação à vulnerabilidade que se reconhece a um consumidor standard. Esta vulnerabilidade agravada da criança é reconhecida no âmbito da publicidade, sendo que o próprio Código De Defesa Do Consumidor estabelece o caráter abusivo da publicidade que venha a aproveitar-se da deficiência de julgamento da criança (artigo 37, §2º).¹³

Para uma melhor análise do tema proposto por este trabalho, revela-se imprescindível a definição dos sujeitos da relação de consumo. Para tanto, importa,

doentes, mutuários do SFH etc.) aos profissionais somente eventualmente vulneráveis, ante, por exemplo, a complexidade do bem ou serviço.” BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 105.

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104.

⁹ *Ibidem*, p. 105.

¹⁰ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na "vulnerabilidade agravada": como proteger as crianças consumidoras? **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 90, p. 69, nov./2013, p. 5.

¹¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 117.

¹² PAIVA, Rafael Augusto de Moura. Repensando o "ser" consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 88/2013, p. 103, jul./2013, p. 7.

¹³ MIRAGEM, Bruno, *loc. cit.*

primeiramente, frisar, conforme ensinado por Claudia Lima Marques, que “a figura do ‘consumidor’ (um civil ou leigo) somente aparece frente a um ‘fornecedor’ (um empresário ou profissional)”¹⁴ A autora esclarece, assim, que o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor é, sobretudo, relacional.¹⁵

Além do conceito geral do *caput* do artigo 2º, que dispõe que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”¹⁶, o Código ainda nos traz mais três definições de consumidor, por equiparação. Para o parágrafo único do artigo 2º, são consumidores a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Para o artigo 17, todas as vítimas dos fatos do serviço também são equiparáveis a consumidores. Por fim, segundo o artigo 29, são consumidores equiparados todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais de oferta, de contratos de adesão, de publicidade, de cobrança de dívidas, de bancos de dados, sempre que vulneráveis *in concreto*.¹⁷

Especificamente quanto à conceituação constante no artigo 29, verifica-se que esta é a mais ampla possível, tendo em vista que não só os consumidores em potencial, ou seja, aqueles que podem vir a adquirir ou a utilizar produto ou serviço como destinatários finais, estão amparados, mas também todas as pessoas expostas às práticas comerciais.¹⁸

Na outra ponta da relação de consumo encontra-se o fornecedor, que, segundo Nelson Nery Jr., “é todo aquele que pratica alguma atividade no mercado,

¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 91.

¹⁵ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc. cit.*

¹⁶ Para os finalistas, a expressão “destinatário final” deve ser interpretada de maneira restrita, e, assim, consideram “destinatário final” como aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Ou seja, não basta ser destinatário fático do produto, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda ou para uso profissional. Por outro lado, os maximalistas acreditam que normas do Código de Defesa do Consumidor definem um novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, ou seja, não são apenas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. Por isso, segundo esta corrente, a expressão “destinatário final” deve ser interpretada o mais extensamente possível, não sendo relevante se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome. BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 40.

¹⁷ AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 69, p. 32, jan./2009, p. 7.

¹⁸ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 1, p. 149, jan./1992, p. 10.

notadamente o produtor, o comerciante e o prestador de serviços”¹⁹. Levando em conta que a definição do consumidor é relacional, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º,²⁰ dá uma definição ampla do conceito de fornecedor, a fim de que um maior número de relações do consumo possa ser protegido.²¹

Definidos os conceitos dos partícipes da relação de consumo, passa-se agora à análise do fenômeno publicitário. A atividade publicitária, diga-se, foi e continua sendo elemento determinante para o desenvolvimento da sociedade contemporânea²², sendo uma das manifestações do *marketing*, que também é característico da atualidade.²³ Segundo Benjamin, onde existir sociedade de consumo, estará também presente a publicidade, definindo-a, assim, como “onipresente”, na medida em que pode ser encontrada “nos veículos de comunicação social - rádio, televisão, imprensa e cinema -, nas vias públicas (através de *outdoors*), nos esportes, no teatro”.²⁴

Por conseguinte, todos os integrantes da moderna sociedade de consumo podem ser influenciados pela publicidade e pela propaganda. A mensagem publicitária, nesse contexto, ultrapassa a sua função primordial, que seria a de vender um produto, passando a ditar costumes de toda uma sociedade. Isso porque

¹⁹ NERY JR., Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 3, p. 44, jul./1992, p. 5 e 6.

²⁰ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

²¹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 112.

²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 239.

²³ “Já se anotou que a publicidade constitui um momento fundamental nas práticas comerciais, inserindo-se como a mais relevante das fases componentes do processo de marketing. Constitui, pois, ação ou conjunto de ações de imensas repercussões econômicas. Análises recentes têm demonstrado a extensão dos custos econômicos da publicidade excessiva ou mal dirigida. Modalidades publicitárias diversificam-se, objetivando diminuir custos econômicos e sociais e atingir, com eficácia, o “público-alvo”. Em certas ocasiões se busca vender, diretamente, certo produto ou serviço, em outras é objeto da peça publicitária a própria imagem da instituição ou empresa. Técnicas diversas se multiplicam. Em certos casos as peças publicitárias tentam dissimular a sua natureza, sempre em busca da melhor relação custo-benefício na persuasão dos potenciais consumidores”. COSTA, Judith Martins. A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina a ambiguidade das peças publicitárias patrocinadas pelos cursos pré-vestibulares e os princípios do código de defesa do consumidor examinadas através do estudo de um caso. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 6, p. 219, abr./1993, p. 4.

²⁴ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 117.

a publicidade influencia nossos desejos e aspirações, que chegam a destruir barreiras racionais e uma provável indiferença quanto ao produto anunciado.²⁵

Para o anunciante, a publicidade é imprescindível para aumentar as suas vendas e lucros, o que faz com que se melhorem as chances de lançamento com sucesso de novos produtos e serviços e, conseqüentemente, auxilia na manutenção de uma existência saudável para a empresa.²⁶ Isso porque as pessoas consomem, basicamente, por dois motivos: necessidade e impulso, tendo a publicidade justamente o poder de criar necessidades que não são reais, impulsionando a compra de produtos desnecessários, e possibilitando, assim, que os fornecedores coloquem no mercado cada vez mais produtos que, a rigor, ninguém precisa.²⁷

Nesse contexto, Antônio Herman Benjamin entende publicidade como “qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços, com utilização de informação e/ou persuasão”.²⁸ Para Judith Martins Costa, ademais, o objetivo principal da publicidade é estimular o consumo de bens e serviço, ressaltando as suas qualidades, persuadindo as pessoas a adquiri-los e recordando as pessoas que já o adquiriram que o podem fazer de novo.²⁹

Assim, podemos perceber que o fenômeno publicitário influencia o poder decisório do consumidor no mercado, o seu consentimento, o que traz conseqüências diretas para o mercado de consumo.³⁰ Segundo Jacques, pois, “mediante a publicidade, o produto é antes de tudo a sua imagem, vale dizer, o que

²⁵ FERREGUETT, Cristhiane. Análise discursiva de publicidade infantil: uma perspectiva bakhtiniana. **Letrônica**, v. 5, n. 2, p. 103, jun./2012, p. 11.

²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 9, p. 25, jan./1994, p. 3.

²⁷ CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Privado**, vol. 3, p. 157, jul./2000, p. 9.

²⁸ BENJAMIN, *loc. cit.*

²⁹ COSTA, Judith Martins. A "guerra" do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina a ambigüidade das peças publicitárias patrocinadas pelos cursos pré-vestibulares e os princípios do código de defesa do consumidor examinadas através do estudo de um caso. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 6, p. 219, abr./1993, p. 1 e 2.

³⁰ “Um enfoque na manipulação de preferências ilustra o fato de que o consumo não é um fenômeno isolado e que as preferências existentes não são naturais, mas são um produto das possibilidades existentes, influências sociais e padrões de consumo”. RAMSAY, Iain. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 4, p. 26, out./1992, p. 3.

milhões de consumidores acreditam que é, ou o que associam a ela”.³¹ Por tal razão, “o fabricante ou o fornecedor de serviços procura sempre apresentar o seu produto como sendo o melhor, o mais barato, o mais eficiente, o mais seguro, o mais bonito, o mais moderno”³².

Desse modo, para Benjamin, “a publicidade é uma das mais poderosas formas de persuasão e manipulação social existentes na sociedade moderna”³³, pois o consumidor nem sempre percebe as técnicas de persuasão utilizadas no seu convencimento. O consumidor, portanto, é vulnerável frente à publicidade. Neste diapasão, também pondera o autor que:

Essa situação de impotência aumenta mais ainda quando, com seu crescente requinte, a publicidade deixa de ser mera arte e informação, e se transforma em ciência da persuasão. Ciência que busca auxílio em outras ciências, disciplinas, teorias e modelos, como a psicologia, a sociologia, a antropologia, as ciências do comportamento, a estatística, a teoria das probabilidades, os modelos experimentais e os de simulação por computador.³⁴

Deve-se ter em mente que não é só a publicidade que pode ser abusiva ou enganosa, mas qualquer veículo de *marketing*, como a embalagem de um determinado produto, ou uma promoção de vendas, que pode influenciar no poder decisório do consumidor. Isso porque, enquanto técnicas mercadológicas, também estabelecem um meio de comunicação entre o fornecedor e o consumidor, no qual podem ser veiculadas informações enganosas ou abusivas.³⁵

Importa, ainda, diferenciar propaganda de publicidade, pois o nosso Código não regulamenta aquela, mas somente tece considerações a respeito desta.³⁶ Propaganda pode ser entendida como a “veiculação de ideias de conteúdo político, religioso, ético ou moral”,³⁷ enquanto publicidade é a “veiculação com sentido

³¹ JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 45, p. 100, jan./2003, p. 9.

³² LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 1, p. 149, jan./1992, p. 2.

³³ BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 9, pg. 25, jan./1994, p. 3.

³⁴ *Ibidem*, p. 5.

³⁵ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 262.

³⁶ *Ibidem*, p. 254.

³⁷ NERY JR., Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 3, p. 44, jul./1992, p. 14.

comercial, com o objetivo de convencer o destinatário a adquirir o produto ou a utilizar-se do serviço”.³⁸ Como se percebe, a publicidade tem um objetivo eminentemente comercial, enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, mesmo que se utilizando de meios semelhantes aos da publicidade para atingir seu objetivo.³⁹

O fenômeno publicitário, desse modo, caracteriza-se como unilateral, parcial e subjetivo, não tendo o consumidor qualquer controle sobre a publicidade, ficando, assim, à mercê dos fornecedores.⁴⁰ Levando-se tudo isso em conta, é evidente que deve ser regulado pelo direito, pela perspectiva da proteção do consumidor, o ente vulnerável da relação jurídica de consumo.⁴¹

A publicidade pode ser controlada de três modos diferentes: por um sistema exclusivamente estatal, no qual só o estado dita as normas de controle de publicidade e as implementa, por um sistema exclusivamente privado, quando somente os entes privados ditam as regras referentes à matéria, e, por fim, através de um sistema misto, aquele que conjuga a atuação privada e estatal.⁴² Para Benjamin, esse último, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, é o ideal.⁴³

Com efeito, no Brasil, o controle publicitário é exercido tanto pelos organismos autorregulamentares, como o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, quanto pelo Estado, seja a administração pública, seja o judiciário.⁴⁴ É importante frisar que:

³⁸ NERY JR., Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 3, p. 44, jul./1992, p. 14.

³⁹ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 1, p. 149, jan./1992, p. 3.

⁴⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 9, pg. 25, jan./1994, p. 5.

⁴¹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 251.

⁴² AWAZU, Luís Alberto de Fischer. Alguns apontamentos acerca da relação entre ética na publicidade, a formação da criança e seus aspectos jurídicos. **Revista de Direito Educacional**, vol. 4, p. 233, jul./2011, p. 8.

⁴³ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 252 e 253.

⁴⁴ “Até o advento do CDC, a publicidade não era regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O CONAR (Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária) podia eticamente tentar retirar de circulação publicidade enganosa ou abusiva, mas não tinha poder de fogo para tanto. Os veículos e os anunciantes não tinham e não têm o dever legal de acatar decisão do CONAR. Os arts. 36 a 38 do CDC regulamentam a publicidade no país, proibindo a publicidade enganosa e a abusiva. Isto não

O controle legal da publicidade não é forma inconstitucional de censura, mas instrumento eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor. O art. 5º do *Federal Trade Commission Act*, dos EUA, 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 e a criação publicitárias.⁴⁵

Quanto à regulamentação privada brasileira, tem-se que o CONAR, associação sem fins lucrativos, foi fundado, na Cidade de São Paulo, em 5 de maio de 1980. Tal órgão, pois, tem como finalidade: zelar pela comunicação comercial, fazendo observar as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária; funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas; oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas; divulgar os princípios e normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, visando a esclarecer a opinião pública sobre a sua atuação regulamentadora de normas éticas aplicáveis à publicidade comercial; atuar como instrumento de concórdia entre veículos de comunicação e anunciantes, e salvaguarda de seus interesses legítimos e dos consumidores; e promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial.⁴⁶

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, por sua vez, envolve o conjunto de normas disciplinadoras da ética da atividade de propaganda comercial.⁴⁷ Assim, é um código de conduta ética dirigido aos anunciantes, que foi aprovado em 1978, por entidades representativas do mercado brasileiro publicitário. Por se tratar de uma regulamentação ética corporativa, é desprovida de cogência

invalida o controle da publicidade que vem sendo feito pelo CONAR, órgão formado por anunciantes, agências de publicidade e veículos, cujo objetivo é coibir, no plano ético, os abusos que eventualmente possam ser provocados pela publicidade no Brasil. Temos, assim, um sistema misto, que nos parece o ideal, de controle da publicidade: controle legal (CDC) e controle privado (CONAR). As duas formas de controle sobrevivem e são compatíveis entre si." NERY JR., Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 3, p. 44, jul./1992, p. 14.

⁴⁵ NERY JR., *loc. cit.*

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

⁴⁷ Conforme definido no Artigo 60 do Estatuto Social do CONAR, disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

legal, revelando-se como gama de recomendações para elaboração de mensagens publicitárias com o intuito de evitar abusos que prejudiquem os consumidores.⁴⁸

No tocante à regulamentação estatal da publicidade brasileira, o sistema publicitário tratado no Código de Defesa do Consumidor é informado por alguns princípios básicos, quais sejam, o princípio da identificação da mensagem publicitária (artigo 36)⁴⁹; o princípio da vinculação contratual da publicidade (artigo 30)⁵⁰; o princípio da veracidade (artigo 37, §1º)⁵¹; o princípio da não abusividade da publicidade (artigo 37, §2º)⁵²; o princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor (artigo 38)⁵³; o princípio da transparência da fundamentação da publicidade (artigo 36, parágrafo único); o princípio da correção do desvio publicitário (artigo 56, XII)⁵⁴; e o princípio da lealdade publicitária.⁵⁵

Como decorrência desses princípios, o Código proíbe a publicidade clandestina e a subliminar. Ademais, a publicidade enganosa está expressamente vedada, conforme o artigo 37, §1º do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque esse tipo de publicidade “provoca, está provado, uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse

⁴⁸ CARVALHO, Diógenes Faria de. OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Revista de direito do Consumidor**, vol. 94/2014, p. 181, jul./2014, p. 9.

⁴⁹ “A publicidade há de ser identificada pelo consumidor. O legislador brasileiro proíbe a publicidade clandestina e a subliminar. O Código o acolheu expressamente (art. 36, caput). O caput do art. 36 acolhe o princípio da identificação da mensagem publicitária. A publicidade só é lícita quando o consumidor puder identificá-la. Mas tal não basta: a identificação há que ser imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica. Publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor.” BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 258 e 259.

⁵⁰ “O consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimentado conteúdo da comunicação publicitária.” BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc. cit.*

⁵¹ “É proibida a publicidade enganosa. O princípio da veracidade da informação publicitária, tido como o mais importante princípio da atividade publicitária, não tem, embora a sua antiga regulamentação legal, significado unívoco e absoluto. Em termos amplíssimos significa a proibição do engano em matéria publicitária.” BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc. cit.*

⁵² “Na maior parte das vezes, ao revés do que se dá com a publicidade enganosa, a abusiva não afeta diretamente o bolso do consumidor, limitando-se a agredir outros valores tidos como importantes pela sociedade de consumo.” BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc. cit.*

⁵³ “Decorrente, de certa maneira, dos princípios da veracidade e da não abusividade da publicidade, assim como do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, é adotado pelo Código.” BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc. cit.*

⁵⁴ “Uma vez que o desvio publicitário ocorra, ao lado de sua reparação civil, e repressão administrativa e penal, impõe-se, igualmente, que os seus malefícios sejam corrigidos, ou seja, que o seu impacto sobre os consumidores seja aniquilado. Tal tem lugar através da contrapropaganda (corrective advertising), também acolhida pelo Código.” BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc. cit.*

⁵⁵ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc. cit.*

mais bem informado, possivelmente não adquirisse”,⁵⁶ e o consumidor tem o direito de não ser enganado.

Quanto ao ponto, importa, ainda, assinalar que basta a potencialidade de engano para a publicidade ser considerada como enganosa, ou seja, não se exige prova da enganabilidade real, nem do dolo ou da culpa do fornecedor (anunciante, agência ou veículo) que veiculou a publicidade.⁵⁷ O dolo há de ser avaliado para a caracterização do crime de publicidade enganosa, mas não para as consequências do ilícito civil (suspensão da veiculação da publicidade, indenização, imposição de contrapropaganda etc).⁵⁸ Ademais, ensina Antônio Herman Benjamin que a publicidade pode ser caracterizada como enganosa ainda que possa induzir em erro apenas alguns consumidores particularmente vulneráveis, “como os doentes, as crianças, os idosos, os crédulos, os ignorantes, os de pouca instrução”.⁵⁹

A publicidade abusiva, contida no artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, é igualmente proibida pelo direito do consumidor.⁶⁰ Sua conceituação, diferentemente do que ocorre em relação à publicidade enganosa, é ampla, contando apenas com uma lista exemplificativa de situações que o Código considera

⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 263.

⁵⁷ Judith Martins Costa ensina que não é necessária a intenção de enganar para a caracterização da ilicitude da publicidade. Para a autora, “como ocorre, em regra, no direito das obrigações, é irrelevante a boa-fé subjetiva do anunciante, pois o que se requer é a adstrição à feição objetiva do princípio da boa-fé, para o qual de pouco importa a caracterização do animus ou do psicologismo do agente: não se perquire se estava o mesmo, internamente, convicto de agir conforme ao direito, se questiona se, objetivamente, sua conduta se pautou pelos ditames da correção e da lealdade. O mesmo ocorre em relação à má-fé. O dolo e a culpa “só ganham destaque no tratamento penal do fenômeno” e, portanto, “sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro - mesmo que tal não tenha sido querido pelo anunciante - caracterizada está a publicidade enganosa”. Basta que tenha tido a potencialidade ou a capacidade de enganar. Como bem afirma Antônio Benjamin, em adequada interpretação do Código do Consumidor, “trata-se 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). A razão desta afirmativa encontra-se na expressão utilizada pela lei (“capaz de induzir em erro o consumidor”, art. 37, § 1º), capacidade que “quer dizer “tendência a induzir em erro”. Por isso mesmo, não é imprescindível o depoimento dos consumidores no sentido de que foram, efetivamente, enganados”. COSTA, Judith Martins. A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina a ambiguidade das peças publicitárias patrocinadas pelos cursos pré-vestibulares e os princípios do código de defesa do consumidor examinadas através do estudo de um caso. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 6, p. 219, abr./1993, p. 8.

⁵⁸ NERY JR., Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 3, p. 44, jul./1992, p. 12 e 13.

⁵⁹ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc. cit.*, p. 265.

⁶⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. As propagandas abusivas. **Revista dos Tribunais**, vol. 710, p. 231, dez./1994, p. 2.

como abusivas. Antônio Herman Benjamin analisa a publicidade abusiva da seguinte maneira:

O conceito carrega a ideia de exploração ou opressão do consumidor. Mas não se limita a tal. Novos horizontes se lhe abrem, como, por exemplo, a tutela de valores outros que sejam caros à sociedade de consumo, como o meio ambiente. O direito, não há dúvida, tem muito mais agilidade e facilidade ao lidar com a publicidade enganosa do que com a abusiva. O artigo 37, § 2º, elenca, em lista exemplificativa, algumas modalidades de publicidade abusiva. Em todas elas observa-se ofensa a valores da sociedade: o respeito à criança, ao meio ambiente, aos deficientes de informação (conceito que não se confunde com deficiência mental), à segurança e à sensibilidade do consumidor. Veja-se que as diversas modalidades de publicidade abusiva, ao contrário da publicidade enganosa, não atacam o bolso do consumidor, isto é, não têm, necessariamente, o condão de causar-lhe prejuízo econômico.⁶¹

Assim, conclui o doutrinador que “abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso”.⁶² Além disso, calha enfatizar que já se definiu também a abusividade da publicidade como “o que ofende a ordem pública (*public policy*), ou não é ético ou é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores”.⁶³

Em matéria de publicidade, existem três esferas de repressão: mediante o ressarcimento dos danos decorrentes do ilícito publicitário, através da aplicação de sanções administrativas, e por meio da aplicação de sanções penais. Sendo a publicidade dirigida à uma coletividade de consumidores, a um conjunto indeterminado de pessoas, e portanto caracterizando-se como um fenômeno de massas, o dano causado pela publicidade será, como regra, difuso e coletivo, e não individual,⁶⁴ o que faz com que essa matéria possua um tratamento diferenciado no direito do consumidor.

Quanto à responsabilidade civil, verifica-se que tanto a publicidade enganosa, quanto a abusiva, têm o condão de gerar danos morais e patrimoniais, que devem ser indenizados integralmente, bastando a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre este e a publicidade. Isso porque a regra do Código de Defesa do

⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 269.

⁶² BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc. cit.*

⁶³ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 1, p. 149, jan./1992, p. 14.

⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 9, pg. 25, jan./1994, p. 1 e 2.

Consumidor é a responsabilidade objetiva do fornecedor, tendo como exceção a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais (artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor).⁶⁵

No tocante às sanções administrativas, importa aqui frisar a pena de contrapropaganda, prevista no artigo 56, XII, e no artigo 60, ambos do Código de Defesa do Consumidor. A contrapropaganda pode ser aplicada tanto como penalidade administrativa, quanto imposta por ordem judicial, e será realizada às expensas do anunciante, com o mesmo destaque e no mesmo veículo onde se verificou a publicidade enganosa ou abusiva.⁶⁶ Essa sanção revela-se altamente eficaz, considerando os efeitos negativos que são ocasionados em massa através da publicidade abusiva ou enganosa.

Por fim, quanto às sanções penais, o Código prevê quatro crimes relativos à publicidade, sendo eles o crime de publicidade enganosa (artigo 67), o crime de publicidade abusiva (artigo 67), o crime de publicidade capaz de provocar ou encorajar comportamento prejudicial à saúde ou segurança do consumidor (artigo 68) e o crime de não organização dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade (artigo 69).

Por todo o exposto, observa-se que o consumidor, ente vulnerável da relação de consumo, deve ser protegido, inclusive quanto às práticas publicitárias a ele direcionadas. Nesse contexto, com maior razão, deve também ser protegida a criança inserida no mercado de consumo, tendo em vista ser ela um indivíduo hipervulnerável, marcado pela característica principal de ainda estar em desenvolvimento.

2.2 A PROTEÇÃO DA CRIANÇA

Atualmente, entende-se que as crianças e os adolescentes são titulares de direitos humanos, e, além disso, em razão de sua condição de pessoa em

⁶⁵ NERY JR., Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 3, p. 44, jul./1992, p. 14.

⁶⁶ NERY JR., *loc. cit.*

desenvolvimento, fazem jus a um tratamento diferenciado. Contudo, isso não foi sempre assim, pois, em um primeiro momento, a criança era vista como propriedade de seus pais. Somente no século XX é que foram firmadas diversas Declarações e Convenções, nas quais a criança passou a ser reconhecida como objeto de proteção ou sujeito de direitos.⁶⁷

Importa observar que o direito da criança e do adolescente é tutelado em documentos de proteção homogêneos e heterogêneos. No sistema homogêneo de proteção de direitos, os direitos de todos os seres humanos são tutelados, e não de um grupo específico, ou seja, há uma universalidade. Por outro lado, no sistema heterogêneo, são aplicadas normas em benefício de alguns, e não de todos. Assim, protege-se um grupo merecedor, que carece de atenção especial, o que fundamenta tal tratamento diferenciado. No caso das crianças, o requisito que torna possível a dispensa de uma proteção diferenciada é a sua condição de pessoa em desenvolvimento.⁶⁸

São diversos os instrumentos de proteção homogênea que fazem menção aos direitos das crianças e dos adolescentes. Dentre eles, pode-se citar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (arts. 25 e 26), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (arts. 10, §3º, 12, §2º, a, e 13, §1º), e as Convenções Europeia, Americana e Africana de Direitos Humanos.⁶⁹

Ademais, quanto aos sistemas de proteção heterogênea, especial à criança, tem-se como o pioneiro a Primeira Conferência Internacional do Trabalho, do ano de 1919, na qual instituiu-se a proibição do trabalho noturno de menores de 18 anos, e a definição da idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria. Esses foram os primeiros documentos internacionais que promoveram a defesa dos interesses da criança de forma específica.⁷⁰

Em seguida, no ano de 1924, a Declaração de Genebra, ou Carta da Liga sobre a Criança, foi "o primeiro documento de caráter amplo e genérico com relação

⁶⁷ ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado Artigo por Artigo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 53 e 54.

⁶⁹ *Ibidem*, p.51.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 54.

à criança".⁷¹ Isso porque a Declaração contempla todos os aspectos da proteção da infância, ao passo que reconhece que a criança merece ser objeto de proteção.

Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral da ONU aprovou, em 1959, a Declaração dos Direitos da Criança, pautada nos princípios da Declaração dos Direitos Homem e do Cidadão. Com essa Declaração, a criança deixou de ser vista como objeto de proteção (recipiente passivo), para elevar-se ao *status* de sujeito de direitos. Com isso, conseqüentemente, a infância passou a ser considerada um "sujeito coletivo de direitos".⁷²

Em 1985, foram firmadas as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, também conhecidas como Regras de Beijing, ou Regras de Pequim. Conforme as referidas regras, ocorreu que "a Justiça da Infância e Juventude passou a ser concebida como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país, devendo ser administrada de maneira a contribuir para a manutenção da paz e da ordem na sociedade".⁷³

Também por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança, conhecida como Convenção de Nova York, do ano de 1989, a criança passou a ser considerada um sujeito de direitos, que exige proteção especial e absoluta prioridade.⁷⁴ A Convenção, além disso, definiu o conceito de criança como sendo "todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que pela legislação aplicável, a maioria seja atingida mais cedo".

Adotaram-se, ainda, no ano de 2002, no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas, dois protocolos facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança: o Protocolo Facultativo sobre a Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, e o Protocolo Facultativo sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados.⁷⁵ Por fim, em 2012, ocorreu o terceiro protocolo à Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, pelo meio do qual as crianças e seus representantes podem recorrer ao Comitê de Direitos das Crianças da ONU, quando

⁷¹ ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado Artigo por Artigo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 57.

⁷² *Ibidem*, p. 59.

⁷³ *Ibidem*, p. 60 e 61.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 50.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 65.

tiverem seus direitos garantidos pelas justiças de seus países.⁷⁶

Assim, do arcabouço normativo que foi desenvolvido ao longo da história, percebe-se que “a condição de sujeito conquistada, com direitos e deveres que lhe são próprios, estabelece uma nova relação entre as crianças e a lei”.⁷⁷ No Brasil, inicialmente, o reconhecimento do direito das crianças e dos adolescentes se deu pelo Código de Menores, que, contudo, não passava de um Código Penal do Menor, pois não continha normas protetivas e/ou assistenciais, mas meramente sancionatórias.⁷⁸

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Doutrina da Situação Irregular cedeu lugar à Doutrina da Proteção Integral, fundamentada em três pilares: a criança adquiriu a condição de sujeito de direitos, a infância foi reconhecida como fase especial do processo de desenvolvimento, e a prioridade absoluta a esta parcela da população passou a ser princípio constitucional.⁷⁹ Nessa senda, o Estatuto da Criança e do Adolescente alterou o tratamento dado às crianças e aos adolescentes até então, “desconstruindo a ideia de menor como objeto do processo e introduzindo uma mudança paradigmática, criança e adolescente enquanto sujeito de direito, sujeito do processo, protagonista, cidadão”.⁸⁰

Percebeu-se que “a expressão 'menor' estigmatizava e vinculava ao conceito de infrator, 'bandido’”,⁸¹ de modo que “existiria uma discriminação entre o menor que era o infrator pertencente à classe baixa e a criança e o adolescente pertencentes às classes média e alta”.⁸² Assim, nas palavras de Antônio Fonseca, a expressão direito do menor “reduzia a importância da criança como ser humano”.⁸³

Em suma, a proteção das crianças foi, inicialmente, uma proteção formal, de exclusão da sociedade, baseada no antigo Código de Menores, que, em seu artigo

⁷⁶ ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado Artigo por Artigo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 67.

⁷⁷ SARAIVA, João Batista Costa. O superior interesse: o menor, a criança, a lei e os tribunais. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, vol. 2/2013, p. 57, jul./2013, p. 9.

⁷⁸ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 8.

⁷⁹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 73.

⁸⁰ SARAIVA, *op. cit.*, p. 8.

⁸¹ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

⁸² ISHIDA, Válder Kenji, *loc. cit.*

⁸³ FONSECA, *op. cit.*, p. 7.

2º, permitia a exclusão dessas crianças em situação irregular do convívio familiar. Contudo, houve, posteriormente, uma mudança de paradigma, influenciada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que alterou a ideia anterior, adequando-a ao momento atual de pensamento, que é de inclusão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao contrário do que foi feito pelo Código de Menores, diferencia os conceitos de “criança” e de “adolescente”. Para o Estatuto, as pessoas são consideradas crianças do dia do nascimento, até um dia antes de completar doze anos, e adolescentes do dia em que se completa doze anos até um dia antes de se completar dezoito anos de idade.⁸⁴

Ademais, vale dizer que o Estatuto abrange todas as crianças e adolescentes, de modo que “as normas estatutárias podem/devem ser invocadas para a proteção de qualquer criança ou adolescente, mesmo que seja em discussões no âmbito de outras áreas do direito”.⁸⁵ Assim, pode-se caracterizá-lo como um “microssistema aberto de regras e princípios”,⁸⁶ que, segundo Nelson Nery Junior:

(...) abrange matérias de direito civil, umas próprias do direito de família, outras não; mas abrange, também, matérias de natureza bem diversa, tanto de direito processual como de direito material, nestas últimas, matérias de natureza trabalhista, de natureza penal, de natureza administrativa, e algumas, ainda, relacionadas às liberdades políticas. Configura, por assim dizer, um microssistema, vale dizer, corpo normativo que regula completamente o Direito da Criança e do Adolescente.⁸⁷

O Estatuto toma como base, fundamentalmente, quatro orientações, sendo elas o Princípio do Melhor Interesse, a Doutrina da Proteção Integral, o Princípio da Prioridade Absoluta, e o asseguramento dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Cabe, agora, pormenorizar o estudo de cada um desses itens.

O Princípio do Melhor Interesse, ou do Superior Interesse, garante que todos os atos relacionados à criança e ao adolescente deverão considerar os seus melhores interesses. Assim, configura um “norteamento que deve gerenciar e

⁸⁴ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

⁸⁵ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9.

⁸⁶ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; SILVA, João Paulo Faustinoni e. Primeira infância - análise do projeto de lei. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, vol. 3/2014, p. 35, jan./2014, p. 8.

⁸⁷ NERY JR., Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 3, p. 44, jul./1992, p. 5.

orientar todas as atitudes concretas da sociedade e do Estado em prol de crianças e adolescentes”.⁸⁸ Fonseca sintetiza o Princípio do Superior Interesse da seguinte forma: “deve ser identificado com os direitos reconhecidos e originados na Convenção, sendo que, na sua aplicação, a proteção dos direitos da criança e do adolescente sobreleva sobre qualquer outro cálculo de benefício coletivo”.⁸⁹

O Princípio está consagrado expressamente no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança,⁹⁰ que dispõe que todas as ações relativas às crianças devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. Ademais, encontra-se também no artigo 100, parágrafo único, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente,⁹¹ com a redação da Lei nº 12.010/09, que prevê que na aplicação de medidas de proteção à criança e ao adolescente deverão ser levadas em conta prioritariamente os interesses e direitos da criança e do adolescente.⁹²

O Princípio do Melhor Interesse atua por quatro frentes distintas, na medida em que orienta o Estado-legislador a elaborar leis que contenham a melhor

⁸⁸ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13.

⁸⁹ FONSECA, *loc. cit.*

⁹⁰ Artigo 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 interesse maior da criança. 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para 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 com os padrões estabelecidos pelas 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.

⁹¹ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...]

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

⁹² “Sem a pretensão de negar, em termos absolutos, a existência do uso da hermenêutica jurídica na aplicação do Direito da Criança e do Adolescente, para seguir a lógica da difícil arte da interpretação, merece, nesse estudo, reafirmar as lições dos renomados mestres constitucionalistas que o princípio do interesse superior foi inserido na Convenção sobre os Direitos da Criança, que por sua vez foi subscreta e ratificada pelo Presidente da República em 1990 e, levada ao Congresso Nacional tornou-se lei. De acordo com o comando da Constituição Federal (LGL\1988\3) inscrito no art. 5.º, §§ 2.º e 3.º, está vigente e integra o corpus juris brasileiro, por ser um postulado normativo emanado de um tratado de direitos humanos aprovado pelo Brasil. Logo, é uma norma constitucional de hierarquia supralegal e autoexecutável porque dotada de eficácia imediata, independentemente de sua regulamentação por norma infraconstitucional, em que pese já ter sido contemplada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL\1990\37), através da Lei 8.069/1990.” BARBOSA, Hélia. A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, vol. 1, p. 17, Jan / 2013, p. 5.

consequência para a criança ou adolescente, o Estado-juiz a considerar o melhor interesse da criança e do adolescente na aplicação da lei ao caso concreto, o Estado-administrador a otimizar políticas públicas com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente, e a família a levar em consideração os interesses e as ideias da criança e do adolescente.⁹³

Outro conceito chave, basilar ao Direito da Criança e do Adolescente, é a Doutrina da Proteção Integral, “que é a denominação que se dá ao protetivo arcabouço legislativo e social, ancorado na Constituição Federal e em documentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente”.⁹⁴ Assim, a Doutrina da Proteção Integral é o sistema no qual “crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”.⁹⁵

A Doutrina da Proteção integral surgiu dos movimentos internacionais de proteção à infância e instituiu-se como base jurídica da Convenção sobre os Direitos da Criança e na Declaração Universal dos Direitos da Criança, por ter a comunidade internacional elegido como prioridade a efetivação e a defesa dos direitos da criança e do adolescente.⁹⁶ Desse modo, percebe-se que a Doutrina da Proteção integral está baseada no reconhecimento e na efetivação de direitos especiais e específicos para todas as crianças e adolescentes.

Ademais, cumpre também analisar o Princípio da Prioridade Absoluta, outro aspecto fundamental do Direito da Criança e do Adolescente. Previsto em nossa Constituição Federal, em seu artigo 227, este define que a criança e o adolescente têm direitos que devem ser observados com absoluta prioridade, impondo deveres de asseguramento desses direitos fundamentais à família, à sociedade e ao Estado, de forma prioritária. Nesse sentido:

A prioridade absoluta vincula a família, os administradores, os governantes em geral, os legisladores em suas esferas de competência, os magistrados da Infância e da Juventude, os membros do Ministério Público, os Conselhos Tutelares, bem como as demais autoridades e organizações, em virtude dos riscos a que constantemente estão submetidas crianças e

⁹³ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

⁹⁴ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14 e 15.

⁹⁵ FONSECA, *loc. cit.*

⁹⁶ FONSECA, *loc. cit.*

adolescentes.⁹⁷

Portanto, pode-se concluir que o Princípio da Prioridade Absoluta consiste no “tratamento prioritário que todos devemos dar às relações que envolverem crianças e adolescentes, pela família, sociedade e Poder Público, porque há necessidade de cuidado especial para com esse segmento de pessoas”.⁹⁸ Tal cuidado especial decorre da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que acarreta numa fragilidade maior das crianças e dos adolescentes ao se relacionarem no meio social.

Por fim, quanto ao asseguramento dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, temos que notar, primeiramente, que a criança e o adolescente estão em condição peculiar de desenvolvimento, o que lhes confere maior vulnerabilidade em relação aos demais indivíduos, e, justamente por isso, são merecedores de um “regime especial de salvaguardas, que lhes permita construir e desenvolver suas potencialidades humanas plenamente”.⁹⁹ Sendo assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente é regra especial de proteção desses indivíduos, decorrente da regulamentação da proteção diferenciada que lhes é conferida por nossa Constituição Federal.

Pelo Estatuto, seguindo o disposto na Constituição Federal, “todas as crianças e adolescentes, independentemente da situação fática em que estejam e de sua posição no seio do tecido social, gozam de um mesmo *status* jurídico”,¹⁰⁰ ou seja, “gozam da mesma gama de direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, cujos contornos mais pormenorizados vêm ditados no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente”.¹⁰¹ Quanto ao ponto, o autor Valter Ishida ensina que “além dos direitos fundamentais da pessoa humana, gozam a criança e o adolescente do direito subjetivo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e

⁹⁷ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁹⁹ NERY JR., Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: Princípio da especialidade e direito intertemporal. **Revista de Direito Privado**, vol. 12, p. 9, out./2002, p. 7.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 3.

¹⁰¹ NERY JR.; MACHADO, *loc. cit.*

social, preservando-se sua liberdade e dignidade".¹⁰²

Dentre as disposições expressas do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto ao tema, pode-se citar o artigo 5º, que prevê que a criança e o adolescente não podem ser objetos de indevidos comportamentos humanos, por serem sujeitos de direitos, ou seja, por possuírem direitos civis a serem exercidos contra terceiros, adultos ou não. Além disso, importa mencionar o artigo 6º que, em seguida, diferencia a criança e o adolescente dos indivíduos adultos, reconhecendo a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Findas as Disposições Iniciais do Estatuto (artigos 1º ao 6º), este passa a arrolar os direitos fundamentais sob a ótica da criança e do adolescente, sendo eles: o direito à vida e à saúde (artigos 7º a 14), o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade (artigos 15 a 18), o direito à convivência familiar e comunitária (artigos 19 a 52), o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (artigos 53 a 59), e o direito à profissionalização e à proteção no trabalho (artigos 60 a 69). E, para a consecução dos fins a que se propõe o presente estudo, merecem especial atenção os direitos à liberdade, ao respeito, e à dignidade.

Em seu Capítulo II, pois, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, expressamente, a respeito de tais direitos, todos constitucionalmente assegurados para a totalidade dos cidadãos. As crianças e os adolescentes, ainda, possuem uma proteção especializada, em conformidade com a sua peculiar qualidade de pessoa humana ainda em desenvolvimento.

De acordo com o artigo 16 do Estatuto, o direito à liberdade compreende o direito de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários; de opinião e expressão; de crença e de culto religioso; e de brincar, de praticar esportes e de divertir-se. Além disso, engloba, também, os direitos de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; de participar da vida política; e de buscar refúgio, auxílio e orientação.

No artigo seguinte, o Estatuto dispõe quanto ao direito ao respeito, que compreende não apenas aspectos físicos, psíquicos e morais, como também patrimoniais, em espaços e objetos pessoais, bem como aqueles direitos que dizem

¹⁰² ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

respeito à cidadania de crianças e adolescentes. Segundo Fonseca, “eles se coadunam com os direitos da personalidade, como a imagem, as ideias e as crenças, a identidade, o nome e o pensamento”.¹⁰³

Por fim, o direito à dignidade é garantido pelo artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe ser dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Como decorrência do poder familiar, o primeiro dever de zelo e proteção a crianças e adolescentes é dos pais. Não podem o Estado e a sociedade, contudo, eximirem-se de proteger os direitos fundamentais da criança e do adolescente, de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal.

Nesse contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 232, que é crime submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento. Além disso, não podemos esquecer que algumas pessoas podem ser responsabilizadas com maior intensidade nesse dever geral de vigilância e cuidado, caso a atividade profissional esteja diretamente ligada a crianças ou a adolescentes.¹⁰⁴

Pode-se concluir, assim, que houve uma evolução na proteção conferida à criança e ao adolescente ao longo da história, que se iniciou com o reconhecimento da condição especial de pessoa em desenvolvimento que esses indivíduos apresentam. No Brasil, essa evolução culminou no artigo 227 da Constituição Federal, que confere proteção especial à criança e ao adolescente, que deve ser provida com absoluta prioridade. Nesse contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma ferramenta essencial para a garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como para a cobrança de políticas públicas destinadas a assegurar os seus direitos fundamentais.

¹⁰³ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 62 e 63.

3 A PUBLICIDADE DIRIGIDA À CRIANÇA

A compreensão do que é ser criança na sociedade atual, também conhecida como sociedade de consumo, impõe ponderações acerca dos padrões e dos limites éticos utilizados na publicidade direcionada a esses indivíduos em situação peculiar de desenvolvimento. Quando consideradas as técnicas mercadológicas desenvolvidas especialmente com o fito de captar a atenção das crianças, bem como as consequências que podem ser ocasionadas pelo direcionamento dessa publicidade, percebe-se que a regulação desta modalidade publicitária é importante medida para a efetivação dos direitos da criança.

Em nosso ordenamento jurídico, contudo, observa-se que a proteção existente nesse sentido não é colocada em prática, mormente pela dificuldade de aplicação das normas, dada a generalidade das determinações nelas inseridas. Ou seja, ainda que o ordenamento jurídico se preocupe com a proteção das crianças frente à publicidade, ele não é, conforme será melhor explicado em seguida, efetivo nesse aspecto, revelando-se imperiosa a criação de normas práticas e de interpretação da matéria, conforme se observou na experiência estrangeira, o que culminou na elaboração dos projetos de lei em tramitação sobre a matéria, e, sobretudo, na Resolução nº 163 do Conanda.

3.1 A NECESSIDADE DE RESTRINGIR A PUBLICIDADE DIRIGIDA À CRIANÇA

Na atual sociedade de consumo, as relações sociais e afetivas são mediadas por relações de consumo. Isabella Henriques, ensina que a expressão designa “sociedades que se encontram em avançada etapa de desenvolvimento industrial capitalista e que se caracterizam pelo consumo massivo de bens e serviços, disponíveis graças a sua elevada produção e conseguinte disponibilização”.¹⁰⁵

¹⁰⁵ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, *in* PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 115.

Nessa sociedade, não bastar “ser”, é preciso “ter”, ou, ao menos, “aparentar ter”. Assim, os bens materiais que as pessoas possuem são as formas de garantir o seu ingresso social. Nesse contexto, a publicidade não só promove um produto ou um serviço, mas sim valores sociais.

Tanto é assim que o sociólogo Gilles Lipovetsky, em sua obra “A Felicidade Paradoxal”, coloca que somos o *homo consumericus*, o qual vive e se relaciona com base no individualismo, no hedonismo, na efemeridade e na competição.¹⁰⁶ Nessa sociedade do consumo, a publicidade, o *marketing*, e a marca, nos trazem a aparente ideia de reconhecimento, pertencimento e identificação. Assim, o autor identifica a felicidade paradoxal, porque, por mais que tenhamos um aparente desfrute dos bens materiais, existe uma insatisfação existencial muito grande.

As crianças, obviamente, estão inseridas nesse mercado de consumo, justamente “pelas escolhas que a atual sociedade civil assume em suas inter-relações”.¹⁰⁷ Mais do que a simples inserção da criança no mercado de consumo, as empresas estão especialmente interessadas em anunciar produtos e serviços para esse público, porque ele causa um triplo impacto dentro do universo das vendas: as crianças são influenciadas para o consumo direto de um produto ou serviço, são cativadas como futuros consumidores, e influenciam os responsáveis pelo chamado fator amolação, ou *nag factor*, estratégia publicitária que induz os filhos a pedir insistentemente algo a seus pais.

Nesse último caso, a publicidade que foi dirigida ao público infantil consegue irradiar até o pai, mesmo não tendo sido ele diretamente atingido. Como estamos em uma sociedade na qual somos o que temos, não possuir determinados bens gera uma sensação de inferioridade, a qual os pais procuram evitar que os filhos sintam. Assim, fica difícil que o pai diga não a um insistente pedido da criança, especialmente quando fundado no fato de que os demais amigos da escola, por exemplo, têm, e ela não.

¹⁰⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.15.

¹⁰⁷ KEIM, Gracy, Publicidade infantil e modos de construção do sujeito: uma breve abordagem psicanalítica das relações objetais, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 55.

Por todo o exposto até o presente momento, resta claro que as empresas têm muitos motivos para investir na publicidade dirigida ao público infantil. Vale dizer: a sociedade atual pede que coisas sejam vendidas, tanto para os adultos, quanto para as crianças, e seria no mínimo estranho que os publicitários e as grandes corporações não se aproveitassem disso.

Além disso, o direito da criança é uma perspectiva importante para a discussão da publicidade infantil. Como já mencionado anteriormente nesta pesquisa, a grande proteção que o direito confere às crianças e aos adolescentes foi fruto de fortes pressões sociais ocorridas nacional e internacionalmente, o que possibilitou que hoje se afirme, categoricamente, que a criança é um indivíduo em desenvolvimento, e, por isso, merece, e tem garantida, a proteção de seus direitos de forma especial e integral.

Contudo, apesar de todo o arcabouço normativo protetivo à criança existente, a sociedade atual vem colocando em cheque o conceito de infância que foi construído ao longo da história. O aumento da complexidade da sociedade e os avanços tecnológicos são fatores que ensejam as transformações que vêm ocorrendo nas características da infância.¹⁰⁸ Atualmente, de fato, as crianças iniciam cada vez mais cedo uma ampla interação social, num veloz ritmo de vida, no qual possuem agendas lotadas por diversas atividades cronometradas.¹⁰⁹ De acordo com Isabella Henriques:

As crianças estão aos poucos voltando a ser tratadas pelos adultos e, notadamente, pela mídia comercial, como mini-adultos - que se vestem como adultos, com trejeitos de adultos, que querem ter agenda lotada de tarefas como adultos, que consomem como adultos, etc. - ainda que a legislação brasileira e mesmo internacional reconheça a criança textualmente como pessoa em peculiar fase de desenvolvimento.¹¹⁰

¹⁰⁸ Exemplo marcante dessa crescente desconsideração com os valores da infância é o fato de que Suri Cruise, filha de Tom Cruise e Katie Holmes, foi eleita, aos cinco anos de idade, uma das trinta mulheres mais bem vestidas do mundo pela revista "Glamour", depois de ter sido fotografada várias vezes usando salto alto, batom e roupas de grifes famosas. Fonte: <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2011/05/filha-de-tom-cruise-e-eleita-uma-das-mulheres-mais-bem-vestidas.html>. Acesso em: 10 nov. 2014.

¹⁰⁹ SANTOS, Andréia Mendes dos, Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação, *in* PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 39.

¹¹⁰ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, *in* PASQUALOTTO,

Neil Postman, em “O Desaparecimento da Infância”, aduz que “a prensa tipográfica criou o conceito de infância, e a mídia eletrônica o fez desaparecer”.¹¹¹ Antigamente, em função do letramento, típico do universo adulto, algumas informações ficavam ali restritas. Hoje em dia, por outro lado, com a mídia eletrônica e com as imagens, não existe uma separação clara entre o que é do universo infantil e o que é do adulto¹¹².

No entanto, temos que ter em mente, de forma clara, que, por mais habilidosa que seja a criança no domínio das novas tecnologias, por mais atarefada que seja a sua rotina, ela não perde a sua característica de pessoa em desenvolvimento. Na realidade, “crianças sempre serão crianças, e seu desenvolvimento não será abreviado por fatores externos de forma a conseguirem, efetivamente, compreender os acontecimentos e estímulos recebidos como se adultos fossem”.¹¹³ A inserção das crianças no universo adulto precocemente não as torna adulta; pelo contrário, prejudica o seu sadio desenvolvimento, tendo em vista que informações que não são adequadas à sua faixa etária lhe são antecipadas.¹¹⁴

Importa, então, realizar análise do modo pelo qual a publicidade pode afetar o desenvolvimento psicológico da criança, tendo em vista que esse indivíduo, ainda em desenvolvimento, não tem todas as suas cognições sinápticas formadas tal qual um sujeito já adulto e plenamente desenvolvido. Nesse contexto, Jaderson Costa da Costa ensina que a criança tem um cérebro em desenvolvimento, que está adquirindo funções, e que é, portanto, caracterizado pela plasticidade e pela vulnerabilidade, na medida em que é moldado e modificado pelo meio, o que pode

Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 123.

¹¹¹ POSTMAN, Neil. **O desaparecimento da infância**. Rio de Janeiro: Graphia, 1999.

¹¹² Para exemplificar, destaca-se pesquisa realizada pelo Datafolha, entre dois e três de setembro de 2013, que entrevistou seiscentos e quinze pais de crianças de seis a doze anos de idade. Segundo o levantamento feito na cidade de São Paulo, 38% das crianças de seis a doze anos leem notícias em algum meio de comunicação, e, dentre elas, 35% se atualizam pelo computador, enquanto 20% leem jornal em papel, e 12% veem notícias no tablet.

¹¹³ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, *in* PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 123.

¹¹⁴ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, *in* PASQUALOTTO; ALVAREZ, *loc. cit.*

acarretar num aprendizado positivo ou num resultado danoso.¹¹⁵

Quando falamos em publicidade, na compreensão da criança, estamos falando na capacidade que a criança tem de entender o que está sendo examinado, realizando a chamada “leitura da mente”, ou seja, de entender qual a intenção do proponente. A leitura da mente é uma capacidade desenvolvida ao longo dos anos, que torna o sujeito capaz de entender, por exemplo, que algumas pessoas podem a induzir ao erro, ou a convencer que algo é verdadeiro ou não.¹¹⁶

O processo pelo qual isso se ocorre é o seguinte: primeiramente, há uma proliferação crescente de sinapses, que tem o seu ápice no oitavo mês após o nascimento. Assim, a criança, nessa idade, tem mais zonas cerebrais ativas de contato entre terminações nervosas que os adultos, porque, após esse pico, há uma redução dessas sinapses, decorrente de uma seleção a nível neuronal, que depende da estimulação ou da privação de estímulos referentes a determinadas áreas do cérebro. Assim, o cérebro da criança está suscetível a ser moldado através de estímulos ou pela privação destes.¹¹⁷

Outro elemento importante a ser levado em consideração é o fato de que existem dois grupos de contatos, um estimulante (excitatório), e um inibitório, e que o que surge em primeiro lugar são as sinapses excitatórias, de modo que o cérebro da criança é mais excitado. Somente a partir da segunda década de vida é que há o crescimento das sinapses inibitórias, que passam a predominar. Isso é importante porque corresponde ao controle dos impulsos, de maneira que percebemos que a criança é biologicamente programada a ser mais impulsiva, aprendendo a inibir seus impulsos tardiamente.¹¹⁸

¹¹⁵ COSTA, Jaderson Costa da. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. Vulnerabilidade neurológica e jurídica da criança. 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

¹¹⁶ COSTA, Jaderson Costa da. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. Vulnerabilidade neurológica e jurídica da criança. 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

¹¹⁷ COSTA, Jaderson Costa da. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. Vulnerabilidade neurológica e jurídica da criança. 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

¹¹⁸ COSTA, Jaderson Costa da. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. Vulnerabilidade neurológica e jurídica da criança. 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

Destarte, a relação entre a razão e a emoção é dificultada quando temos um sistema emocional predominantemente excitatório. Isso, evidentemente, é explorado pelas agências publicitárias, que sabem lidar com as emoções, porque sabem que a razão não está presente nesse momento de forma tão influente.

Pelo exposto, percebe-se que a publicidade dirigida ao público infantil deve ter enorme responsabilidade e cuidado na utilização da linguagem publicitária mercadológica persuasiva, dado que influencia o desenvolvimento psicológico das crianças.

Quando questionados quanto ao momento no qual a criança passa a entender a publicidade como tal, os pesquisadores encontram certa dificuldade em determinar uma idade exata para a ocorrência desta compreensão, tendo em vista “as limitações de verbalização das crianças na qual a pobreza de vocabulário dificulta a avaliação dos sentimentos e impactos afetivos nesta faixa etária”.¹¹⁹ Contudo, certos momentos já foram identificados como chave no processo de compreensão da mensagem publicitária.

Nesse contexto, destaca-se que Rudeda e colaboradores estimam que a atenção atinge maior maturação entre os seis e os oito anos de idade.¹²⁰ Ferreira e Araújo, outrossim, assinalam a dificuldade apresentada pela faixa etária que compreende o período de seis a doze anos no que diz respeito à capacidade de discriminar o real da fantasia.¹²¹ Além disso, de acordo com Rozendaal, Buijzen, & Valkenburg, em pesquisa realizada em 2011, as crianças só atingem nível de compreensão semelhante aos adultos em relação às táticas persuasivas de repetição de anúncios, ao apelo de pessoas populares e a prêmios, a partir dos dez anos de idade.¹²²

Além disso, o governo sueco banuiu a publicidade para crianças menores de

¹¹⁹ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 23.

¹²⁰ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *loc. cit.*

¹²¹ FERREIRA, Maria Helena Mariante; ARAÚJO, Marlene Silveira. Idade escolar: latência (6 a 12 anos), in AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.* p. 78.

¹²² ROZENDAAL, E., BUIJZEN, M., VALKENBURG, P., Children's understanding of advertisers' persuasive tactics, in COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.*, p. 25.

doze anos, baseado em estudo que concluiu que essas crianças têm dificuldades de assimilar as finalidades da publicidade.¹²³ Isabella Henriques, ainda, traz dados de outra pesquisa, realizada por Wilcox e Kunkel, na qual demonstrou-se que:

(...) nos primeiros anos de infância as crianças tendem a tratar o conteúdo da televisão como uma mensagem única, sem discernir a publicidade da programação. Somente entre os quatro e cinco anos de idade, a criança desenvolveria a habilidade de distinguir, de modo consistente, os programas e os comerciais. Uma vez tendo conseguido realizar tal diferenciação, a criança passará, então, a ter condições de reconhecer a intenção persuasiva da mensagem publicitária veiculada na televisão, o que, segundo tais pesquisas, somente ocorre entre os sete e oito anos de idade.¹²⁴

O certo é que “quanto mais nova for - e, portanto, mais ingênua -, mais vulnerável estará a criança perante a publicidade”.¹²⁵ Isso porque o uso de técnicas persuasivas de publicidade que são óbvias para os adultos, como, por exemplo, o uso de expressões de exagero, de superlativos, ou de fantasias, para a criança terão outro significado, entendidos em sua literalidade. Contudo, observa-se que as técnicas mercadológicas dirigidas ao público infantil mesmo assim investem nas crianças como potencial consumidoras, apesar de elas não estarem preparadas para lidar com a complexidade das relações de consumo.

É importante salientar que, hoje em dia, não se trabalha somente com um conceito tradicional de publicidade, aquela que engloba meios de veiculação como televisão e rádio, mas também inúmeras outras técnicas mercadológicas desenvolvidas para captar a atenção do público infantil. Em expressão utilizada pelos próprios comunicadores, a comunicação mercadológica engloba uma gama de estratégias comerciais e de mercado com a finalidade de sensibilizar o consumidor, e, assim, vender os seus produtos e serviços. Envolve-se, assim, por exemplo, a publicidade, os impressos das embalagens, as promoções, os brindes, o *merchandising*, os pontos de venda.¹²⁶

¹²³ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 26.

¹²⁴ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 157.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 146.

¹²⁶ MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva

Com efeito, o mercado publicitário é uma “poderosa indústria, cheia de artimanhas e de métodos eficientes, capazes de formar o convencimento das pessoas de uma maneira geral e principalmente dos consumidores, reais e potenciais”.¹²⁷ Para tanto, utiliza-se de mecanismos diversos, tais como estudos comportamentais e pesquisas de opinião específicas para cada público-alvo de uma nova campanha publicitária. Pode-se concluir, portanto, que os publicitários estão muito atentos ao comportamento do público-alvo que procuram atingir com as peças de divulgação de uma nova campanha de *marketing*.

Neste diapasão, com a crescente utilização da tecnologia nos meios sociais, principalmente pelos mais jovens, as mídias sociais ganham grande destaque como meio de divulgação da publicidade. Uma vez que as crianças dominam o uso de tecnologias desde muito cedo, os fabricantes que não acompanham tal evolução acabam perdendo mercado. Dessa forma, é comum que a divulgação de um produto se faça em uma pluralidade de meios: concomitantemente ao anúncio publicitário de um produto, cria-se, por exemplo, um *website* interativo, ou um aplicativo para ser baixado no *smartphone*.

Surgem, assim, os *advergames*, que são a “agregação dos produtos com jogos interativos *online* nos sites das indústrias, voltados ao entretenimento da garotada”,¹²⁸ ou seja, “são jogos *online* nos quais os produtos da companhia ou marcas, a publicidade e os jogos estão juntos”.¹²⁹ De acordo com pesquisa realizada pela *Henry J. Kaiser Family Foundation*, uma parcela significativa (85%) das grandes marcas de alimentos que anunciam seus produtos na televisão também o fazem na internet, provendo conteúdo *online* de interesse das crianças.¹³⁰

Além disso, diversas outras técnicas mercadológicas desenvolvidas especialmente para o público infantil podem ser aqui destacadas. Para captar a

em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do conselho nacional da criança e do adolescente - Conanda. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95/2014, p. 459, set./2014, p. 24.

¹²⁷ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 151.

¹²⁸ SANTOS, Andréia Mendes dos, Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 42.

¹²⁹ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.*, p. 28.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 27.

atenção das crianças, a publicidade utiliza-se de meios fantasiosos, vinculados à imaginação: “embalagens atrativas, cores intensas, personagens simpáticos e populares, brindes e associação do produto com brincadeiras (e logo com felicidade) são algumas das estratégias de maior sucesso”.¹³¹ As embalagens, em especial, são importantes fatores de *marketing*, porque têm o potencial de serem “vendedores mudos”.¹³²

Outrossim, os artistas e os personagens famosos “têm extrema influência nas crianças e, quando ajudam um anunciante na comercialização de algum produto ou serviço, são entre elas muito bem-sucedidos”.¹³³ Isso atinge em especial as crianças que não conseguem identificar a publicidade como tal, pois a confusão entre o conteúdo de entretenimento e o persuasivo torna a criança ainda menos crítica em relação ao que está sendo veiculado na publicidade.

Ademais, outra técnica mercadológica bastante interessante que as campanhas de *marketing* podem utilizar para o público infantil é a venda de produtos que exigem complementação, principalmente os brinquedos, separadamente. Por exemplo, quando se adquire um boneco “já na embalagem é incutida, de forma subliminar, a ideia de que essa compra está incompleta. Na caixa já vêm assinalados todos os acessórios necessários para que então ela se complete”.¹³⁴

Por fim, é importante notar que até creches vêm recebendo a presença de mascotes de grandes marcas, que vão até esse público para discutir valores como, por exemplo, educação ambiental e até mesmo alimentar. Assim, ambientes que antigamente eram livres desse tipo de influência passam a receber campanhas de *marketing* até mesmo para crianças menores de seis anos.

Além das novas técnicas de comunicação mercadológica, desenvolvidas especialmente para captar a atenção das crianças, a mídia tradicional,

¹³¹ SANTOS, Andréia Mendes dos, Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 39.

¹³² *Ibidem*, p. 37.

¹³³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 147.

¹³⁴ FERREIRA, Maria Helena Mariante; ARAÚJO, Marlene Silveira. Idade escolar: latência (6 a 12 anos) in AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.*, p. 79.

principalmente a televisiva, ainda é grande veiculadora de anúncios publicitários infantis. Conforme aponta Isabella Henriques, aliás, a televisão é muito eficiente como veículo de comunicação, “por ser amplamente difundido em todas as camadas sociais, no mundo inteiro, e por não necessitar da alfabetização infantil para ser compreendido”.¹³⁵

A utilização da televisão para a veiculação dos anúncios tem outra forte razão de ser: na sociedade atual, em que os pais estão ocupados trabalhando fora de casa, as tecnologias acabam servindo de babá-eletrônica. Isso é perigoso, porque, enquanto as crianças estão assistindo à televisão, os pais não estão presentes, então não podem acompanhar seus filhos e lhes explicar sobre conteúdo do que está sendo transmitido.

Pesquisa realizada pela Academia Americana de Pediatria sobre os efeitos decorrentes do hábito das crianças de assistir à televisão nos Estados Unidos, nesse contexto, concluiu que essa rotina acarreta à criança uma série de impactos negativos, como agressividade, obesidade, iniciação precoce da atividade sexual, baixo rendimento escolar e depreciação da autoimagem.¹³⁶No mesmo sentido, Pereira Jr. identifica que o uso abusivo da televisão pode deteriorar a saúde física, psíquica, mental e moral de maneira mais intensa naqueles que ficam excessivamente a ela expostos¹³⁷.

A ausência dos pais, outrossim, além de propiciar o contato das crianças com os meios tecnológicos, tem outra consequência: os pais, sentindo-se culpados por não ficarem o tempo que gostariam junto aos seus filhos, tentam compensar esse sentimento através de presentes, muitas vezes tecnológicos.¹³⁸ Assim, a ideia do

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

¹³⁶ *Ibidem*, p. 153

¹³⁷ PEREIRA JR., Antônio Jorge. **Direitos da criança e do adolescente em face da TV**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

¹³⁸ “No que toca à questão da criança e de como o mercado se vale dessa sensação de culpa dos adultos, concomitante com o verdadeiro assédio publicitário ao qual está exposta a infância brasileira, com a apresentação de um rol inesgotável de brinquedos, roupas, alimentos e bugigangas de todos os tamanhos, tipos e preços, está o chamamento a seus pais e responsáveis para que supram suas culpas pela não presença ou pela ausência no dia a dia por meio de presentes e consumo. Vivemos no tempo em que os pais e responsáveis são levados a trabalhar cada vez mais horas para supostamente conseguirem suprir as necessidades de consumo de suas famílias, deixando de usufruir momentos diários com seus entes queridos, inclusive seus filhos, para os quais, com a finalidade de aplacar suas culpas dessa ausência, compram e consomem o tempo todo, em uma verdadeira roda viva”.¹³⁸ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a

consumo se torna mais forte e presente na vida das crianças, porque, além de toda a influência externa, elas enxergam o exemplo dentro de casa.

De acordo com dados do IBOPE, em 2011 as crianças brasileiras assistiram uma média de cinco horas diárias de televisão.¹³⁹ Em 2006, quando passavam em média três horas por dia na frente da televisão, as crianças e os jovens brasileiros de até dezessete anos ficaram expostos a cerca de quarenta mil anúncios publicitários em um ano, também segundo dados do IBOPE.¹⁴⁰

Além disso, o Projeto Criança e Consumo, desenvolvido pelo Instituto Alana, realizou pesquisa em 2010, e constatou que em dez horas de programação televisiva são transmitidas cerca de mil inserções publicitárias, em mais de trezentos anúncios. A mesma Instituição realizou, em 2011, uma pesquisa quinze dias antes do Dia da Criança, e verificou que, aproximadamente, oitenta e uma mil peças publicitárias foram transmitidas nesse período, em quinze canais de televisão.¹⁴¹

Assim, observamos que existem índices bem significativos da criança em contato com a televisão e com as mídias em geral, e conseqüentemente com a publicidade. Considerando que a criança ainda não tem o discernimento necessário para entender o conteúdo persuasivo do anúncio publicitário, tais dados apresentam uma alarmante realidade, porque podem gerar uma série de conseqüências negativas naqueles sujeitos, dentre as quais se destacam o consumismo, a formação de valores materialistas, a obesidade e os transtornos alimentares, a erotização precoce, o estresse familiar e a diminuição das brincadeiras criativas.¹⁴²

Entende-se que os efeitos da publicidade dirigida à criança dependem de cada criança, bem como da análise fática na qual ela está inserida, pois, conforme o

importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 117.

¹³⁹ SANTOS, Andréia Mendes dos, Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 35.

¹⁴⁰ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴¹ Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

¹⁴² HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.* 123.

histórico de vida, familiar e cultural, ela pode reagir de formas diferentes ao conteúdo transmitido no anúncio publicitário. Seja qual for o caso, a publicidade que tenha o condão de gerar qualquer mínimo efeito adverso na criança deve ser considerada abusiva, e, assim, restringida.¹⁴³

Para as crianças, é muito importante que elas sejam aceitas nos grupos dos quais fazem parte, e, hoje em dia, consumir determinado produto é o elemento de inclusão. Nesse contexto, a “ideia de conquista de identidade e de posição social por meio do consumo de bens e serviços é transmitida pelo mercado também a crianças desde a mais tenra idade”.¹⁴⁴

Além de ser aceito no grupo, é importante também se destacar, e, na nossa sociedade, esse destaque está intimamente ligado aos bens materiais que a criança possui, principalmente aparelhos de tecnologia de ponta e produtos de marca ou da moda. Percebe-se que isso destoa drasticamente da experiência que se tinha antigamente, quando a criança que se destacava no grupo era aquela que tinha uma habilidade apreciada pelas outras, como ser um bom jogador de futebol, ou um corredor veloz.¹⁴⁵

Assim, “a publicidade procura entrar nesse segmento de mercado, voltado para meninos e meninas, passando a ideia de que o consumo é o caminho de pertencimento”.¹⁴⁶ Isso porque “os anúncios de publicidade seduzem a criança no momento espontâneo de desenvolvimento emocional e lhes apresentam um mundo infinito de objetos que devem ser adquiridos para que seja aceita”.¹⁴⁷ Quanto ao ponto, Isabella Henriques esclarece que:

A criança não sabe que não precisa ter a coleção inteira das bonecas ou carrinhos anunciados, nem todas as sandálias anualmente lançadas, para viver, brincar, ser feliz, ter amigos etc. No entanto, costumeiramente, além de não lhe ensinar isso, a publicidade diz o contrário, pois, ainda que não o faça de forma expressa, insinua que a brincadeira, a felicidade e os amigos

¹⁴³ HENRIQUES, Isabella, **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 189.

¹⁴⁴ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, *in* PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 118.

¹⁴⁵ FERREGUETT, Cristhiane. Análise discursiva de publicidade infantil: uma perspectiva bakhtiniana. **Letrônica**, v. 5, n. 2, p. 103, jun./2012, p. 13.

¹⁴⁶ FERREGUETT, *loc. cit.*

¹⁴⁷ FERREGUETT, *loc. cit.*

serão encontrados por meio do consumo de algum produto ou serviço.¹⁴⁸

Existe um aspecto muito perigoso no consumo desenfreado que hoje vivenciamos, qual seja, a geração de danos ambientais e riscos à sustentabilidade do Planeta Terra. Desse modo, é imprescindível que haja uma conscientização no sentido da necessidade da redução do consumo. Contudo, a publicidade e a comunicação mercadológica mantêm “o *statusquo* da sociedade de consumo e de sua ânsia consumista, em um modelo no qual se produz mais do que se necessita, do que verdadeiramente se quer, e do que se pode consumir”.¹⁴⁹

O consumo está ligado a emoções, mas não propriamente a necessidades, então a publicidade tem o poder de influenciar valores como escolhas de vida e definir o que é felicidade.¹⁵⁰ Nesse contexto, a publicidade influencia tanto a autopercepção, quanto a percepção de outros grupos sociais, tendo em vista que apresenta uma estereotipação relacionada ao gênero, na qual homens e mulheres são apresentados em papéis associados a determinados tipos de produtos ou serviços, bem como representações estereotipadas da beleza física e da atratividade. Isso claramente influencia no reconhecimento e na definição da autoimagem, principalmente em meninas e adolescentes, que são a elas mais suscetíveis.¹⁵¹

Destarte, percebe-se que os produtos não são tudo o que a mídia comercializa para as crianças, pois ela também vende valores e atitudes.¹⁵² Inclusive, para o mercado, não é bom que as crianças tenham comportamento infantil, porque consumirão menos. Desse modo, o *marketing* tem o condão de acelerar o processo de adultização da criança, ao precipitar a erotização, com a

¹⁴⁸ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 147.

¹⁴⁹ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, *in* PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 120.

¹⁵⁰ SANTOS, Andréia Mendes dos, Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação, *in* PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵¹ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança, *in* PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.*, p. 28 e 29.

¹⁵² FERREQUETT, Cristhiane. Análise discursiva de publicidade infantil: uma perspectiva bakhtiniana. **Letrônica**, v. 5, n. 2, p. 103, jun./2012, p. 13.

finalidade de estimular o consumo de produtos que, em sua maioria, não são necessários para uma criança.¹⁵³

Além disso, as crianças buscam se espelhar nos famosos e nos personagens que vêm na televisão, ou em conceitos ditados pela mídia, que, na maioria das vezes, correspondem a um padrão que não deveria ser seguido pela criança. Por conseguinte, “a publicidade infantil limita o infante em sua potencialidade de desenvolvimento mais flexível, e, conseqüentemente, o mercado capitalista autorregulador atinge muito precocemente os modos de subjetivação”.¹⁵⁴

Para exemplificar, pode-se citar as publicidades que anunciam bonecas para meninas, que não vendem somente a boneca, mas sim a moda, a maquiagem, e todo um estilo de ser. Nesse contexto, a acriticidade dos adultos frente à intencionalidade do consumo publicitário implica na exposição das crianças a um modelo consumista, o que gera práticas de consumo nocivas, mormente porque não há o discernimento infantil quanto a esse conteúdo apelativo.¹⁵⁵ Em outras palavras, pode-se dizer que “as nossas crianças vivem em uma sociedade consumista e, bombardeadas pela publicidade, passam a ter desejos de aquisição de bens supérfluos que em sua imaginação irão transformar a sua vida para melhor”.¹⁵⁶

Isso nos mostra outra consequência que a publicidade dirigida ao público infantil gera, qual seja, “a prematuridade da tendência ao sofrimento emocional e a depressão na sociedade dos jovens”.¹⁵⁷ Isso porque o todo o esforço que as crianças fazem para se sentirem incluídas demonstra como na verdade elas se sentem excluídas, ainda durante a infância.

Para Sandra Jovchelovitch, da *London School Economics*, a publicidade vem modificando a função dos brinquedos, tendo em vista que o excesso de ofertas tem

¹⁵³ FERREGUETT, Cristhiane. Análise discursiva de publicidade infantil: uma perspectiva bakhtiniana. *Letrônica*, v. 5, n. 2, p. 103, jun./2012, p. 13.

¹⁵⁴ KEIM, Gracy, Publicidade infantil e modos de construção do sujeito: uma breve abordagem psicanalítica das relações objetais, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 60.

¹⁵⁵ KEIM, Gracy, Publicidade infantil e modos de construção do sujeito: uma breve abordagem psicanalítica das relações objetais, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *loc. cit.*

¹⁵⁶ FERREGUETT, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁷ SANTOS, Andréia Mendes dos, Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.* p. 44.

despertado nas crianças o desejo permanente por novos produtos, que passam a enxergar seus brinquedos antigos com uma natural descartabilidade. Segundo a pesquisadora, isso poderá se refletir na vulnerabilidade dos laços afetivos, impedindo o desenvolvimento de relações mais aprofundadas.¹⁵⁸

Por derradeiro, importa também destacar um segmento específico da publicidade infantil que gera consequências altamente lesivas ainda durante a infância, e que tem se tornado cada vez mais comum: a publicidade de produtos alimentícios. Tal publicidade tem o condão de influenciar diretamente no que as crianças querem comer, na medida em que estas consomem determinado alimento não pelo seu sabor ou pelo seu valor nutricional, mas sim porque o anúncio publicitário o relacionou com brindes, prêmios, figuras de super-heróis ou outros personagens famosos.

Na medida em que força, coragem e fantasia se fazem presentes no imaginário das crianças, elas acreditam que, ao consumir aquele produto, ficarão parecidas à representação da publicidade.¹⁵⁹ Contudo, considerando que a qualidade alimentar constitui elemento básico para a condição nutricional, os riscos de transtornos alimentares aumentam “quando ocorre uma ruptura na lógica de alimentar-se de forma saudável, e a comida ganha o significado de instrumento de prazer, carinho, lazer ou compensação”.¹⁶⁰

O aspecto mais prejudicial da publicidade de alimentos infantis é que os alimentos que são considerados voltados para as crianças, na maioria das vezes, não são alimentos saudáveis, mas sim altamente processados e ricos em açúcares, tais como massas instantâneas, balas, chocolates, biscoitos. Ou seja, a publicidade de produtos alimentícios, grande parte das vezes, apresenta produtos pouco saudáveis, que não propiciam ganhos à saúde, mas sim desencadeiam várias doenças, dentre as quais a obesidade.

¹⁵⁸ JOVCHELOVITCH, Sandra. Mídia e Consumo, in SANTOS, Andréia Mendes dos, Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 40.

¹⁵⁹ SANTOS, Andréia Mendes dos, Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.*, p. 37.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 50.

Em estudo realizado nos Estados Unidos, pela Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission*), sobre o *marketing* de alimentos e bebidas para crianças e adolescentes, concluiu-se que, no ano de 2006, quarenta e quatro empresas analisadas gastaram mais de um milhão e seiscentos mil de dólares para promover alimentos e bebidas para crianças e adolescentes no país.¹⁶¹ Além disso, o estudo apurou que, em 2004, as crianças de dois a onze anos de idade assistiram a cerca de vinte e cinco mil e seiscentos anúncios na televisão, o que corresponde a aproximadamente dez mil e setecentos minutos de propaganda.

Desses anúncios, aproximadamente cinco mil e quinhentos correspondiam a publicidade de alimentos, sendo que as principais categorias que anunciaram foram: restaurantes e redes de *fast food* (5,3 % do total da exposição); cereais (3,9, dentre os quais 85% são cereais altamente açucarados); doces e sobremesas (3,5%); lanches (1,9%), bebidas açucaradas (1,7%), lácteos (1,4%) e refeições prontas (0,9%).¹⁶² Em estudo complementar, além disso, concluiu-se que 97,8% dos produtos alimentares anunciados e vistos por crianças de dois a onze anos eram produtos com taxas elevadas de gordura, açúcar e/ou sódio.¹⁶³

Como exemplo do acima exposto, cita-se a publicidade de refrigerantes, comumente veiculada nos meios de comunicação social de massa, sem qualquer limitação. Essa publicidade normalmente associa o consumo desse produto, sabidamente desprovido de substâncias de valor nutricional, a uma vida feliz. Esse produto, por si só, já tem um grande apelo perante o público consumidor infantil, não necessitando de uma publicidade que vá incitar ainda mais o desejo por consumi-lo, mormente porque temos que levar em conta que o consumo em excesso desse tipo de produto causa consequências adversas na saúde dos consumidores.

Por conta de tudo o que foi apresentado, torna-se claro que a publicidade dirigida ao público infantil deve sofrer restrições. Isso porque a publicidade dirigida às crianças não pode se aproveitar da sua falta de experiência ou de seu julgamento

¹⁶¹ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 17

¹⁶² COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *loc. cit.*

¹⁶³ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *loc. cit.*

deficiente, e deve, também, ter o cuidado de não influenciar negativamente o seu comportamento.¹⁶⁴ Nesse sentido:

A necessária regulamentação do mercado publicitário infantil corrobora o imprescindível resguardo das crianças de apelos midiáticos, ou de qualquer outro meio publicitário que possa inferir, perniciosamente, sobre sua formação, ou seja, no modo como esta criança se subjetivará com base neste apelo, nesta comunicação trazida de um modo tão ágil, repetitivo.¹⁶⁵

De acordo com Isabella Henriques, com efeito, “a publicidade e a comunicação mercadológica não poderiam, em hipótese alguma, ser dirigidas a pessoas com menos de 12 anos de idade”.¹⁶⁶ A autora usa como fundamentação para o seu posicionamento as pesquisas científicas que identificam que crianças até essa idade não conseguem responder com igualdade aos apelos mercadológicos, tampouco realizar análise crítica dessas mensagens. Em sentido semelhante, entende Ana Maria Montiel Alvarez que “a publicidade dirigida à criança não deveria sofrer restrição, mas ser erradicada”.¹⁶⁷

Assim, do ponto de vista jurídico, tem-se que o tratamento legal da publicidade é plenamente justificável, tendo em vista que o direito se ocupa do mercado, no qual ela está inserida,¹⁶⁸ a despeito do entendimento contrário de grande parte dos publicitários.

Sobre o tema, as agência publicitárias comumente alegam que a publicidade não se insere no mercado, e, portanto, tratar a publicidade seria tratar apenas o sintoma do problema, e não a causa. No entanto, o argumento deve ser refutado, tendo em vista que é impensável dissociar a publicidade da cadeia produtiva, uma vez que a publicidade é o instrumento capaz de promover o desejo ou a necessidade para a aquisição de produtos ou serviços, que é um dos critérios que

¹⁶⁴ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 147.

¹⁶⁵ KEIM, Gracy, Publicidade infantil e modos de construção do sujeito: uma breve abordagem psicanalítica das relações objetais, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 59.

¹⁶⁶ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.*, p. 122.

¹⁶⁷ ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. Publicidade dirigida à criança e regulação de mercado, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.*, p. 142.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 129.

movimenta a economia, dentro da lógica da oferta e da demanda.¹⁶⁹

Existe um descomprometimento muito grande por parte dos publicitários que se destinam à exploração da publicidade dirigida à criança em relação ao conhecimento do que significa a participação da publicidade na cadeia produtiva. A partir do momento em que um anúncio publicitário consegue despertar a necessidade de consumir em alguma pessoa, ali se abre um mercado, pois o consumidor foi convencido de que determinado bem que ele talvez não precisasse se tornou indispensável.

Essa capacidade de persuasão, que a publicidade domina muito bem, tem uma repercussão ainda maior quando existe uma vulnerabilidade exacerbada, em razão do desenvolvimento incompleto do indivíduo. Para as crianças, principalmente, é fácil despertar o sentimento de necessidade em relação a um bem ou serviço, e, portanto, abrir um mercado através de um artifício que, em tese, segundo alguns publicitários, seria mero sintoma de uma cadeia produtiva doente. Desse modo, “eventual publicidade equivocada não é um mero sintoma, mas causa de uma patologia em particular: a ilicitude em relação ao conteúdo e à forma de cooptação do consumidor”.¹⁷⁰

Outrossim, a regulamentação da publicidade dirigida ao público infantil não é uma violação à liberdade de expressão, conforme também se alega. Dado que se insere no mercado, a publicidade não é baseada somente na liberdade de expressão (artigo 5º da Constituição Federal), mas também na liberdade de iniciativa econômica (artigo 170, Constituição Federal).¹⁷¹ Isso porque a liberdade de expressão abrange a livre manifestação do pensamento político, religioso, filosófico ou artístico, e a publicidade, por outro lado, é uma atividade comercial interessada na venda de um produto ou serviço. É essa, inclusive, a característica que diferencia a publicidade da propaganda.

Quanto ao ponto, esclarece Bruno Miragem, citando doutrina de Guido Alpa e Vidal Serrano Nunes Júnior, que, ainda que a mensagem publicitária tenha conteúdo

¹⁶⁹ ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. Publicidade dirigida à criança e regulação de mercado, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 128.

¹⁷⁰ *Ibidem* p. 136.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 137.

informativo, ela não é livre manifestação de opinião ou de pensamento, mas sim momento da atividade econômica empresarial. Entendendo que a publicidade é protegida tanto pelo direito à livre manifestação do pensamento, quanto à liberdade econômica, o autor refere também entendimento de Daniel Sarmiento, que reconhece que a livre manifestação do pensamento merece proteção constitucional menos intensa no tocante à publicidade, o que permite a sua restrição, desde que observados quesitos de lei formal e acatado o princípio da proporcionalidade.¹⁷² Miragem, desse modo, conclui que:

Resulta, assim, que a dupla fundamentação da publicidade, atraindo para si, além da ínsita liberdade de iniciativa econômica, também a legitimidade constitucional da liberdade de expressão e demais liberdades comunicativas, vincula-se ao direito dos destinatários da mensagem publicitária em receberem a informação que ela veicula. Ou seja, consumidores potenciais terão no direito de acesso à mensagem publicitária – e, neste sentido, também estarão protegidos em relação à proibição de limitações desproporcionais ou irrazoáveis ao seu conteúdo, na exata medida em que esta sirva a instrumentalizar sua autonomia individual, no sentido de permitir escolhas, conhecer de qualidades e atributos dos produtos e serviços ofertados, das vantagens e desvantagens nas diversas opções possíveis.¹⁷³

Assim, quando falamos acerca dos limites impostos à atividade de publicidade em geral, estamos necessariamente atraindo para o nosso discurso uma espécie de situação de conflito, que envolve direitos de hierarquia constitucional. De um lado, há a liberdade de manifestação de pensamento, bem como as atividades consagradas sob a perspectiva da garantia constitucional da livre iniciativa, fundamento da ordem econômica. Do outro, há a proteção do consumidor, consagrada nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, do diploma constitucional, bem como da criança, previsto no artigo 227 da Constituição Federal com *status* diferenciado, na medida em que é o único a que se prevê absoluta prioridade.

Por este motivo, deverá ser realizado um controle da proporcionalidade da norma que vier a regulamentar a publicidade dirigida ao público infantil. O referido controle deverá analisar “a conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*); a

¹⁷² MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do conselho nacional da criança e do adolescente - Conanda. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95/2014, p. 459, set./2014, p. 6.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 7.

exigibilidade ou necessidade da medida (*Erforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (adequação entre meios e fins – *Verhältnismässigkeit*)”.¹⁷⁴

Além disso deve ser levado em consideração também o limite do postulado da proibição de excesso, que proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental, retirando toda a sua eficácia. Para Humberto Ávila, a proibição de excesso deve ser investigada em separado da análise da proporcionalidade, pois sua aplicação depende unicamente da restrição excessiva de um direito fundamental¹⁷⁵. Não é, evidentemente, portanto, o caso da restrição da publicidade dirigida ao público infantil, pois não se esvaziariam os direitos à liberdade de comunicação nem à livre iniciativa econômica pela regulação desta modalidade publicitária.

Desse modo, as regulamentações que impõem limites à publicidade encontram amparo constitucional, mormente porque a Constituição Federal estabeleceu que a proteção das crianças deve se dar com absoluta prioridade. Assim, o dever de proteção do Estado deve ser mais incisivo para realizar este mister constitucional, justificando maior intervenção em outros direitos também constitucionalmente garantidos.

Com isso em mente, pode-se analisar outro argumento que é usado contra a regulamentação da publicidade infantil, qual seja, a afirmação de que cabe aos pais a responsabilidade de educar os seus filhos para o consumo. Em nosso contexto social, é facilmente perceptível que os pais, sozinhos, não têm a capacidade de limitar e de educar os filhos para um consumo positivo e consciente. Isso porque, enquanto a criança assiste à televisão, escuta rádio, ou até acompanha os pais no supermercado, ela está suscetível à publicidade de uma série de produtos a ela dirigidos. Até em atividades ao ar livre a criança pode ser alvo de publicidade, pois é cada vez mais comum a distribuição de panfletos ou a colocação de anúncios em *outdoors* que divulguem produtos e serviços para o público infantil. Assim, percebe-

¹⁷⁴ MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do conselho nacional da criança e do adolescente - Conanda. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95/2014, p. 459, set./2014, p. 30.

¹⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 188.

se que não existem muitos lugares nos quais os pais estarão a sós com seus filhos para que eles consigam os educar com tranquilidade em relação ao consumo.

Quando a criança é destinatária de uma publicidade, ela está sendo inserida no mercado, ou seja, o mercado está se abrindo para ela. Quando o mercado faz isso, sabe que não se pode dialogar diretamente com a criança, porque ela é incapaz, do ponto de vista jurídico e psicológico, tendo em vista que não consegue discernir em relação àquilo que está recebendo: a informação, o produto, sua qualidade, ou a utilidade que pode esperar dele.¹⁷⁶ Quanto ao ponto, Ana Maria Blanco Montiel Alvarez esclarece que:

Não se deve ignorar, contudo, o fato de que, embora o incapaz não possa fazer pessoalmente, poderá realizar a transação por meio de quem o representa (pais ou tutores). Do ponto de vista da convergência entre direito e economia, tal possibilidade jurídica implica o reconhecimento de que também a criança tem necessidades biológicas e sociais no sentido econômico. A criança não está "fora do mercado", mas sua atuação deve ser mediada; ela não é um igual, e nem pode exercer a liberdade de maneira plena, porque sua vontade é prejudicada pela falta de discernimento típico dessa fase do desenvolvimento neuropsicológico.¹⁷⁷

Assim, há uma fomentação para a inclusão da criança no mercado, mas, ao mesmo tempo, um descomprometimento daquele que quer se beneficiar com as trocas econômicas que serão feitas em razão da persuasão de um indivíduo hipervulnerável. Destarte, não pode o mercado simplesmente delegar aos pais toda a responsabilidade de educação e de formação da criança, justificando-se na ideia de poder familiar, sobretudo quando observamos que a Constituição Federal atribui ao Estado e à sociedade como um todo, além dos pais, o dever de tutelar e de proteger as crianças, mormente diante de suas vulnerabilidades típicas dessa fase de desenvolvimento.

O mercado não é um ser livre, acima de tudo e de todos. O direito dá inúmeros exemplos de regulamentação do mercado, tais como o regramento do mercado de trabalho, da concorrência, e do fornecimento de bens essenciais. Assim,

¹⁷⁶ ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. Publicidade dirigida à criança e regulação de mercado, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 141.

¹⁷⁷ ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. Publicidade dirigida à criança e regulação de mercado, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 141.

a princípio, não haveria problema em regulamentar o mercado em mais um aspecto, no que diz respeito à publicidade dirigida à criança. Nesse contexto, ademais, cumpre salientar que a intervenção à concorrência, por exemplo, é muito mais grave para o mercado do que a estipulação de regras básicas relativas à publicidade dirigida à criança, que é mais vulnerável.

Além disso, alguns publicitários também sustentam ser a regulamentação da publicidade infantil um "paternalismo estatal". Paternalismo, em seu conceito jurídico, é a intervenção restritiva na liberdade de um indivíduo, contra a sua vontade, para promover o seu próprio bem. É, portanto, a interferência na liberdade da ação de uma pessoa justificada exclusivamente pelo próprio bem da pessoa. Nessa concepção jurídica de paternalismo, a regulação da publicidade infantil não pode ser enquadrada.¹⁷⁸

A intervenção na publicidade tem cunho protecionista, mas não paternalista, porque a norma de regulação da publicidade infantil não é direcionada aos pais, mas sim às empresas. Isso não obstrui a liberdade dos pais de educar seu filho, de mostrar a ele a publicidade. A regulação da publicidade infantil contribui para que os pais possam educar os filhos de forma livre, porque os pais que querem que o filho tenha contato com a publicidade podem proporcionar isso a ele, mas se o pai não quer que o filho seja atingido com uma publicidade que fala diretamente com ele tenha também esse direito de escolha. Isso só o Estado consegue proporcionar, porque ele consegue equilibrar as relações.¹⁷⁹

Assim, compreende-se que não há possibilidade da publicidade, uma vez inserida no mercado, não se fazer regular pelo direito e não se submeter às regras que impõem limites a todos os integrantes da sociedade.¹⁸⁰ Dessa maneira, conforme será melhor analisado em seguida, temos os instrumentos jurídicos para promover a regulamentação do mercado quanto à publicidade dirigida à criança.

¹⁷⁸ HARTUNG, Pedro. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

¹⁷⁹ HARTUNG, Pedro. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

¹⁸⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 271.

3.2 O TRATAMENTO LEGAL DA PUBLICIDADE DIRIGIDA À CRIANÇA

Não há uma legislação específica da publicidade voltada ao público infantil no ordenamento jurídico brasileiro. Isso não significa, contudo, que não exista nenhum tipo de proteção nesse sentido, dado que a combinação de disposições quanto à publicidade e à proteção da criança são capazes de coibir os excessos publicitários em anúncios voltados a esse público.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal prevê a possibilidade de restrição da publicidade, em determinados casos. Ademais, há, no Código de Defesa do Consumidor, dispositivos legais que proíbem a publicidade quando se aproveita da deficiência de julgamento e da inexperiência da criança, bem como que obrigam o fornecedor da mensagem publicitária a divulgá-la de maneira que seu receptor possa facilmente reconhecê-la. Além disso, a observância dos direitos da criança, que estão protegidos tanto no artigo 227 da Constituição Federal, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, também confere uma proteção à criança quanto à publicidade a ela direcionada.¹⁸¹

Desse modo, por uma análise sistemática desses três diplomas legais, é possível considerar que direcionar a publicidade ao público infantil já é prática comercial abusiva e, por conseguinte, ilegal.¹⁸² Nesse sentido, pondera Isabella Henriques que:

Exemplificativamente, pode-se encontrar o seguinte problema: (i) se o ordenamento, interpretado conjuntamente, prevê que a publicidade deve atender aos princípios da identificação da mensagem publicitária e da não-abusividade da publicidade e se a criança é considerada hipossuficiente, devendo ser sujeito de direitos especiais que levem em conta sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e (ii) se diversos estudiosos e pesquisas concluíram que crianças até os oito anos de idade não estão aptas a compreender de forma precisa o conteúdo das mensagens publicitárias - há pesquisas informando que algumas crianças não

¹⁸¹ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, *in* PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 124.

¹⁸² HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, *in* PASQUALOTTO; ALVAREZ, *loc. cit.*

conseguem discernir a publicidade até completarem dez anos -, não seria o caso de se considerar abusiva toda e qualquer publicidade voltada às crianças dessa faixa etária? Ora, diante das premissas apresentadas, resta claro que a resposta é afirmativa: sim, seria o caso de se considerar abusiva toda e qualquer publicidade voltada a crianças menores de oito - ou até dez - anos de idade, conforme o estudo que se queira utilizar como fundamento para se estipular o limite etário a partir do qual as crianças compreendem o conteúdo das mensagens publicitárias.¹⁸³

Importante, portanto, realizar a análise dos dispositivos legais existentes no ordenamento jurídico pátrio capazes de coibir a publicidade voltada ao público infantil quando esta for considerada abusiva.

A Constituição Federal, em matéria de publicidade, contém permissões e restrições, ou seja, permite determinadas publicidades, e restringe outras. Do ponto de vista de proteção do arcabouço publicitário, encontra-se, nos artigos 170 e 220 da Constituição Federal, uma firme proteção da publicidade como atividade econômica, pela livre iniciativa e pela livre concorrência, na medida em que fazer publicidade é uma forma de concorrer no mercado, de se diferenciar do outro, ofertar produtos, e informar com o fito de persuadir.

No artigo 220, a Constituição Federal trata do conteúdo de publicidade. Referido artigo evidencia que a publicidade é permitida constitucionalmente, mas deve ser restringida quando for nociva, bem como que cabe à lei federal estabelecer os meios legais que garantam aos cidadãos a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos nocivos. Nesse contexto, podemos entender que uma série de produtos seriam nocivos às crianças, sendo a sua publicidade passível de ser restringida.

O §4º do artigo 220, por sua vez, elenca os produtos que são considerados, *a priori*, potencialmente nocivos: tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. Tais produtos, a partir da entrada em vigor da Constituição, deveriam sofrer uma regulamentação, e de fato sofreram, pela Lei nº 9.294/96¹⁸⁴. Contudo, “esse dispositivo não quer significar que outros produtos não

¹⁸³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 165 e 166.

¹⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcólicas e tabaco por lei federal. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa

arrolador não possam sofrer restrições de publicidade e venda, desde que justificadamente”,¹⁸⁵ ou seja, a lista arrolada ali é meramente exemplificativa. Assim, conclui-se que, de acordo com a Constituição Federal, a liberdade publicitária pode ser restringida quando se entender necessário.

Além disso, cabe também mencionar o artigo 221 da Constituição Federal, que, em seu inciso IV, prevê que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família. Por conseguinte, a publicidade veiculada nesses canais também deve atender ao princípio constitucionalmente previsto de respeito aos valores éticos e sociais.

A segunda análise que deve ser feita é a da restrição da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. Conforme já analisado em momento anterior desta pesquisa, o Código de Defesa do Consumidor proíbe tanto a publicidade enganosa, quanto a abusiva, e entende como abusiva, dentre outras, a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança (artigo 37, §2º). De acordo com Antônio Herman Benjamin, em função do reconhecimento da vulnerabilidade exacerbada à criança, alguns parâmetros especiais devem ser traçados.¹⁸⁶ O autor enumera, assim, alguns exemplos:

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.¹⁸⁷

econômica à defesa do consumidor e da saúde pública (art. 170, cf/88). **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 59, p. 197, jul./2006, p. 3.

¹⁸⁵ FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Liberdade de Comunicação perspectiva constitucional. Escola Superior de Direito Municipal: Porto Alegre, 2000, p. 104, *in* MATEUS, Cibele Gralha. MATEUS, Renata Gralha, Vinculação de particulares aos direitos fundamentais. O princípio da proteção integral da criança e a liberdade na publicidade: até onde podemos ir? *in* PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 159.

¹⁸⁶ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 271.

¹⁸⁷ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc. cit.*

Não se aplica às crianças a ideia de que a publicidade representa um mero auxílio no processo decisório racional do consumidor, tendo em vista que elas são jovens demais para compreender o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária.¹⁸⁸ Em consequência, de acordo com Benjamin, “qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo”.¹⁸⁹

Desse modo, o supracitado artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, considera abusiva, e portanto ilegal, a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência das crianças. Contudo, “o enunciado do referido artigo é sucinto e não especifica com exatidão como e quando a publicidade realmente se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança”.¹⁹⁰ Nessa senda, pode-se pensar em regulamentações para clarificar e tornar mais efetiva a aplicação do artigo, conforme será analisado na sequência.

Além disso, outro dispositivo da lei consumerista que merece referência neste momento é o artigo 36, que acolhe o princípio da identificação publicitária, cujo objetivo é a criação de uma “situação de sinceridade entre o anunciante e o consumidor”.¹⁹¹ Destarte, o consumidor deve conseguir identificar de imediato a publicidade como tal, para que ela atenda aos padrões éticos legais. Por conta disso, é abusiva a publicidade dirigida às crianças pequenas, que não conseguem identificar a publicidade como tal, conforme comprovado em pesquisas científicas.

Ademais, analisando-se a proteção que o ordenamento jurídico confere à criança, também se pode concluir pela restrição da publicidade dirigida ao público infantil, justamente em razão da hipervulnerabilidade inerente aos indivíduos que ainda estão em peculiar fase de desenvolvimento, e não conseguem entender o apelo persuasivo do anúncio publicitário, sendo por ele facilmente influenciados.

Nesse contexto, o artigo 227 da Constituição Federal assegura a prioridade

¹⁸⁸ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 271.

¹⁸⁹ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc. cit.*

¹⁹⁰ CARVALHO, Diógenes Faria de. OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 94/2014, p. 181, jul./2014, p. 12.

¹⁹¹ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 168.

absoluta no atendimento e na garantia dos direitos da criança e do adolescente, inclusive em frente à publicidade, a fim de que lhes seja assegurado desenvolvimento pleno e harmonioso, com dignidade e respeito. Dessa maneira, as agências publicitárias, como partícipes da sociedade, deveriam envidar esforços para não causar danos ao desenvolvimento infantil em razão de publicidades antiéticas.¹⁹²

Aliado a isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente também traz dispositivos fundamentais sobre o tema, como o seu artigo 5º, que prevê que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência ou crueldade. Quando a esse dispositivo, entende-se que seria cabível a inclusão, em seu conceito, da exploração comercial das crianças.¹⁹³ Hoje, com as publicidades dirigidas diretamente às crianças, existe uma exploração comercial desses sujeitos, que são hipervulneráveis pela condição que têm.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 70, prescreve que é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. Além disso, o artigo 71 estipula o direito da criança e do adolescente à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Assim, percebe-se que o legislador do Estatuto, apesar de não contemplar disposição específica à publicidade dirigida à criança, preocupou-se em proteger esse público quanto ao conteúdo da programação, incluindo o publicitário, para que este seja adequado e não cause danos ao desenvolvimento da criança.

Dessa maneira, tudo o que for oferecido às crianças, inclusive por meio de anúncios publicitários, deve respeitar as diversas fases do desenvolvimento físico e mental dessas pessoas em formação, devendo ser compatível e adequado com sua

¹⁹² CARVALHO, Diógenes Faria de. OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 94/2014, p. 181, jul./2014, p. 22.

¹⁹³ HARTUNG, Pedro. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

faixa etária.¹⁹⁴ A lógica do sistema consumerista, em termos de proteção à criança frente à publicidade, “se resume ao respeito de sua condição de hipervulnerável, a qual decorre a sua deficiência de julgamento e condição de pessoa em desenvolvimento”.¹⁹⁵

Paralelo à legislação quanto à publicidade e proteção infância, há o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que dedica a sua Seção 11 ao tratamento da publicidade especialmente dirigida ao público infantil. O Código, em seu artigo 37, estabelece uma regra geral que especifica que a publicidade deve ser fator coadjuvante aos esforços de pais, educadores, autoridades e comunidade na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Em seguida, delimita fatores a serem observados para a aplicação dessa regra.

Destarte, determina que nenhum anúncio publicitário deverá dirigir apelo imperativo de consumo diretamente à criança, bem como que os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação à segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de: desmerecer valores sociais positivos; provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação; associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição; impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade; provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo; empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo; dentre outros.¹⁹⁶

¹⁹⁴ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 164.

¹⁹⁵ CARVALHO, Diógenes Faria de. OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 94/2014, p. 181, jul./2014, p. 9.

¹⁹⁶ 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: desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente; provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto; associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis; impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;

O Código de Autorregulamentação dispõe, também, no artigo 37, II, que, quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes, seus anúncios devem procurar contribuir para o desenvolvimento positivo dos seus relacionamentos; respeitar a sua dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e sentimento de lealdade; dar atenção especial às suas características psicológicas, presumida sua menor capacidade de discernimento; abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.¹⁹⁷ Além disso, o artigo 23 do aludido Código prevê que 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.

Dessa maneira, observa-se que a autorregulamentação publicitária brasileira traz importantes diretrizes para a publicidade dirigida à criança, que, contudo, não são observadas na prática, nem mesmo pelo CONAR, responsável pela promoção e controle do Código de Autorregulamentação Publicitária. Isso porque o CONAR é formado e financiado por agências, anunciantes, e veículos de comunicação, que obviamente possuem interesse comercial na manutenção dos anúncios publicitários dirigidos às crianças.¹⁹⁸

Para exemplificar, cita-se a publicidade na qual um menino utiliza um canudo como arma para lançar um salgadinho em sua mãe. Muitos consumidores fizeram denúncia sobre esse comercial, dizendo que poderia sugerir um comportamento não adequado para as crianças. O CONAR, no entanto, decidiu pelo arquivamento da

provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo; 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; utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia; apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares; utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

¹⁹⁷ II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão: procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo; respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo; dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento; obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo; abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

¹⁹⁸ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, *in* PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 121.

denúncia, entendendo que cabe aos pais educar os filhos e transmitir os valores corretos, não observando a regra do artigo 37, II, do Código de Autorregulamentação Publicitária.¹⁹⁹

Assim, entende-se que a autorregulamentação não é suficiente para coibir os excessos da publicidade que tem os infantes como público alvo. Primeiramente, porque o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária não tem força de lei, não podendo obrigar as partes a cumprirem suas determinações. Em segundo lugar, porque o controle exercido pelo CONAR é sempre posterior ao ilícito publicitário, mediante denúncia ou iniciativa própria, o que o torna menos efetivo quando comparado a um controle prévio, na opinião de Carvalho e Oliveira.²⁰⁰ Além disso, um terceiro argumento que demonstra a ineficácia do controle unicamente autorregulamentar foi trazido por Cibele Gralha Mateus e por Renata Gralha Mateus nos seguintes termos:

Interessante observar que, não raras vezes podemos verificar que o posicionamento do CONAR é mais rígido que o da legislação vigente, ou é muito mais flexível. Esta verificação corrobora com a necessidade de criação de outros mecanismos de proteção respaldados por uma ampla

¹⁹⁹ Segue o resumo do caso, retirado do site do CONAR: "O Conar recebeu em torno de 30 reclamações de consumidores contra filme em TV por assinatura do salgadinho Cheetos, às quais foi juntado ofício do Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria da República no município de Niterói. Todos consideraram que o filme sugere comportamento infantil desrespeitoso em relação à mãe, além de apresentar o alimento como lúdico, o que é reprovado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Para a AlmapBBDO, responsável pela criação do filme, a peça apresenta contexto de diversão e traquinagem típica de crianças. Já a Pepsico, fabricante do produto, informa que se trata de campanha global baseada em brincadeiras que envolvem a família toda, visando contribuir para o desenvolvimento das relações da criança com seus pais, irmãos e avós.

Em primeira instância, por maioria de votos, o Conselho de Ética deliberou pela alteração, atendendo à proposta do autor do voto vencedor, para quem o filme não deixa claro a quem se destina a traquinagem mostrada: à mãe ou à irmã? Ele considerou que se o alvo da brincadeira for a mãe, o filme demanda alteração.

Anunciante e agência recorreram da decisão e viram o seu ponto de vista prevalecer diante da Câmara Especial de Recursos. Para a autora do voto vencedor de segunda instância, vivemos tempos em que são precisos cuidados redobrados com as crianças. No entanto, alerta ela, os exageros nesses cuidados devem ser evitados. "Qualquer coisa em excesso é prejudicial, inclusive água, como diz o ditado popular", escreveu ela em seu voto. "Estamos tomando um rumo em que tudo deve ser coibido, inclusive a criatividade do publicitário", foi o que ela considerou neste caso. "O anúncio é divertido, bem-humorado e incita a criança a deixar de lado computadores, TV, iPads e outros gadgets para entrar no mundo das traquinagens, no qual a criatividade e a imaginação são o carro-chefe da brincadeira. Nessa ânsia de coibir ou regular toda e qualquer comunicação voltada para o público infantil, estamos suprimindo o papel dos pais na educação de seus filhos. Ora, é dever dos pais educar seus filhos, transmitindo os valores que irão moldar o caráter dos pequenos cidadãos", escreveu ela. Por isso, votou pelo arquivamento, voto acolhido por maioria." Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3811>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

²⁰⁰ A propósito, leia-se: CARVALHO, Diógenes Faria de. OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 94/2014, p. 181, jul./2014.

discussão democrática e fundamentados em lei.²⁰¹

Diante do exposto, observa-se que uma regulamentação legal da publicidade dirigida às crianças que fosse específica e trouxesse limites claros aos publicitários promoveria uma melhor efetivação da proteção integral da criança e do respeito de sua vulnerabilidade agravada. Estabelecer parâmetros mais concretos para esse tipo de publicidade é medida indispensável para que se possa fazer valer o princípio da proteção integral das crianças.²⁰² Nesse contexto, poderíamos nos valer de experiências estrangeiras sobre o assunto, que controlaram de forma exitosa a abusividade dos anúncios da publicidade direcionada às crianças.

Em 1982, a Câmara Internacional de Comércio, organização que representa e defende os interesses de empresas ao redor do mundo no tocante ao comércio internacional,²⁰³ já havia promulgado normas de orientação ao comportamento publicitário dirigido à criança,²⁰⁴ alertando que deveria ser veraz e claramente

²⁰¹ MATEUS, Cibele Gralha. MATEUS, Renata Gralha, Vinculação de particulares aos direitos fundamentais. O princípio da proteção integral da criança e a liberdade na publicidade: até onde podemos ir? in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 160.

²⁰² CARVALHO, Diógenes Faria de. OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 94/2014, p. 181, jul./2014, p. 13.

²⁰³ “A ICC é uma organização que representa e defende os interesses de empresas de todos os setores em todo o mundo no que diz respeito ao comércio internacional. Foi fundada em 1919 e, atualmente, dentre seus filiados, possui companhias e associações de mais de 130 países distintos. Em razão de sua representatividade, tem autoridade para reger a conduta do comércio internacional por meio de seus comitês nacionais, existentes nas maiores capitais mundiais, assim como por seus diversos códigos de autorregulamentação, que orientam a prática do comércio internacional por seus membros”. HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 175.

²⁰⁴ O texto original do artigo 18 do ICC refere que: “Special care should be taken in marketing communications directed to or featuring children or young people. The following provisions apply to marketing communications addressed to children and young people as defined in national laws and regulations relevant to such communications. Such communications should not undermine positive social behaviour, lifestyles and attitudes; Products unsuitable for children or young people should not be advertised in media targeted to them, and advertisements directed to children or young people should not be inserted in media where the editorial matter is unsuitable for them; Material unsuitable for children should be clearly identified as such.

Inexperience and credulity: Marketing communications should not exploit inexperience or credulity, with particular regard to the following areas:

1. When demonstrating a product’s performance and use, marketing communications should not minimise the degree of skill or understate the age level generally required to assemble or operate products; exaggerate the true size, value, nature, durability and performance of the product; fail to disclose information about the need for additional purchases, such as accessories, or individual items in a collection or series, required to produce the result shown or described.
2. While the use of fantasy is appropriate for younger as well as older children, it should not make it difficult for them to distinguish between reality and fantasy.

identificável como tal; não poderia aprovar a violência ou aceitar comportamento que contrariem as regras gerais de comportamento social; e não poderia criar situações que passassem a impressão de que alguém poderia ganhar prestígio com a posse de bens de consumo, que enfraquecessem a autoridade dos pais, que contribuíssem para situações perigosas para as crianças, ou que incentivassem as crianças a pressionarem outras pessoas a adquirirem bens.²⁰⁵

Na União Europeia, as normas existentes quanto ao tema prevêm que a publicidade dirigida às crianças não deve apresentar informações capazes de causar danos físicos, mentais ou morais nas crianças. Além disso, não deve explorar a credulidade e inexperiência infantil, influenciar e estimular as crianças a constranger seus pais ou responsáveis a adquirir os produtos que divulgar, nem explorar o sentimento de lealdade que as crianças possuem em relação a seus pais, responsáveis ou professores.²⁰⁶

No Reino Unido, a publicidade, antes de ser televisionada, deve ser examinada pelo *Broadcast Advertising Clearance Centre*,²⁰⁷ e antes de ser radiodifundida, pela estação de rádio que a veiculará, a menos que esteja incluída em uma categoria especial (como, por exemplo, se for dirigida a menores de

3. Marketing communications directed to children should be clearly distinguishable to them as such. Avoidance of harm: Marketing communications should not contain any statement or visual treatment that could have the effect of harming children or young people mentally, morally or physically. Children and young people should not be portrayed in unsafe situations or engaging in actions harmful to themselves or others, or be encouraged to engage in potentially hazardous activities or behaviour. Social values: Marketing communications should not suggest that possession or use of the promoted product will give a child or young person physical, psychological or social advantages over other children or young people, or that not possessing the product will have the opposite effect. Marketing communications should not undermine the authority, responsibility, judgment or tastes of parents, having regard to relevant social and cultural values. Marketing communications should not include any direct appeal to children and young people to persuade their parents or other adults to buy products for them. Prices should not be presented in such a way as to lead children and young people to an unrealistic perception of the cost or value of the product, for example by minimising them. Marketing communications should not imply that the product being promoted is immediately within the reach of every family budget.

Marketing communications which invite children and young people to contact the marketer should encourage them to obtain the permission of a parent or other appropriate adult if any cost, including that of a communication, is involved." Disponível em: <<http://www.codescentre.com/icc-code>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

²⁰⁵ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 79.

²⁰⁶ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 180.

²⁰⁷ Disponível em: <<http://www.bacc.org.uk/>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

dezesseis anos), pois nesses casos ela deve passar pelo prévio controle do *Radio Advertising Clearance Centre*.²⁰⁸ A publicidade que não é transmitida por rádio ou televisão não é previamente examinada, tendo em vista a impossibilidade de se fazer esse trabalho ante o incontável número de anúncios produzidos.²⁰⁹

Com relação ao conteúdo, no Reino Unido os anúncios publicitários não podem, em síntese, conter ou encorajar *bullying* nem comportamentos perigosos para as crianças, mostrar as crianças em uma conotação sexual, insinuar que as crianças que não possuem determinado produto ou serviço serão inferiores ou menos populares que outras, nem tomar vantagem da falta de experiência, credulidade, e lealdade da criança.²¹⁰

²⁰⁸ Disponível em: <<http://www.racc.co.uk/>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

²⁰⁹ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 181.

²¹⁰ No texto original: “5.1 Advertisements that are suitable for older children but could distress younger children must be sensitively scheduled (see Section 32: Scheduling).

5.2 Advertisements must not condone, encourage or unreasonably feature behaviour that could be dangerous for children to emulate. Advertisements must not implicitly or explicitly discredit established safety guidelines. Advertisements must not condone, encourage or feature children going off alone or with strangers. This rule is not intended to prevent advertisements that inform children about dangers or risks associated with potentially harmful behaviour.

5.3 Advertisements must not condone or encourage practices that are detrimental to children’s health.

5.4 Advertisements must not condone or encourage bullying.

5.5 Advertisements must not portray or represent children in a sexual way.

5.6 Advertisements must not imply that children are likely to be ridiculed, inferior to others, less popular, disloyal or have let someone down if they or their family do not use a product or service.

5.7 Advertisements must not take advantage of children’s inexperience, credulity or sense of loyalty. Advertisements for products or services of interest to children must not be likely to mislead; for example, by exaggerating the features of a product or service in a way that could lead to children having unrealistic expectations of that product or service.

5.8 Child actors may feature in advertisements but care must be taken to ensure that those advertisements neither mislead nor exploit children’s inexperience, credulity or sense of loyalty.

5.9 Advertisements must neither directly exhort children to buy a product or service nor encourage them to ask their parents, guardians or other persons to buy or enquire about a product or service for them.

5.10 Advertisements that promote a product or service and invite consumers to buy that product or service via a direct response mechanism must not be targeted directly at children. For a definition of “direct response mechanism”, see Section 8: Distance Selling.

5.11 If it includes a price, an advertisement for a children’s product or service must not use qualifiers such as “only” or “just” to make the price seem less expensive.

5.12 Television only – Advertisements for a toy, game or comparable children’s product must include a statement of its price or, if it is not possible to include a precise price, an approximate price, if that product costs £30 or more.

5.13 Advertisements for promotions targeted directly at children:

5.13.1 must include all significant qualifying conditions

5.13.2 must make clear if adult permission is required for children to enter.

Advertisements for competitions targeted directly at children are acceptable only if the skill required is relevant to the age of likely participants and if the values of the prizes and the chances of winning are not exaggerated.

Na França, o *Conséil Supérieure de Audiovisuel* é competente para, em caso de descumprimento da lei, aplicar multa ou até mesmo dissolver a emissora televisiva que houver veiculado anúncio publicitário desconforme. Quanto ao conteúdo, está previsto que a publicidade não pode trazer prejuízos aos menores, “não podendo incitá-los diretamente a comprar um produto ou serviço ou a persuadir seus pais a comprá-los, conforme o Decreto de 27 de março de 1992”.²¹¹

Na Itália, o *Autorità per La Garanzie nelle Comunicazione* controla a mídia audiovisual e a imprensa.²¹² Foi proibida a publicidade em desenhos animados com até trinta minutos de duração, bem como a publicidade que utilize personagens de desenhos animados, antes e depois de programas em que eles aparecem. Além disso, a publicidade veiculada na televisão não deve incitar diretamente os infantes a adquirir um produto ou um serviço, valendo-se de sua inexperiência e credulidade; incitar diretamente os infantes a persuadir seus pais ou outra pessoa a adquirir um produto ou serviço; valer-se da particular confiança que as crianças depositam em seus pais, professores ou outras pessoas; mostrar, sem motivo, infância em situação perigosa.²¹³

Na Alemanha, as publicidades direcionadas para crianças que as induzem a pedir produto ou serviço aos pais e terceiros são consideradas violação da concorrência. Além disso, o anúncio não pode se dirigir diretamente à criança para solicitar o consumo, abusar na utilização de personagens que detenham a confiança das crianças e dos jovens, nem exibir jovens em situação de perigo. Na Áustria, a proteção se assemelha à alemã, havendo vedação da publicidade direta por meio das regras de concorrência desleal.²¹⁴

5.14 Promotions that require a purchase to participate and include a direct exhortation to make a purchase must not be targeted directly at children. Advertisements for promotions directly targeted at children should comply with Section 28: Competitions.” Disponível em:

<<http://www.cap.org.uk/Advertising-Codes/Broadcast.aspx>>. Acesso em: 26 de novembro de 2014.

²¹¹ MARQUES, Cláudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e infância: sugestões para a tutela das crianças consumidoras, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 96.

²¹² Disponível em: <<http://www.lacomunicazione.it/voce/autorita-per-le-garanzie-nelle-comunicazioni/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

²¹³ MARQUES, Cláudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e infância: sugestões para a tutela das crianças consumidoras, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *loc. cit.*

²¹⁴ *Idibem*, p. 97.

Além disso, na Bélgica, em Luxemburgo e na Noruega, a publicidade antes e depois de programas infantis é proibida. Na Dinamarca, figuras e bonecos de programas infantis não podem figurar em publicidade. Na Grécia a publicidade de brinquedos de guerra é totalmente proibida, e a dos demais brinquedos é proibida entre as sete horas da manhã e as dez horas da noite.²¹⁵ Na Suécia, a Lei de Rádio e Televisão (*Chapter 7, Section 4 of the Swedish Radio and Television Act*) proibiu, em 1991, a publicidade dirigida à criança menor de doze anos de idade antes das vinte e uma horas, bem como antes, durante, ou imediatamente após a transmissão de programas infantis.²¹⁶

Ademais, fora do âmbito da União Européia também há regulamentação da publicidade direcionada aos infantes. Nos Estados Unidos da América, em 1990, foi aprovado o *Children's Television Act*, que estabeleceu tempo máximo de publicidade durante a exibição de programas infantis dirigidos a crianças menores de doze anos. Durante os finais de semana, só poderiam ser exibidos dez minutos e meio de publicidade entre esse tipo de programação, e, nos dias úteis, doze minutos. Além disso, a lei proibiu a venda de produtos pelos personagens de programas infantis, bem como solicitou uma distinção clara entre programas e anúncios publicitários.²¹⁷ Contudo, é consenso na doutrina que tais regras são insuficientes para a efetiva proteção dos direitos da criança contra a publicidade abusiva.²¹⁸

Entendendo pela insuficiência da regulamentação existente hoje em dia no ordenamento brasileiro, e, aliado às tendências mundiais de regramento da publicidade dirigida ao público infantil, o legislador brasileiro começou a pensar em uma mudança no paradigma legal quanto a esse assunto. Passa-se, nesse momento, à análise dos Projetos de Lei em tramitação quanto à matéria.

O Projeto de Lei 5.291, de 2001, ainda em tramitação, elaborado pelo Deputado Federal Luiz Carlos Hauly (PSDB/PR), busca acrescentar um parágrafo

²¹⁵MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e infância: sugestões para a tutela das crianças consumidoras, in PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 99.

²¹⁶HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 186

²¹⁷ Disponível em: <<http://www.capparelli.com.br/eua.php>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

²¹⁸MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e infância: sugestões para a tutela das crianças consumidoras, in PASQUALOTTO; ALVAREZ, *op. cit.*, p. 101.

ao artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, para também classificar como abusiva a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança.²¹⁹ Quanto ao ponto, Isabella Henriques pensa que essa pode ser a solução do problema, porém, talvez seja exagerada. A autora fundamenta sua crítica ao projeto de lei no fato de que a medida é destituída de prévio e amplo debate na sociedade, bem como por não se fundamentar em nenhum estudo científico para a proibição almejada, mas na observação do filho do Deputado idealizador do projeto.²²⁰

A Comissão de Defesa do Consumidor, ao analisar o referido projeto de lei, por meio de sua Relatora Deputada Maria do Carmo Lara, apresentou significativo substitutivo ao projeto, criando uma lei específica para a regulamentação da matéria, ao invés do acréscimo ao artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.²²¹ A Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, através de seu Relator Deputado Osório Adriano, apresentou novo substitutivo, para que seja acrescentado parágrafo ao artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.²²² Em seguida, a Comissão de Ciência, Tecnologia, Informação e Infomática também aprovou substitutivo apresentado pelo seu Relator, Deputado Bilac Pinto, propondo novamente a confecção de lei em apartado para a regulamentação da matéria.²²³ Foi apresentado novo substitutivo, pelo Deputado Salvador Zimbali,²²⁴ para o qual foi

²¹⁹ A redação proposta originalmente foi a seguinte: “§2º-A. É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança”. HAULY, Luis Carlos. **Publicidade Infantil – Um Polêmico Projeto**. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações (SEEP) – Senado Federal, 2009, pg. 10.

²²⁰ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 167 e 168.

²²¹ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=51C7EBDBD90B2C880D925CB8E0E424FE.proposicoesWeb1?codteor=399291&filename=Tramitacao-PL+5921/2001>.

Acesso em: 30 nov. 2014.

²²² Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=51C7EBDBD90B2C880D925CB8E0E424FE.proposicoesWeb1?codteor=621561&filename=Tramitacao-PL+5921/2001>. Acesso em: 30 nov. 2014.

²²³ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=51C7EBDBD90B2C880D925CB8E0E424FE.proposicoesWeb1?codteor=828843&filename=Tramitacao-PL+5921/2001>.

Acesso em: 30 nov. 2014.

²²⁴ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=51C7EBDBD90B2C880D925CB8E0E424FE.proposicoesWeb1?codteor=1136027&filename=Tramitacao-PL+5921/2001>.

Acesso em: 30 nov. 2014.

aprovada uma ementa.²²⁵ Posteriormente, o projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, tendo sido designado como Relator o Deputado Arthur Oliveira Maia, estando pendente a análise.²²⁶

Se formos analisar a proporcionalidade da medida proposta através desse projeto de lei, observamos que ela é adequada, nos termos descritos por Humberto Ávila, que ensina que medida adequada é aquela que leva à realização do fim,²²⁷ e, no caso, proibindo-se a publicidade de produtos infantis, a finalidade de proteção das crianças contra a publicidade a elas dirigida seria alcançada.

Contudo, no segundo exame que deve ser realizado, que é o da necessidade, o qual envolve a análise da existência de meios alternativos ao que fora inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados,²²⁸ considera-se que a medida, nos termos em que havia sido proposta pelo seu idealizador Deputado Federal Luiz Carlos Hauly afetava desnecessariamente os direitos à livre iniciativa econômica e à liberdade de expressão. A proibição de qualquer publicidade de produtos infantis afetaria em grande medida a livre iniciativa econômica, existindo outros meios menos gravosos a esse direito constitucionalmente protegido, como, por exemplo, o redirecionamento dessas publicidades aos pais das crianças, ou o estabelecimento de uma faixa de horário para que sejam veiculados tais anúncios publicitários.

Por fim, quanto ao estudo da proporcionalidade em sentido estrito, no qual deve perquirir-se se “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais”²²⁹, tem-se que as vantagens causadas pela promoção da finalidade de proteção das crianças contra a publicidade a elas direcionada não é proporcional à excessiva desvantagem que seria causada pela

²²⁵ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=51C7EBDBD90B2C880D925CB8E0E424FE.proposicoesWeb1?codteor=1101726&filename=Tramitacao-PL+5921/2001>. Acesso em: 30 nov. 2014.

²²⁶ Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

²²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 208.

²²⁸ *Ibidem*, p. 214.

²²⁹ *Ibidem*, p. 216.

adoção do meio, conforme o que havia sido proposto na redação original do projeto.

Além disso, o Projeto de Lei nº 1.637, de autoria do Deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT), apresentado em 2007, dispõe sobre oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas, cujo objeto seja a divulgação e a promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, gordura saturada, gordura *trans*, sódio, e bebidas com baixo teor nutricional.²³⁰ Dentre as disposições do referido projeto, prevê-se a proibição de concessão de brindes ou prêmios pelas empresas que comercializam esses produtos; a proibição de veiculação durante programação infantil; o impedimento de utilização de figuras, desenhos, personalidades e personagens que sejam cativos ou admirados pelo público infantil; bem como a proibição de veiculação nas instituições de ensino infantil ou fundamental e em outras entidades públicas ou privadas destinadas a fornecer cuidados às crianças, bem como na produção de material educativo e em eventos de incentivo à cultura, educação ou desporto.²³¹ Atualmente, o projeto encontra-se aguardando Parecer do Relator na Comissão de Seguridade Social e Família.²³²

Em breve análise, entende-se esse projeto de lei como proporcional ao fim que se propõe, sendo adequado, pois as medidas previstas promoveriam o resultado almejado; necessário, tendo em vista que as restrições ali contidas não

²³⁰ O Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – Consea, elaborou, em 10 de outubro de 2012, recomendação “aos Exmos. Deputados Federais que aprovem o Projeto de Lei Nº 1.637/2007 e seus apensados que propõem a regulação da publicidade de alimentos, tendo em vista que informara população sobre os riscos relacionados ao consumo excessivo de alimentos não saudáveis significa abraçar a responsabilidade de oferecer um ambiente favorável à vida e à saúde da população”. Para tanto, considerou, dentre outros fatores, “que o Projeto de Lei Nº 1.637/2007 e seus apensados, que propõem regular a divulgação e a promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, gordura saturada, gordura *trans*, sódio, e bebidas com baixo teor nutricional, receberam pareceres desfavoráveis da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática e da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio”, “que os projetos mencionados acima propõem importantes medidas de proteção do consumidor e da infância, como, por exemplo, a inclusão de mensagens de advertência a respeito do consumo excessivo de referidos alimentos, que deveriam ser considerados pelo Poder Legislativo como forma de proteger a saúde da população, os direitos do consumidor e o Direito Humano à Alimentação Adequada” e “que a deterioração do padrão alimentar da população e o aumento explosivo da obesidade e outras doenças associadas têm como um dos fatores determinantes o estímulo ao consumo por meio da publicidade de alimentos ultra processados, sobretudo as dirigidas ao público infantil”. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/112337047/Recomendacao-sobre-publicidade-de-alimentos-nao-saudaveis>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

²³¹ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=484654&filename=Tramitacao-PL+1637/2007>. Acesso em: 30 nov. 2014.

²³² Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360369>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

afetariam demasiadamente a livre iniciativa econômica; e proporcional em sentido estrito, dada a importância da realização da finalidade de proteção nutricional das crianças.

Cabe, ainda, mencionar a Lei Municipal de Florianópolis nº 8.985/12, de procedência do Vereador Ricardo Camargo Vieira (PCdoB/SC), que veda a comercialização de lanche acompanhado de brinde ou brinquedo. A referida lei considera lanche como “todo alimento vendido como refeição rápida, comumente comercializado por grandes redes de alimentação”, e prevê que, em caso de desobediência, o estabelecimento fica sujeito às penalidades previstas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor.²³³

Ademais, impende referir os Projetos de Lei do Senado (PLS) 281/2012, sobre o comércio eletrônico e à distância, 282/2012, quanto às ações coletivas, e 283/2012, no tocante ao superendividamento, que tramitam em comissão especial interna do Senado Federal, atualmente sob a análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, objetivando a modernização do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, o Senado Federal conta com uma Comissão de Juristas no desenvolvimento dos trabalhos, refletindo em amplo debate nacional sob a presidência segura e engajada do E. Ministro do E. Superior Tribunal de Justiça, Dr. Antônio Herman Benjamin, tendo como membros reconhecidos *experts* no tema, tais como a Prof. Dra. Claudia Lima Marques, a Prof. Dra. Ada Pellegrini Grinover, e o Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa, dentre outros.

Quanto à matéria, aliás, pode-se citar a sugestão da Prof. Dra. Claudia Lima Marques, no PLS 281/2012, de inclusão de um parágrafo único ao artigo 45-B do Código de Defesa do Consumidor, contendo uma norma principiológica a respeito das atualizações de programas e de aplicativos oferecidas às crianças, assim redigido: “é abusiva a publicidade e a oferta dirigidas a crianças, assim como as atualizações e modificações de produtos e serviços já contratados, por telefone, MSM (SMS) ou email ou qualquer outro meio similar à distância ou eletrônico”.²³⁴

²³³ Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sc/f/florianopolis/lei-ordinaria/2012/898/8985/lei-ordinaria-n-8985-2012-veda-a-comercializacao-de-lanche-acompanhado-de-brinde-ou-brinquedo.html>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

²³⁴ MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e infância: sugestões para a tutela das crianças consumidoras, *in* PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana

Outra sugestão que importa aqui destacar foi dada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Instituto Alana, especialmente quanto ao PLS 283/2012. Inspirados no Direito da Itália e do Reino Unido, com efeito, buscaram os referidos entes o acréscimo do artigo 45-G ao Código de Defesa do Consumidor, na seguinte redação:

Art.45- G. É abusiva a publicidade e a oferta direta dirigida a crianças que:
 I - incitar diretamente as crianças a comprar ou a persuadir seus pais ou outra pessoa a adquirir um produto, serviço ou crédito;
 II - incitar diretamente as crianças a adquirir um produto e serviço, especialmente a crédito, valendo-se da sua inexperiência ou da confiança que depositam em seus pais, professores ou outras pessoas.
 Parágrafo único. É proibida toda a publicidade infantil que insinuar ou conduzir crianças a acreditar que se elas não possuírem ou usarem algum produto ou serviço, serão inferiores às outras crianças ou suscetíveis a serem desprezadas ou ridicularizadas, especialmente se dirigida a crianças de 7 anos.²³⁵

Neste sentido é que, em atenção às emendas apresentadas e às sugestões feitas, em 4 de abril de 2014, foi publicado o parecer número 243/2014, da Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor, de relatoria do Senador Ricardo Ferraço.²³⁶

O referido parecer, pois, exarou entendimento pelo desapensamento dos PLS 282/2012 e 282/2010, a fim de que estes tramitem em separado, porquanto tratam de temas não incluídos na versão final da atualização do Código, devendo continuar a ser examinado por seus próprios méritos.

Vale frisar, no tocante à temática do presente estudo, que o PLS 282/2010, da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, busca acrescentar um §5º ao artigo 37 da lei consumerista, dispondo ser abusiva a publicidade de alimentos que induza o público infantil a padrões incompatíveis com a saúde, especialmente daqueles que contenham quantidades elevadas de açúcar, gordura saturada e *trans*, sódio e daqueles que contenham quantidades insuficientes

Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 105.

²³⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e infância: sugestões para a tutela das crianças consumidoras, *in* PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 105.

²³⁶ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/Atividade/materia/getPDF.asp?t=147431&tp=1>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

de teor nutricional, além de outros definidos pela autoridade sanitária, e encontra-se, atualmente, com a relatoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para o adequado prosseguimento do feito.

Da análise dos demais pontos até o momento postos em debate perante o Senado Federal, além disso, o Senador Ricardo Ferraço, no referido parecer, votou na forma dos substitutivos apresentados. No que tange à abusividade da publicidade voltada a criança, assim, o voto foi proferido pela aprovação da seguinte mudança no artigo 37 da lei consumerista:

Art. 37.
 § 2º É abusiva, dentre outras:
 I - a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança;
 II - a publicidade que, dentre outras, contenha apelo imperativo de consumo à criança, que seja capaz de promover qualquer forma de discriminação ou sentimento de inferioridade entre o público de crianças e adolescentes ou que empregue crianças ou adolescentes na condição de porta voz direto da mensagem de consumo.

A redação sugerida pelo Senador, a partir das emendas citadas no referido parecer, fundamentara-se a partir dos seguintes argumentos, expostos, de forma sistematizada, no quadro comparativo a ele anexo:

Acresce-se, por esta relatoria, norma sobre publicidade e oferta dirigida a criança, seguindo os modelos do direito comparado, em especial o Direito Italiano e do Reino Unido. O Art. 227 da Constituição Federal de 1988 assegura prioridade absoluta às crianças, evitando o assédio de consumo, que em muitos países é proibida (na Noruega e Suécia a publicidade dirigida a menores de 12 anos é proibida), assim como o *bullying* publicitário e que as crianças sejam usadas para fomentar o superendividamento de suas famílias. Estas normas demonstram a preocupação em educar financeiramente as crianças e evitar publicidade infantil agressiva que hoje vemos em nosso país. Pequeno ajuste na redação do inciso, após vista em 19/04, para deixar claro que o rol de condutas contido neste dispositivo é meramente exemplificativo.

Por fim, cumpre analisar importante Resolução editada pelo Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda), que representou um grande avanço na efetivação da proteção das crianças contra a publicidade abusiva a elas dirigida. O Conanda é um conselho nacional, deliberativo e normativo, instituído pela

Lei nº 8.242/91, que possui função de controle do sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. Dentre as atribuições do Conselho, uma delas é a de elaborar normas gerais da Política Nacional de Atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e diretrizes estabelecidas nos artigos 87 e 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No uso de suas atribuições,²³⁷ o Conanda editou, em 13 de março de 2014, a sua Resolução nº 163, cuja intenção é clarificar o conceito de abusividade da publicidade previsto no Código de Defesa do Consumidor sob a perspectiva dos direitos da criança. O Código, no artigo 37, §2º, traz o conceito de publicidade abusiva, e diz que é, dentre outras coisas, aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e da inexperiência da criança. Assim, o conceito de abusividade na lei consumerista é aberto, ligado a um valor social, identificável somente no caso concreto.

O conceito de abusividade da publicidade é, portanto, indeterminado, o que, assim sendo, torna difícil para o Juiz aplicá-lo na prática, por não ter o Magistrado parâmetros e diretrizes para entender uma publicidade como abusiva. Nesse contexto, o Conanda quis trazer clareza, apontando o caminho pelo qual o aplicador da lei deve se orientar para entender a publicidade abusiva com relação à criança.

Após a publicação da Resolução nº 163 do Conanda, duas foram as correntes se manifestaram sobre ela: de um lado, há os que dizem que a Resolução é constitucional, e que ela inclusive encontra abrigo no artigo 227 da Constituição Federal; de outro, os que entendem que a Resolução é inconstitucional, tendo em vista não ter o Conanda legitimidade para regular a matéria.

As deliberações do Conanda são feitas através de resoluções, que são atos inferiores aos regulamentos e aos regimentos, não podendo inová-los ou contrariá-

²³⁷“É o que resulta da interpretação combinada do art. 87, I, do ECA (Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento: I – políticas sociais básicas;), combinado com o art. 2.º, I, da Lei 8.242/1991, que confere ao órgão a competência para editar normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente”. MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do conselho nacional da criança e do adolescente - Conanda. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95/2014, p. 459, set./2014, p. 17.

los, mas unicamente complementá-los e explicá-los. No contexto, percebe-se que é isso que a referida Resolução do Conanda veio fazer: ela não inova nem contraria legislação vigente, mas sim complementa e explica conceitos que já existem dentro do nosso ordenamento jurídico.²³⁸ Segundo Bruno Miragem, “se trata de critérios complementares para apreciar o que significa aproveitar-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, conforme previsto no comando normativo”.²³⁹

O autor, ainda, com absoluta propriedade, efetua o exame a proporcionalidade da medida, nos seguintes termos:

- a) trata-se de medida adequada aos fins a que se destina (evitar o aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança, ou prevalecer-se da fraqueza ou ignorância de crianças e adolescentes para impingir-lhe produtos ou serviços), considerando que a ausência de critérios vem prejudicando e restringindo a efetividade dos limites definidos em lei;
- b) trata-se de medida necessária para atingir estes mesmos fins, considerando que não se percebe da realidade atual do Brasil, em que sobram exemplos de canais de televisão específicos para o público infantil, que não diferenciam sua programação ordinária e a publicidade veiculada nos respectivos intervalos; ou de personagens infantis oferecendo produtos e serviços prejudiciais a crianças e adolescentes; a efetividade da aplicação das normas impositivas de limites. Estas, ao contrário, sustentam hoje, distintas interpretações que prejudicam sua efetividade, seja pela aplicação estatal da lei, seja pelo sistema de autorregulamentação (este último, ademais, cujo controle não tem a mesma abrangência, como se viu).
- c) trata-se de medida que se caracteriza como meio menos gravoso, uma vez que, conforme se percebe, não institui proibição da publicidade ou de outras práticas comerciais direcionadas a consumidores crianças ou adolescentes, mas apenas define critérios para interpretação de limites a estas iniciativas, previstos em lei.²⁴⁰

Em sentido contrário, Lúcia Anconda Lopez de Magalhães Dias tem a Resolução como inconstitucional. Isso porque entende que a Resolução não está apenas regulamentando a hipótese de deficiência de julgamento da criança, o que seria permitido, mas sim inovando na ordem jurídica em matéria publicitária, o que é inconstitucional. A autora considera que a Resolução traz uma premissa maior em relação ao Código de Defesa do Consumidor: parte da compreensão de que toda a

²³⁸ AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 05 de novembro de 2014.

²³⁹ MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do conselho nacional da criança e do adolescente - Conanda. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95/2014, p. 459, set./2014, p. 20.

²⁴⁰ MIRAGEM, *op. cit.* p. 30.

publicidade direcionada à criança é abusiva, enquanto a lei consumerista entende que é permitida, desde que seja feita dentro dos limites que não explorem a deficiência de julgamento e a inexperiência da criança. Assim, dado que houve inovação na premissa, considera que a Resolução não meramente exemplifica, mas sim inova.²⁴¹ Cabe frisar que a autora entende é justificável a regulamentação da publicidade dirigida ao público infantil com o fito de conter a abusividade, mas não vê a Resolução do Conanda como o caminho.²⁴²

No entanto, conforme posicionamento de Bruno Miragem, “o que faz a resolução é definir critérios para interpretação do art. 37, § 2.º, e art. 39, IV, do CDC”.²⁴³ Continua o doutrinador afirmando que tais normas “são dotadas de tal largueza e amplitude que dificultam sua aplicação *in concreto* pelo julgador, exatamente na parte tocante à proteção da criança e o do adolescente”.²⁴⁴ Dessa forma, a Resolução não inovou na premissa, mas sim atuou inteiramente nas áreas já protegidas pela legislação vigente, que, contudo, não são efetivadas na prática, ante a dificuldade de aplicação concreta da norma.

Além disso, outra questão debatida é se a Resolução nº 163 do Conanda tem força de lei. Uma resolução é um ato normativo, que não se assemelha a uma lei, mas tem poder vinculante. Ela vincula todo o sistema de garantias da criança e do adolescente, do qual fazem parte, no nosso ordenamento jurídico, a família, a sociedade e o Estado, conforme o artigo 227 da Constituição Federal. Ou seja, todos aqueles que têm a função da aplicação e da efetivação dos direitos da criança devem respeitar uma resolução emanada de um órgão de controle do sistema de garantias desses indivíduos.²⁴⁵

²⁴¹ DIAS, Lucia Ancona de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

²⁴² DIAS, Lúcia Ancona Lopez De Magalhães. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 05 de novembro de 2014.

²⁴³ MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do conselho nacional da criança e do adolescente - Conanda. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95/2014, p. 459, set./2014, p. 28.

²⁴⁴ MIRAGEM, Bruno, *loc. cit.*

²⁴⁵ HARTUNG, Pedro. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto

Quanto ao conteúdo propriamente dito da Resolução, no seu artigo 2º, elenca-se especificamente os aspectos da publicidade abusiva dirigida ao público infantil, diferentemente do que acontece no Código de Defesa do Consumidor, que elenca de maneira genérica. Prevê o referido artigo o seguinte:

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço, utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

I – linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;

II – trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de crianças;

III – representação de criança;

IV – pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;

V – personagens ou apresentadores infantis;

VI – desenho animado ou de animação;

VII – bonecos ou similares;

VIII – promoção com distribuição de prêmios ou brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e

IX – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

Assim, observa-se que o Magistrado encontra na Resolução nº 163 do Conanda uma aliada na aplicação efetiva do artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, já que foram previstos parâmetros para a identificação de uma publicidade como abusiva. É importante notar que a análise dos elementos deve ser de forma cumulativa para a compreensão do direcionamento da publicidade ao público infantil, ou seja, não basta, por exemplo, que ela contenha excesso de cores para ser automaticamente identificada como abusiva.²⁴⁶

Quanto à referida persuasão, observa-se que, embora o Código de Defesa do Consumidor não traga essa exata expressão em seu texto legal, facilmente identifica-se que a publicidade não tem um caráter meramente informativo, mas sim, e até predominantemente, persuasivo. Quando o receptor da publicidade é a criança, essa persuasão é preocupante, tendo em vista que ela não tem condições de compreender o alcance da publicidade e a finalidade econômica que possui, ou seja, o seu aspecto persuasivo. Desse modo, a Resolução do Conanda procura

de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

²⁴⁶ HARTUNG, Pedro. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

trazer especificamente essa questão, tratando da intenção de persuadir a criança ao consumo de qualquer produto ou serviço.

Além da definição de parâmetros para identificar uma publicidade direcionada à criança como abusiva, a Resolução nº 163 do Conanda também define a “comunicação mercadológica”, em seu artigo 1º, como sendo toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive por publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia, ou do meio utilizado. O §2º do referido artigo exemplifica que a comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas da internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de venda.

Ante o exposto, percebe-se que a Resolução nº 163 do Conanda regulamenta “condutas expressamente proibidas por lei; no caso, a publicidade abusiva e modalidade de prática abusiva, previstas respectivamente, nos arts. 37, § 2.º, e 39, IV, do CDC, em vista da proteção da criança e do adolescente”.²⁴⁷

Lúcia Ancona Lopez De Magalhães Dias também faz críticas ao conteúdo da Resolução. Precipuamente, a autora observa que, diferentemente do Código de Defesa do Consumidor, a Resolução não faz uma diferenciação da publicidade entre enganosa e abusiva, o que ela considera uma falha. A autora entende que a Resolução deveria ter lidado com aspectos mais práticos, envolvendo também a enganabilidade da publicidade dirigida ao público infantil, mormente em relação à performance do produto. Isso porque, na prática, as crianças se decepcionam com os brinquedos que ganham: acreditavam que o avião de brinquedo realmente iria voar, mas na verdade não voa, ou que o carrinho andaria sozinho, mas deve ser empurrado. Para o adulto, isso pode ser mais facilmente identificado, mas a criança

²⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do conselho nacional da criança e do adolescente - Conanda. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95/2014, p. 459, set./2014, p. 26.

muitas vezes se frustra com o produto que compra, porque não tem o tamanho ou o desempenho retratado na publicidade.²⁴⁸

Além disso, a autora se preocupa com outro aspecto: a insegurança jurídica gerada pela presença de elementos elencados no artigo 2º da Resolução em publicidades que não sejam de produtos destinados a crianças. Isso ocorre nos casos em que um produto necessita de uma criança para ilustrar seus benefícios e suas características, ou quando uma publicidade de produtos que não sejam destinados ao público infantil utiliza-se de elementos fantasiosos. No sentir da autora, a Resolução não deixa claro se essas publicidades deveriam ser consideradas abusivas ou não. Nesse contexto, a autora sente falta, também, de uma regra de interpretação, o que poderia ajudar a solucionar dúvidas no exame da enganosidade ou da abusividade da publicidade.²⁴⁹

Por fim, outro ponto que cabe mencionar do relevante posicionamento de Lúcia Ancona Lopez De Magalhães Dias para o debate, é o fato de que até legislações estrangeiras bem avançadas e rigorosas quanto à matéria não abrangem a comunicação mercadológica dirigida ao público infantil, mas somente a publicidade. Assim, entende que a Resolução foi demasiadamente restritiva ao tratar sobre o assunto.²⁵⁰ A solução que a autora apresenta é a maior exploração da lei posta. Ou seja, acredita que a cláusula geral contida no artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor poderia ser bem melhor explorada.²⁵¹

De fato, não se discorda que a lei posta, em análise conjunta de disposições constitucionais, consumeristas, e de proteção dos direitos da criança e do

²⁴⁸ DIAS, Lúcia Ancona Lopez De Magalhães. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

²⁴⁹ DIAS, Lúcia Ancona Lopez De Magalhães. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

²⁵⁰ DIAS, Lúcia Ancona Lopez De Magalhães. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

²⁵¹ DIAS, Lúcia Ancona Lopez De Magalhães. **Publicidade e proteção da infância – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor**. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

adolescente, protege as crianças inclusive contra a publicidade abusiva a elas direcionada. No entanto, na prática, observa-se que não se dá efetividade a essas normas, mormente pela falta de parâmetros de aplicação. Nesse contexto, não se pode simplesmente exigir uma maior exploração da lei posta sem que se dê ao julgador elementos que auxiliem a compreensão de uma publicidade como abusiva, e, assim ilegal, de modo que a Resolução nº 163 do Conanda revela-se um grande avanço da proteção dos direitos das crianças.

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente trabalho, conclui-se que os consumidores têm enorme vulnerabilidade frente aos fornecedores, devendo esta ser compensada pelos mecanismos protetivos do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, percebe-se que alguns consumidores possuem uma vulnerabilidade exacerbada, em virtude de fatores diversos, sendo um deles a pouca idade, o que caracteriza as crianças como hipervulneráveis, merecendo, portanto, proteção diferenciada.

Nota-se, também, que a lei consumerista trata da relação de consumo ainda em sua fase pré-contratual, incidindo, portanto, sobre a publicidade, que é fator indissociável da moderna sociedade de consumo, tendo em vista que o mercado depende do poder de persuasão publicitário. Entendendo-se que o consumidor tem o direito de não ser enganado nem exposto a anúncios abusivos, assim, o Código de Defesa do Consumidor definiu essas duas modalidades publicitárias como ilícitas.

A proteção diferenciada que deve ser despendida aos infantes já foi reconhecida tanto em documentos e tratados internacionais, quanto no ordenamento jurídico brasileiro. Destarte, vê-se na Constituição Federal de 1988 a consagração da Doutrina da Proteção Integral, que confere à criança a condição de sujeito de direitos, em fase especial do processo de desenvolvimento, devendo ter as suas necessidades atendidas com absoluta prioridade, o que foi concretizado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por conseguinte, a proteção que deve ser despendida com prioridade absoluta às crianças também deve estar presente quando lidamos com a publicidade a elas dirigida. Dado que o público infantil desperta, nos dias de hoje, especial atenção dos publicitários e dos fornecedores, bem como que esse público ainda está em particular fase do desenvolvimento e, portanto, é incapaz de perceber o apelo persuasivo que os anúncios publicitários contêm, a publicidade infantil deve ser regulamentada, mormente quando levamos em consideração as consequências adversas que podem ser ocasionadas por tais anúncios publicitários.

Em atenção às disposições atinentes à publicidade e à proteção da infância contidas no diploma constitucional, na lei consumerista, na lei estatutária de

proteção às crianças e aos adolescentes, bem como na codificação autorregulamentadora brasileira, já se percebe a existência de proteção da criança em razão da publicidade a ela dirigida. Contudo, por conterem essas disposições mandamentos abertos, ou desprovidos de cogência legal, como é o caso da autorregulamentação, sua aplicação prática resta extremamente prejudicada, e o que se verifica, hoje em dia, são os abusos e a exploração da deficiência de julgamento e da inexperiência das crianças.

Assim, entende-se que uma regulamentação específica do assunto, tal qual já ocorre em outros países, mostra-se fundamental para uma efetiva proteção dos direitos das crianças. É importante salientar que tal regulamentação não é apenas tratamento do sintoma do problema, tendo em vista que a publicidade insere-se na cadeia mercadológica como importante face do *marketing*, indispensável ao mercado, sendo, assim, sua causa.

A regulamentação da publicidade endereçada aos infantes também não restringe indevidamente os princípios da liberdade de expressão, nem da livre iniciativa econômica, pois, analisando-se os princípios constitucionalmente garantidos em colisão na matéria, prioriza-se, conforme determinado pela própria Constituição Federal, a proteção da criança. Além disso, essa regulamentação não tem cunho paternalista, nem extrapola os limites de interferência do Estado no mercado, tendo em vista que a responsabilidade pelo saudável desenvolvimento das crianças é dos pais, da sociedade, e do Estado.

Nesse sentido, os projetos de lei em tramitação perante o Congresso Nacional, bem como o Senado Federal, oferecem uma importante resposta ao problema dos abusos na publicidade infantil. Ademais, encontra-se na Resolução nº 163 do Conanda importante avanço na matéria, tendo em vista que esta determinou parâmetros de compreensão de uma publicidade como abusiva, ou seja, facilitou a aplicação, na prática, das normas de proteção genéricas previstas no ordenamento jurídico, sendo absolutamente constitucional, tanto em um exame formal, por deter o Conanda competência para editar tal resolução, quanto em um exame material, pois as normas ali contidas apenas preveem critérios para definir a abusividade da publicidade dirigida ao público infantil.

REFERÊNCIAS

AMATRUDO, Rosangela. Publicidade abusiva. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 52, p. 163, out./2004.

AUTORITÁ PER LA GARANZIE NELLE COMUNICAZIONE. Disponível em: <<http://www.lacomunicazione.it/voce/autorita-per-le-garanzie-nelle-comunicazioni/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AWAZU, Luís Alberto de Fischer. Alguns apontamentos acerca da relação entre ética na publicidade, a formação da criança e seus aspectos jurídicos. **Revista de Direito Educacional**, vol. 4, p. 233, jul./2011.

AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **Publicidade e proteção da infância**: Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 05 nov. 2014.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 69, p. 32, jan./2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 9, p. 25, jan./1994.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe Bessa. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na "vulnerabilidade agravada": como proteger as crianças consumidoras? **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 90, p. 69, nov./2013.

BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP)**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 5 out. 2014.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8078/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 2 set. 2014.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 set. 2014.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

BROADCAST ADVERTISING & MARKETING CENTRE. Disponível em: <<http://www.bacc.org.uk/>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. Da responsabilidade sem culpa do direito norte-americano na proteção do consumidor. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, vol. 4, p. 569, out./2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 5.921, de 2001**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

CAPPARELLI, Sérgio. **A proteção à infância e à televisão em oito países**. Disponível em: <<http://www.capparelli.com.br/eua.php>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

CARVALHO, Diógenes Faria de. OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Revista de direito do Consumidor**, vol. 94/2014, p. 181, jul./2014.

CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Privado**, vol. 3, p. 157, jul./2000.

CONAR. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL. **Recomendação para a aprovação do Projeto de Lei Nº 1.637/2007**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/112337047/Recomendacao-sobre-publicidade-de-alimentos-nao-saudaveis>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

COSTA, Jaderson Costa da. **Publicidade e proteção da infância**: Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor. Vulnerabilidade neurológica e jurídica da criança. 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

COSTA, Judith Martins. A "guerra" do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina a ambiguidade das peças publicitárias patrocinadas pelos cursos pré-vestibulares e os princípios do código de defesa do consumidor examinadas através do estudo de um caso. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 6, p. 219, abr./1993.

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

_____. **Publicidade e proteção da infância**: Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

GLOBO, Jornal. Filha de Tom Cruise é eleita uma das 'mulheres' mais bem vestidas. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2011/05/filha-de-tom-cruise-e-eleita-uma-das-mulheres-mais-bem-vestidas.html>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; SILVA, João Paulo Faustini e. Primeira infância - análise do projeto de lei. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, vol. 3/2014, p. 35, jan./2014.

FERREGUETT, Cristhiane. Análise discursiva de publicidade infantil: uma perspectiva bakhtiniana. **Letrônica**, v. 5, n. 2, p. 103, jun./2012.

FLORIANÓPOLIS. Prefeitura municipal. **Lei Municipal nº 8.985**, de 25 de junho de 2012. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sc/f/florianopolis/lei-ordinaria/2012/898/8985/lei-ordinaria-n-8985-2012-veda-a-comercializacao-de-lanche-acompanhado-de-brinde-ou-brinquedo.html>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

HARTUNG, Pedro. **Publicidade e proteção da infância**: Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor. A Resolução do Conanda em debate: Um preenchimento do conceito aberto de publicidade abusiva? 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

HAULY, Luis Carlos. **Publicidade Infantil – Um Polêmico Projeto**. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações (SEEP) – Senado Federal, 2009.

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

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMERCE. **ICC Code**. Disponível em: <<http://www.codescentre.com/icc-code>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

INSTITUTO ALANA. **Projeto Criança e Consumo**. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JACQUES, Daniela Corrêa. **A proteção da confiança no direito do consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 45, p. 100, jan./2003.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 1, p. 149, jan./1992.

MARQUES, Claudia Lima. **Publicidade e proteção da infância**: – Jornadas Brasilcon de estudos de Direito do Consumidor. Vulnerabilidade neurológica e jurídica da criança. 2014. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 5 nov. 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcóolicas e tabaco por lei federal. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública (art. 170, cf/88). **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 59, p. 197, jul./2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. As propagandas abusivas. **Revista dos Tribunais**, vol. 710, p. 231, dez./1994.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do conselho nacional da criança e do adolescente - Conanda. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95/2014, p. 459, set./2014.

NERY JR., Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 3, p. 44, jul./1992.

NERY JR., Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: Princípio da especialidade e direito intertemporal. **Revista de Direito Privado**, vol. 12, p. 9, out./2002.

PAIVA, Rafael Augusto de Moura. Repensando o "ser" consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 88/2013, p. 103, jul./2013.

PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (org.). **Publicidade e Proteção da Infância**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

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

POSTMAN, Neil. **O desaparecimento da infância**. Rio de Janeiro: Graphia, 1999.

RADIO ADVERTISING CLEARANCE CENTRE. Disponível em: <<http://www.racc.co.uk/>>. Acesso em: 1 dez. 2014.

RAMSAY, Iain. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 4, p. 26, out./1992.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado Artigo por Artigo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. O superior interesse: o menor, a criança, a lei e os tribunais. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, vol. 2/2013, p. 57, jul./2013.

SENADO FEDERAL. **Parecer 243/2014**. Disponível em:
<<http://www.senado.gov.br/Atividade/materia/getPDF.asp?t=147431&tp=1>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

UK CODE OF BROADCAST ADVERTISING. Disponível em:
<<http://www.cap.org.uk/Advertising-Codes/Broadcast.aspx>>. Acesso em: 26 nov. 2014.