

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A PUBLICIDADE ABUSIVA INFANTIL E SEU CONTROLE DENTRO DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

RAÚL CUÉ MONTAÑO

**RIO DE JANEIRO
2016 / 2º Semestre
RAÚL CUÉ MONTAÑO**

**A PUBLICIDADE ABUSIVA INFANTIL E SEU CONTROLE DENTRO DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Roberto Monteiro Litrento.

RIO DE JANEIRO
2016/ 2º Semestre
RAÚL CUÉ MONTAÑO

**A PUBLICIDADE ABUSIVA INFANTIL E SEU CONTROLE DENTRO DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Roberto Monteiro Litrento.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Prof. Roberto Monteiro Litrento

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2016/ 2º Semestre
RAÚL CUÉ MONTAÑO

C 965 76 5p

MONTAÑO CUÉ, Raúl 1991-.

A publicidade abusiva infantil e seu controle dentro do ordenamento jurídico brasileiro/ Raúl Cué Montaña. – Rio de Janeiro, 2016.
70 f.

Orientador: Roberto Monteiro Litrento.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2016.

1. Publicidade Abusiva Infantil. 2. Direito do Consumidor. I. Monteiro Litrento, Roberto, orient. II. Título.

CDD 342.17

AGRADECIMENTOS

Dedico a presente obra fundamentalmente *in memoriam* à minha doce, amada, altruísta, zelosa e generosa mãe, Monica. É paradoxal que a vida não tenha permitido que a pessoa que mais se fazia presente nas minhas atividades estudantis, desde a época da pré escola, quando já encapava meus cadernos, não estará ao meu lado no dia da minha colação de grau. Você lutou bravamente, mamãe, durante dois anos para poder estar comigo neste momento especial, o início de uma nova fase da minha existência. Infelizmente as coisas não se sucedem do modo como nós desejamos. A vida de fato não é justa. Trocaria qualquer vitória acadêmica, bem como um futuro sucesso profissional, pela sua companhia aqui e agora, por seu amor desprendido, pelo seu abraço, seus conselhos, sua doçura, seu afago. Jamais te olvidarei, e espero ansiosamente pelo nosso reencontro em outro plano. Aspiro viver para que possa ver o dia em que a palavra câncer fará única e exclusivamente referência ao signo do zodiaco.

Em segundo lugar, dedico esta monografia à minha afetuosa avó, Maria Luísa. “Abuelita”, minha segunda mãe, você é a pessoa que tem me dado mais suporte naquele que corresponde, indubitavelmente, a pior fase de nossas vidas. Se consegui chegar até aqui hoje devo praticamente tudo ao esmero que você e minha mãe tiveram ao longo desses vinte cinco anos com a minha formação, tanto na condição de estudante, quanto na de cidadão. Te amo e te admiro muito. Se a vida foi dura comigo, decerto ela foi exponencialmente pior contigo. Que mamãe e “abuelito” nos protejam, onde quer que eles estejam.

Oferto também em especial meu trabalho de conclusão de curso ao meu querido pai, Raúl. Papai, você é sem nenhuma dúvida o meu maior espelho profissional. Sua existência deveria se converter em um livro, para que todos soubessem os obstáculos e as asperezas que você teve que transpor. E que também todos tomassem nota de que com estudo, trabalho e dedicação se vence na vida. Que tenhamos mais profissionais em sua área laboral como você. Muito orgulho de levar seu nome, muito obrigado por sua amizade.

Os demais agradecimentos correspondem à aqueles que de alguma forma também contribuíram para o fim desta etapa. Aos meus outros avós, Amable, Alejandrina e Abraham, que certamente lá do céu estão felizes com minha, mesmo que singela, conquista. À minha

madrinha de batismo Heloísa, bem como à minha de crisma, Sônia Letícia, gostaria de agradecer por todo carinho e apreço que demonstraram comigo ao longo de todos esses anos. Ao padrinho Alfredo e à tia Yvette por toda dileção que me foi transmitida desde minha tenra infância. Ao meu benquisto orientador da hodierna pesquisa, o brilhante professor Roberto Monteiro Litrento, por toda sua afabilidade em aceitar me orientar. O senhor foi como um pai ao me ajudar sollicitamente no término da minha graduação, esta que compreendeu a um momento tão difícil da minha vida pessoal. À Juíza Vanessa Cavalieri Félix, por dispor do seu precioso tempo para colaborar na produção do corrente trabalho. À Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, seus mestres, e as amizades que lá semeei, em especial ao grande amigo Pedro Toledo, pelas dicas que me deu quanto à formatação da presente monografia. Ao meu sempre amado Colégio de São Bento do Rio de Janeiro, instituição que auxiliou na minha construção de indivíduo para o mundo, onde também pude cultivar grandes amizades. Ao leal Leo Feldman, ao onipresente das mídias sociais Leo Domingues, ao sempre prestativo Victinho, ao sábio Petraglia, ao paciente Mattos, ao inventivo Piri Louis, ao sincero Zé Ricardo e ao bem humorado Lulu, obrigado por todo companheirismo, levarei sempre vocês comigo no meu coração.

Por último meu trabalho nada mais é do que uma homenagem às crianças. Elas foram seguramente a principal motivação para a escolha do tema. Que o Direito se ponha cada vez mais à disposição das mesmas para que elas sejam cada vez menos vítimas de qualquer espécie de abuso. Mais amor para o adulto dos próximos anos!

Muito obrigado a todos. Conseguimos!

De nuestros miedos
nacen nuestros corajes
y en nuestras dudas
viven nuestras certezas.

Los sueños anuncian
otra realidad posible
y los delirios otra razón.

En los extravíos
nos esperan hallazgos,
porque es preciso perderse
para volver a encontrarse.

(Eduardo Galeano)

RESUMO

A presente monografia versará sobre um tema cada vez mais polêmico e discutido nos dias de hoje: a publicidade abusiva infantil. Sua relevância não é só jurídica, mas também social, sendo bastante atual. O tema tem como objeto a publicidade abusiva em face da hipossuficiência da criança. Esta matéria pode ser encontrada no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 37, que veda a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, ou seja, seu pouco, ou até mesmo, nulo discernimento (sendo por isso tal prática intrinsecamente carregada de ilegalidade). Será feita a análise do sistema legal de proteção da criança, tratando de conceitos como aqueles atrelados ao princípio da vulnerabilidade. Além disso, serão investigados dispositivos presentes na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Defesa do Consumidor. Tem-se, além de toda pesquisa, o escopo de ampliar a idéia de cidadania, absorvendo as mesmas na prática de consumo.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito do Consumidor. Estatuto da Criança e do Adolescente. Capacidade do Agente. Princípio da vulnerabilidade. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

This paper will report a contentious subject, which is increasingly discussed nowadays – the abusive aspects of advertising to children. This subject involves not only legal concerns, but also social ones. It emphasizes the ethical violations of publicity before the vulnerable condition of children. This theme can be found on the Brazilian Consumer Defense Code: its article 37 forbids any publicity that takes advantage of the children's lack of judgment abilities or experience – their not fully developed or even inexistent consciousness. Those practices can be deemed intrinsically illegal. An analysis of the legal system to protect children will follow, describing concepts such as the ones related to the Principle of Vulnerability. Additionally, other legal dispositions will be analyzed, particularly ones from the Brazilian 1988 Federal Constitution, the Statute for Children and Teenagers and the Consumer Defense Code. It also aims at widening the idea of citizenship, incorporating it in the practices of consumption.

Key words: Civil Law. Consumer Law. the Statute for Children and Teenagers. Agent Capacity. Principle of Vulnerability. Consumer Defense Code.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ampl.	Ampliada por
<i>Apud</i>	Apresentada por ou apresentação de
Art.	Artigo
Atual.	Atualizada por ou atualização de
CBAP	Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
<i>Caput</i>	Enunciado de artigo, de lei ou de regulamento
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Ed.	Edição, editor
<i>Et al.</i>	Entre outros
<i>Idem</i> ou <i>id</i>	O mesmo (autor) acima
<i>Ibidem</i> ou <i>ibid</i>	O mesmo (autor), no mesmo lugar (obra) acima
In	Em seu/ em sua
<i>In verbis</i>	Nestes termos
Know-How	Conhecimento profissional específico
N.	Número
<i>Ope legis</i>	Por força da lei
P.	Página
PROCON	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
Rev.	Revisão de ou revisada por
s.f.	Substantivo feminino
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Trad.	Tradução ou traduzida por
<i>Verbi gratia</i>	A título de exemplo
Vol.	Volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ASPECTOS GERAIS DE DIREITO DO CONSUMIDOR E NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO TEMA	14
2.1. A dinâmica básica da relação de consumo	14
2.2. O princípio da vulnerabilidade	15
2.3. O princípio da hipossuficiência	16
2.4. O instituto da venda casada	18
2.5. A oferta	19
2.6. A publicidade	19
2.7. A publicidade abusiva	23
3. A PUBLICIDADE ABUSIVA INFANTIL: O SURGIMENTO, SUAS CAUSAS, AGENTES, E EFEITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	26
3.1. Digressão histórica da publicidade	26
3.2. A publicidade abusiva dirigida à criança	28
3.3. As conseqüências danosas da publicidade abusiva em face da criança hipossuficiente ...	32
4. O PAPEL DA LEI E DOS ORGÃOS REGULADORES EM IMPEDIR A PUBLICIDADE ABUSIVA CONTRA O MENOR HIPOSSUFICIENTE	37
4.1. A essencialidade correlata em se regular a publicidade com a proteção da criança frente à propaganda com conteúdo abusivo que lhe é dirigida	37
4.2. O controle da publicidade por intermédio do CDC	41
4.3. A função reguladora do CONAR	47
4.4. A defesa do direito do consumidor e da criança dada pela CRFB/1988	52
4.5. A nova leitura trazida pelo ECA	54
5. CONCLUSÕES	62
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65
7. APÊNDICE	69

1 - INTRODUÇÃO

O presente estudo discorrerá acerca do tema da publicidade abusiva infantil e seus eventuais desdobramentos. Esses poderão ser tanto de cunho jurídico, quanto social. Essa publicidade abusiva será observada preponderantemente em face da hipossuficiência da criança, não sendo esta plenamente capaz. Contrastando com os adultos, a mesma não possui o integral discernimento formado, estando numa relação ainda menos paritária do que já costuma ser o vínculo entre consumidor e fornecedor.

O tema da monografia em análise foi escolhido sobretudo por sua densa relevância jurídica e social. Casos relacionados a publicidade abusiva infantil são cada vez mais comuns em nossa sociedade. O fornecedor se aproveita de características inerentes da criança, como esta ser facilmente influenciável, para impulsionar as vendas de seus produtos e serviços. Com isso, tem-se a finalidade de trazer atenção para esse problema cada vez mais epidêmico, assim como o cuidado que o ordenamento jurídico pátrio deve ter em salvaguardar os direitos do menor exposto.

A publicidade, diferentemente do que se possa imaginar, não possui salvo conduto para anunciar o que desejar, sob o raso argumento do princípio da liberdade de expressão. Ela está obrigada a respeitar preceitos e convenções sociais, anteriores ademais de sua existência. Do mesmo modo ocorre com seus efeitos no caso concreto. Os anúncios publicitários devem observar uma série de princípios consagrados na nossa Constituição Federal, tais como a dignidade da pessoa humana¹, a intimidade², o interesse social, as instituições e os símbolos nacionais, as autoridades instituídas, assim como o núcleo familiar.³

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Art. 1º, III: “ A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana;”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19/10/2016.

² BRASIL. CRFB, 1988. Art. 5º, X: “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19/10/2016.

³ BRASIL. CRFB, 1988. Art. 226: “ A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19/10/2016.

Trata-se de um tema controverso, pois para alguns a liberdade publicitária não pode sofrer restrição. Para esses é como se a liberdade de publicidade estivesse contida na liberdade de expressão. Sendo a segunda direito essencial em qualquer democracia moderna, a primeira não poderia ser limitada. Todavia, veremos que não é assim que depreende a doutrina majoritária. Tendo a publicidade como objetivo basilar o aproveitamento econômico, a mesma não pode ser igualada a uma garantia fundamental como é o caso da liberdade de expressão, não sendo assim um direito vital para o indivíduo na sociedade.

Não se tem como escopo destacar a publicidade abusiva como um todo. Será ela definida em um primeiro momento para uma melhor familiarização do leitor com o texto. A seguir o trabalho terá como assunto principal a publicidade abusiva voltada para o público infantil. Compreende-se que esta é intrinsecamente carregada de ilegalidade em virtude da própria natureza da criança, uma condição extremamente vulnerável.

É ainda intento da monografia em questão elencar os mecanismos de controle da publicidade dirigida as crianças no Brasil. Esses já estão enumerados no nosso ordenamento jurídico e seus dispositivos. São eles, fundamentalmente, o Código de Defesa do Consumidor, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Bem como, compreende a matéria em análise as diversas, e por vezes diametralmente opostas, posições doutrinárias.

Além disso, reitera-se a importância de serem observados nossa sociedade e seus agentes, assim como seu gradual dinamismo, para além da lei em si. Deve ainda o Poder Público se preocupar em dar mais efetividade aos dispositivos legais já postos em nosso ordenamento positivado, uma vez que sua auto regulamentação não é um meio de todo eficaz, ou seja, não se rege sozinha.

Cabe salientar que não é o objetivo precípuo da presente monografia discutir sobre a importância da comunicação de massa para o desenvolvimento do mercado de consumo. Contudo, para a melhor compreensão desse fenômeno moderno, será de certo modo abordado seus desvios e abusos. Isso se faz imprescindível, pois os mesmos podem resultar em situações prejudiciais aos pequenos consumidores, agentes protagonistas desta pesquisa

acadêmica.

Sendo assim, a atual análise tem em seu exórdio um estudo acerca de questões técnicas relacionadas à publicidade, como também com algumas considerações históricas referentes a mesma. O conceito legal e doutrinário de publicidade também será objeto do presente trabalho. Será então inquirido o que vem a ser a publicidade abusiva. Posteriormente a abordagem ocorrerá no âmbito infantil, nosso tema central.

Será igualmente matéria de estudo a forma como vai incidir o CDC nesse fornecedor/publicitário de produtos e serviços, disponibilizados a partir de estratégias comerciais de cunho abusivo e que têm como destino o público infantil. Esses responderão de forma objetiva, tanto pela reparação dos danos gerados a essas crianças, como também aos danos causados a esses mesmos consumidores. Os danos serão referentes tanto aos serviços prestados, como pela omissão das informações, ou a distorção delas, sobre a fruição dos riscos do produto ou serviço comercializado.

É então, interesse principal do presente trabalho alertar para o fenômeno crescente da publicidade abusiva dirigida à criança que vem se convergindo em um problema cada vez maior e fora de controle. Dele derivam-se outros distúrbios sociais, como é o caso do consumismo infantil precoce e a dilatação de sua vulnerabilidade intrínseca. Deve-se buscar limitar ao máximo a publicidade de cunho abusivo através dos dispositivos jurídicos e dos agentes competentes, bem como, quando possível, ampliar esse leque de armamentos forenses.

2 – ASPECTOS GERAIS DE DIREITO DO CONSUMIDOR E NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO TEMA

2.1. A dinâmica básica da relação de consumo

Sobre o tema sintetiza Isabella Vieira Machado Henriques, autora da obra *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*:

De maneira simplificada, pode-se dizer que a relação de consumo importa uma prática comercial na qual o fornecedor oferece, fornece, produz, cria, monta, constrói, distribui, comercializa, vende, importa um produto ou presta serviço ao consumidor, que simplesmente pode ter sido exposto à sua oferta – como no caso da relação de consumo travada no âmbito da publicidade –, bem como pode tê-lo comprado, adquirido, utilizado, desde que o tenha feito como destinatário final.⁴

Depreende-se a partir do enunciado que para existir uma relação de consumo é necessário a presença de dois atores. De um lado o fornecedor,⁵ responsável por prover serviços e/ou disponibilizar produtos. No outro pólo, se encontra a figura do consumidor.⁶ Estes representam o elemento subjetivo da relação jurídica de consumo. Por sua vez, o serviço ou produto acima mencionados correspondem ao elemento objetivo da relação. Há ainda um terceiro elemento, que expressa o entendimento de que o consumidor nada mais é do que o destinatário final deste produto ou serviço disponibilizado na cadeia produtiva. A este elemento denomina-se finalístico. Cabe salientar que, não se fazendo presentes as figuras de fornecedor e consumidor na relação jurídica estudada, não será esta uma relação de consumo, não devendo assim serem aplicados os dispositivos da Lei N. 8078/90, popularmente

⁴ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Editora Juruá, 2006. P. 43.

⁵ BRASIL. CDC (1990). Art. 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 3/11/2016.

⁶ BRASIL.CDC (1990). Art. 2º: “ Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 3/11/2016.

conhecida como Código de Defesa do Consumidor, mas sim os do CC/2002.

2.2. O princípio da vulnerabilidade

O termo vulnerabilidade advém da condição de vulnerável. Segundo o dicionário da língua portuguesa Houaiss, vulnerável é aquele: “1- que pode ser fisicamente ferido 2- sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido ~ vulnerabilidade s.f.”. Sendo assim, podemos interpretar um indivíduo vulnerável como se tratando de alguém frágil, ou ainda referindo-se a uma pessoa que está mais propensa, em virtude de sua natureza, a ser vítima de um dano futuro.

Adentrando no campo jurídico, no que tange ao princípio da vulnerabilidade, o CDC expressa em seu art. 4º, inciso I:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo atendidos os seguintes princípios [...] reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.⁷

Enquanto isso para a doutrina, de acordo com Paulo Vasconcelos Jacobina, a percepção é de que:

Vulnerabilidade é o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação.⁸

⁷ BRASIL. CDC (1990). Art. 4º, I. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 3/11/2016.

⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. P. 96.

A partir dos eminentes enunciados entende-se que tanto a doutrina quanto o ordenamento jurídico pátrio reconhecem, com a redação da lei, a vulnerabilidade do consumidor dentro do mercado. Isso decorre da condição intrínseca do comprador em ser, via de regra, o pólo mais frágil da relação de consumo, em face do fornecedor de produtos e serviços.

No que alude as suas modalidades, a vulnerabilidade pode ser rateada em três categorias. A vulnerabilidade mais conhecida é a Socioeconômica. O consumidor por estar no pólo passivo detém usualmente um aporte econômico infinitamente menor do que aquele que corresponde ao pólo ativo da relação de consumo, onde se encontram os grandes conglomerados econômicos responsáveis pelo fornecimento tanto de serviços quanto de produtos. O segundo tipo compreende a vulnerabilidade Técnica. Após o surgimento das corporações de ofício, e o advento da Revolução Industrial nos séculos XVIII e XIX, o pólo passivo da relação consumerista passa a deter cada vez menos os meios de produção e, em conseqüência, ter uma influência menor na cadeia produtiva. Com isso, o fornecedor(pólo ativo) passa a ter um Know-How muito maior da produção, alocando o consumidor numa situação de vulnerabilidade. Há ainda a vulnerabilidade jurídica. Esta se caracteriza pelo fornecedor da relação de consumo ter um conhecimento mais vasto e acessível das questões jurídicas do que a grande maioria daqueles responsáveis por consumirem seus serviços e produtos.

Portanto, é deduzido como sendo a posição enquanto consumidor coercitiva ao estado de vulnerabilidade do indivíduo. A doutrina majoritária entende que a pessoa que se encontra no pólo passivo da relação consumerista goza automaticamente de todos os benefícios jurídicos que a legislação lhe dispõe. Cabe lembrar que uma parcela de autores interpreta de um modo levemente distinto. Para eles deverá ser observado, a luz do caso concreto, o estado econômico da pessoa, seja natural ou jurídica, para que se possa depreender sua vulnerabilidade. Entretanto, essa celeuma pode ser explicada a partir da confusão que existe entre os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, o que será mais bem iluminado no tópico a seguir.

2.3. O princípio da hipossuficiência

Em contraste com a vulnerabilidade, o princípio da hipossuficiência não está restringido a uma concepção estritamente jurídica. A definição em hipossuficiente concatena também com uma leitura do caso concreto. Seria a compreensão do que é aquele consumidor dentro daquela sociedade, além da função de comprador que exerce na relação consumerista. É necessário que se elucide se o indivíduo, enquanto no pólo passivo do vínculo de consumo, detém de meios ou de conhecimento específico que o auxiliem a viabilizar sua proteção em face à um eventual dano do qual ele venha a ser vítima. Em caso negativo, como acontece comumente, se tratará de pessoa hipossuficiente.

Isto posto, distingue a doutrina, com Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência:

Vulnerável é todo consumidor, *ope legis*. Hipossuficientes são certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da periferia. Percebe-se, por conseguinte, que a hipossuficiência é um plus em relação à vulnerabilidade. Esta é aferida objetivamente. Aquela, mediante um critério subjetivo, consumidor a consumidor, ou grupo de consumidores a grupo de consumidores.⁹

A partir do enxerto acima, apreende-se que qualquer consumidor, *ope legis*, é considerado, dentro de uma relação de consumo, vulnerável. De modo distinto, não é todo cliente que pode ser apontado como hipossuficiente. Para se alcançar uma classificação justa, é necessário que sejam contemplados certos extratos de indivíduos mais descobertos dentro de uma sociedade, bem como deverá ser feita a análise fática do caso concreto.

A hipossuficiência abrange duas categorias, podendo ser técnica ou fática. A primeira concerne na desproporção de entendimento informacional ou técnico entre fornecedor e consumidor. Isso resulta em um esforço demasiado que o comprador vai ter para comprovar o nexo de causalidade do dano que ele sofreu, dificultando a fixação de responsabilidade do provedor de produtos e serviços. A segunda modalidade, por sua vez, alude do cenário socioeconômico do consumidor em face daquele em que se situa o fornecedor. Refere-se, isto é, a discrepância tanto de viés monetário quanto de cunho social entre ambos.

⁹ BENJAMIN. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. P. 299.

2.4. O instituto da venda casada

Venda casada é um dos mais presentes tipos de prática comercial abusiva. É usada pelas empresas como recurso para que se obtenha a venda de um produto menos interessante, ou com menor apelo comercial, a partir de outro que seja possuidor de características mais atrativas. Por estar fora da margem das condutas lícitas permitidas pelo Direito aos fornecedores, ela dilata ainda mais a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo.

O instituto da venda casada encontra-se expresso, e terminantemente vedado, no CDC em seu art. 39, inciso I. Ele é inequívoco quando destaca que: "é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: condicionar o fornecimento de produto ou de serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;". O legislador busca através do supracitado dispositivo impedir que o consumidor que pretende adquirir um produto ou serviço que verdadeiramente deseja, seja obrigado a contrair o ônus comprando outro diverso, não sendo este de sua escolha, mas forçosamente determinado pelo fornecedor como exigência à fruição daquele tencionado.

Por seu turno, segundo a Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão ligado ao Ministério da Fazenda, a venda casada refere-se a:

Prática comercial que consiste em vender determinado produto ou serviço somente se o comprador estiver disposto a adquirir outro produto ou serviço da mesma empresa. Em geral, o primeiro produto é algo sem similar no mercado, enquanto o segundo é um produto com numerosos concorrentes, de igual ou melhor qualidade. Dessa forma, a empresa consegue estender o monopólio (existente em relação ao primeiro produto) a um produto com vários similares. A mesma prática pode ser adotada na venda de produtos com grande procura, condicionada à venda de outros de demanda inferior.¹⁰

Ao consumidor é, portanto, concedido a livre capacidade de escolha quanto ao que deseja consumir. Ao fornecedor, no que lhe concerne, é proibido por lei imperativa conjugar

¹⁰ BRASIL, Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Central de documentos: glossário. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em 18/11/2016.

a venda de produtos e serviços. Cabe bem como compreender que a venda casada é prática vedada independentemente de ela causar dano efetivo no caso concreto ao consumidor ou não. O Código de Defesa do Consumidor é uma norma de ordem pública que norteia as relações de consumo em prol da sociedade, devendo assim ser respeitado.

2.5. A oferta

Genericamente, oferta é um termo usado para designar qualquer prática comercial que tem como escopo induzir a atenção do consumidor, bem como para determinar aquilo que é fornecido pelo mercado. Do mesmo modo, refere-se à comunicação de bens e serviços, estando a figura do fornecedor em seu pólo ativo, contrastando, como de costume nesse tipo de relação, com a posição do usuário dos seus produtos e serviços. Também é comum fazer o uso do vocábulo oferta para informar um produto que possua uma condição de venda mais barata do que aquela conferida em um momento anterior pelo cliente.

Para fins jurídicos, o CDC estabelece oferta como sendo:

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.¹¹

A oferta se faz presente na frase pré contratual, ou seja, nas tratativas do acordo jurídico. Ela é uma ferramenta legítima à serviço do fornecedor para que ele possa potencializar os seus ganhos. A oferta contempla qualquer meio que o fornecedor usa para divulgar seu produto, objetivando a fruição do mesmo por parte de seu receptor. Um desses instrumentos é a publicidade, método que atinge de modo abrangente um amplo espectro de iminentes compradores, bem como igualmente corresponde a um dos motes deste trabalho.

2.6. A publicidade

¹¹ BRASIL. CDC (1990). Art. 30. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 3/11/2016.

Em termos gerais, publicidade refere-se a área de conhecimento responsável por transmutar um produto, um serviço, ou até mesmo um indivíduo, em algo/alguém célebre, comumente realçando seus predicados e aspectos positivos. Na pesquisa hodierna será abordada preponderantemente a publicidade que difunde bens e serviços a partir de suas campanhas. Não obstante, essas não deixam de atingir as pessoas, seja por terem elas como destinatário final, seja por que fazem uso de indivíduos em suas peças publicitárias.

Isabella Vieira Machado Henriques assevera acerca da publicidade e de sua conceituação. De acordo com Henriques:

O conceito de publicidade [...] pode ser sintetizado como sendo uma forma de oferta e, portanto, de prática comercial, que se vale dos meios de comunicação social de massa para difundir os benefícios e vantagens de determinado produto ou serviço, cujo consumo se pretende incentivar, perante o respectivo público consumidor potencial ou efetivo.¹²

Tecnicamente, a publicidade nada mais é do que uma categoria da própria oferta só que deve possuir, necessariamente, natureza econômica. Neste sentido, difere-se de outros tipos de oferta, como é o caso da propaganda que tem como propósito a apresentação de valores, costumes, ou idéias. A própria Isabella Vieira Machado Henriques em sua obra *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança* distingue os conceitos de propaganda e publicidade. Segundo a ilustre autora:

A propaganda- entendida no seu rigor terminológico- diferentemente da publicidade, que tem sempre natureza comercial, é considerada, como antes observado, uma técnica que visa difundir, por meio da propagação de princípios e teorias, sistema ideológico de conteúdo social, político, ético, moral, econômico ou religioso, sem caráter comercial.¹³

Não obstante, para fins de riqueza de vocabulário na presente investigação, será utilizado eventualmente o termo propaganda como sinônimo de anúncio, em razão de boa parte da doutrina e do ordenamento jurídico positivado assim o fazer, sem prejuízo do que se

¹² HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Editora Juruá, 2006. P. 36.

¹³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Editora Juruá, 2006. P. 37.

pretende comprovar. Um exemplo evidente é o CDC que em seus artigos 56 e 60 denomina a penalidade responsável por anular os efeitos da publicidade de natureza abusiva ou enganosa como contrapropaganda, e não como contrapublicidade, o qual seria, ao menos em um sentido técnico, uma escolha mais precisa.

A publicidade enquanto ciência é profícua quando se propõe, *verbi gratia*, em comunicar as pessoas a respeito da disponibilidade no mercado de novos serviços e produtos. Além disso, pode contribuir com os indivíduos na hora desses deliberarem quanto ao que vão consumir, facilitando na busca daquilo que for melhor atender suas necessidades, de acordo, inclusive, com critérios como o custo/benefício. Outrossim, fomenta o desenvolvimento da economia, expandindo o raio de participação dos seus negócios, bem como de suas transações, colaborando na criação de novas vagas de emprego.

Contudo, a publicidade também pode ser responsável por produzir inúmeras situações adversas. As campanhas publicitárias são capazes de guiarem as pessoas a agirem na compra de um produto em conformidade com estímulos irracionais, embasado em aspectos como a reputação da marca e o fetichismo que a mercadoria exerce sobre o indivíduo. Ao invés disso, os anunciantes deveriam se preocupar fundamentalmente em realçar as diferenças de preço e a qualidade do bem, se empenhando no bem estar do consumidor.

No atinente a modalidade, a publicidade pode ser classificada em duas. Ela pode ser uma publicidade institucional que é aquela que busca consolidar a marca de uma empresa. Ou ainda pode se tratar de uma publicidade promocional, que tem como atividade fim alavancar a venda de um produto, bem como a prestação de serviço de uma empresa. Um exemplo clássico de publicidade é o patrocínio no qual um agente contribui financeiramente para um segundo em troca de ter seu nome/marca publicizado(a).

Quanto à sua subordinação, a publicidade pode ter sua atividade regulada tanto pelo Estado, quanto pela esfera privada e seus respectivos agentes. No caso brasileiro adota-se uma Teoria Mista, ou seja, a publicidade é tanto controlada pelo Estado, seu ordenamento e dispositivos jurídicos, bem como por seus personagens do meio privado. O exemplo mais evidente de organização de sociedade civil com esse fim é o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, organização da sociedade civil que busca impedir a difusão de peças publicitárias e propagandas caso estas tenham carga enganosa, abusiva,

discriminatória e ofensiva. O CONAR também procura vedar a veiculação da publicidade que desconsidere os princípios estabelecidos nos dispositivos do ordenamento jurídico pátrio como, *verbi gratia*, a leal concorrência entre os anunciantes.

É importante registrar que a atividade publicitária junto dela traz uma responsabilidade intrínseca aos seus agentes veiculadores. Podem responder por dolo ou culpa: os fornecedores, os patrocinadores, veículos de comunicação, artistas e as agências de publicidade, que são aquelas encarregadas por todo o regime de preparação, elaboração e difusão das peças publicitárias. Os dois primeiros são os principais responsabilizados. Nos outros três casos é necessário que haja má fé, sendo desrespeitado o direito do consumidor, restando evidente que estes foram condescendentes com a prática abusiva. Reitera-se que agindo mais de um em conduta ilícita, todos aqueles que assim o fizeram responderão perante a justiça solidariamente pela reparação dos danos, que estão previstos nas normas de consumo.¹⁴

Por último, frisa-se que a publicidade só será lícita caso possua três elementos. O primeiro deles é a clara identificação¹⁵ para seu receptor. Uma publicidade camuflada é considerada ilegal. O segundo elemento é a veracidade, podendo esta ser gerada tanto pela ação quanto pela omissão do emissor. Uma publicidade sem este elemento converge-se em uma publicidade enganosa.¹⁶ O terceiro elemento é o da não abusividade. Este, se não contemplado, gera a publicidade abusiva¹⁷ que é aquela que encoraja a condutas transgressoras, maus comportamentos, ou mesmo que degenerem direitos, princípios e garantias consagrados pela CRFB/1988.

¹⁴ BRASIL. CDC (1990). Art. 7º, § único: “[...] tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 3/11/2016.

¹⁵ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Art. 36: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 3/11/2016.

¹⁶ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Art. 37, § 1º: “É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 3/11/2016.

¹⁷ BRASIL, Código de Defesa do Consumidor (1990). Art. 37, § 2º: “É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 3/11/2016.

2.7. A publicidade abusiva

De acordo com o CDC em seu art. 37 § 2º é abusiva: "[...] a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança". *In verbis*, a publicidade abusiva é aquela que possui em seu conteúdo carga de ilegalidade. O conceito de abusividade não está relacionado com o produto ou o serviço concedido, mas sim com os efeitos depreciativos que a propaganda possa causar ao seu receptor. A juíza Vanessa Cavaliere Félix da Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro, em entrevista cedida a presente monografia que pode ser encontrada no apêndice da hodierna obra, adverte que “o Código de Defesa do Consumidor coíbe essas práticas de forma genérica. Ele reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e o protege da publicidade abusiva e da propaganda enganosa”.

Nas palavras de Isabella Vieira Machado Henriques:

A publicidade é uma arte destinada a induzir alguém a consumir algo, e, para tanto, vale-se de apelos emocionais. É, de fato, instrumento de manipulação de preferências e de criação de necessidades, estas às vezes além das expectativas dos indivíduos. Por isso, em razão de sua própria definição, pode a publicidade ser sempre considerada potencialmente abusiva.¹⁸

Segundo o reconhecido autor Paulo Vasconcelos Jacobina, em sua obra “a publicidade no direito do consumidor”, a potencial configuração de ilícito decorre do fato de a publicidade:

[...] nesse afã de despertar desejos e necessidades, muitas vezes não se detém em considerações de ordem ética, moral ou social, atropelando valores culturais para vender produtos ou serviços, ou mesmo aproveitando a inexperiência da criança ou de outras classes de consumidores com baixa capacidade crítica.¹⁹

¹⁸ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Editora Juruá, 2006. P. 76.

¹⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. P. 95.

É importante realçar que não se faz necessário a produção de dano real por parte da publicidade em face do consumidor. Uma ofensa concreta, ou mesmo a potencialidade para que ela ocorra, por meio do anúncio, já caracteriza essa carga de ilegalidade. Todas as práticas com essa faculdade se encontram categoricamente vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Caso, *verbi gratia*, a publicidade veiculada tenha conteúdo discriminatório, sendo este de qualquer natureza, será considerada publicidade abusiva. Do mesmo modo, um anúncio que tenha caráter violento, estimulando no seu receptor sentimentos desagradáveis, tais como a fobia, o medo, ou ainda caso o incentive a atos que possam prejudicar a si, a terceiros, ou mesmo à preservação do meio ambiente, também será caracterizado como sendo publicidade abusiva. Bem como uma divulgação publicitária que tenha como atividade fim polemizar, estando a celeuma carregada de conteúdo discriminatório, também será considerada publicidade abusiva.

São inúmeros os exemplos de campanhas publicitárias com carga abusiva. Os anúncios publicitários com caráter deformador podem assim serem classificados, bem como, mesmo que de modo tácito, aquelas propagandas que veiculam preconceitos. A publicidade imoderada e de cunho ilegal é capaz de reproduzir estereótipos de minorias ou de demais grupos que historicamente estiveram alocados à margem da sociedade, sendo discriminados e com seus direitos restringidos. Um exemplo evidente é o da mulher, que em muitas peças publicitárias, como ocorre nas propagandas de cerveja, é rotulada como desprovida de grande saber e subordinada ao homem e seus anseios, tendo como principal predicado, o qual é reiteradamente exaltado, a sua beleza.

É ainda indispensável salientar que a publicidade para não se convergir em abusiva jamais deverá ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. Encontra-se expresso na CRFB/1988 em seu artigo 1º, inciso III que: "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: A dignidade da pessoa humana;". Ainda que o tema da dignidade possa vir a ser assunto de debate, seu campo de existência não se dá no mercado de consumo, mas sim em áreas acadêmicas ou científicas. Ou seja, quando se viola o princípio da dignidade da pessoa humana deve-se compreender que se lesa,

igualmente, o Estado Democrático de Direito e seus alicerces.

É válido destacar também que o CDC, em seu art. 6º inciso IV, expõe: "São direitos básicos do consumidor: IV- a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;". Cabe enfatizar que a publicidade com carga de abusividade não tem obrigatoriamente correspondência direta com o bem ou serviço publicizado. Essa relação ocorre com os desdobramentos da propaganda que venham a ser responsáveis por produzirem incômodo, embaraço, ou outros impactos negativos ao consumidor.

Por último, recapitula-se que a proteção dos consumidores face à publicidade abusiva, para ser plena e eficaz, deve ser ajuizada na esfera extrajudicial. Caso também seja possível ou necessário é importante que se interceda na esfera judicial, dado que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de um sistema plural e confuso, num primeiro momento, que une ambos os aspectos, sendo imprescindível para reparar e refrear riscos de danos gerados aos consumidores.

3 – A PUBLICIDADE ABUSIVA INFANTIL: O SURGIMENTO, SUAS CAUSAS, AGENTES, E EFEITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

3.1. Digressão histórica da publicidade

A publicidade, em sentido amplo, existe desde quando o homem inventou a escrita, para exprimir suas idéias e sentimentos. Entretanto, a propaganda nos moldes que conhecemos nos dias de hoje despontou em meados do século XVII, na Inglaterra. Nos jornais da época começaram a surgir anúncios divulgando a venda de bens e serviços. Desde de então, com a proliferação dos periódicos e o advento das grandes mídias contemporâneas, como o rádio, posteriormente a televisão, e mais recentemente a internet, que a publicidade veio a se tornar uma importante e influente indústria, responsável por movimentar enormes quantias em dinheiro, bem como passando a deter a habilidade em influenciar cada vez mais as pessoas.

Foi contudo na virada do século XVIII para o XIX, após o início da revolução industrial, aquele que podemos apontar como o marco para o primeiro impulso da publicidade na sociedade moderna. Na mesma Inglaterra, se tornou habitual encontrar nos jornais cerca de 50 anúncios por edição. Nos Estados Unidos, as peças publicitárias também passaram a fazer parte de periódicos. Entretanto, como ainda não havia regimento que regulamentasse a atividade publicitária, não era incomum se deparar frente a anúncios com conteúdo enganoso, prejudicando o receptor da notícia com boa fé.

O apogeu da publicidade ocorreu no século XX. A produção em grande quantidade, fomentada nas décadas anteriores, resultou em um excedente que necessitava ser comercializado para cobrir os custos e as despesas. Da produção industrial em massa surgiu o fenômeno da publicidade em massa, essa também destinada a um infindável quórum de pessoas, na tentativa de vender o máximo de produtos que a eminente indústria era cada vez mais capaz de produzir.

A publicidade foi desde então sendo imputada de uma natureza dicotômica. Ela pode ser bastante construtiva, alegrando a vida das pessoas e se preocupando unicamente em assumir um caráter espirituoso, animado e agradável, sempre respeitando princípios éticos e morais. É

só lembrar que determinadas peças publicitárias vêm se convertendo em importantes obras de arte popular com fulgor e impulsos singulares. Em contrapartida, a publicidade também foi sendo igualmente atribuída, por intermédio dos seus agentes, um feitiço depreciativo. O grande exemplo hodierno é o fato de ser usada como uma ferramenta a serviço do consumismo acentuado, responsável por fabricar na cognição dos indivíduos necessidades por produtos que em prática são absolutamente prescindíveis.

O marketing gerado pelas grandes mídias, como a televisão e, mais recentemente, com o advento da internet, vem sendo um dos grandes responsáveis pela mudança da atuação e da atitude da publicidade nas últimas décadas. A publicidade de uma mera ferramenta passou a ser uma personagem ativa dentro da sociedade, transformando hábitos e costumes, criando modismos, e tendo um importante papel nos desdobramentos da economia a nível mundial. Como bem rememora Isabella Vieira Machado Henriques, a publicidade participou, coordenadamente com os mais diversos movimentos sociais, de acontecimentos históricos tais como “o movimento *hippie*, o uso da calça jeans, a cultura do *rock’n’roll* e até mesmo a revolução feminina”.

No Brasil, a publicidade se iniciou mais tardiamente se comparado aos Estados Unidos da América ou aos países europeus. Os primeiros anúncios começaram a surgir nos jornais somente depois da segunda metade do século XIX, quando o país já era independente da coroa portuguesa. Na centúria seguinte, com a radiodifusão e, posteriormente, com a implantação da televisão, foi possível perceber que as agências publicitárias eram as verdadeiras responsáveis por definir as programações que seriam veiculadas, tanto na rádio, quanto nas emissoras televisivas. O advento dessas mídias se pautou em atender preponderantemente os interesses comerciais da pujante indústria da publicidade e da propaganda, e não a valores educativos e culturais, como assim deveria ser. Uma comprovação evidente do que foi mencionado refere-se ao fato de diversos programas de meados do século passado levarem os nomes de seus anunciantes. Um manifesto exemplo é o Repórter Esso, noticiário originalmente transmitido no rádio em 1941 que migrou, simultaneamente, para a televisão, a partir dos anos 50. O Repórter Esso foi assim batizado em virtude de ser patrocinado pela empresa americana Standart Oil Company of Brazil, também denominada como Esso do Brasil.

Destaca Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin a respeito do fenômeno da

publicidade, seus impactos na sociedade, e do desafio que ela passou a representar para o Direito e seus operadores:

A publicidade é, sem dúvida, um dos mais importantes fenômenos deste século. Uma verdadeira indústria, movimentando fabulosas quantias e expectativas. Ao lado do sonho e dos benefícios que com ela vêm, a publicidade é portadora de toda uma problemática própria, lesiva aos consumidores, desagregadora do bom funcionamento do mercado e desafiadora para o Direito.²⁰

Na primeira metade do século XX, em função do aludido crescimento da indústria da publicidade e da propaganda, foi preciso que os Estados, cada um dentro de sua soberania, começassem a normatizar a atividade publicitária. A acelerada expansão da difusão de anúncios e comerciais sem qualquer restrição até então, somada a consolidação do rádio e o consecutivo surgimento da televisão, fez com que os países passassem a ter uma preocupação com esse alastramento descontrolado dessas campanhas, bem como em regulamentar os veículos responsáveis por essa infrene propagação.

É importante registrar que essa regulamentação jamais se deu de modo uniforme. Em certos países os regimentos foram mais comedidos e moderados, enquanto em outros houve um rigor maior por parte dos seus ordenamentos jurídicos. Um exemplo de país em que a publicidade é controlada de maneira mais restritiva corresponde a Suécia, onde, *verbi gratia*, é vedado integralmente qualquer anúncio que tenha como destinatário final a criança. Isso é fruto de os operadores do Direito daquele país julgarem a proteção dada ao consumidor uma prioridade absoluta, até mesmo mais significativa que o princípio da liberdade da mensagem publicitária.

3.2. A publicidade abusiva dirigida à criança

O surgimento e a conseqüente popularização das principais mídias informativas,

²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *O controle jurídico da publicidade*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo n. 9, janeiro/março, 1994. P. 25-27.

mencionadas anteriormente, demandou do Estado e seus agentes novos cuidados a partir dos ilícitos praticados por esses emergentes canais. O largo alcance da televisão somado ao crescimento de fatores da sociedade moderna, como o capitalismo e a globalização, fez com que as crianças, inclusive, passassem a ser alvos, bem como já eram os adultos, visados pelas empresas e campanhas publicitárias. As crianças não só constituem um mercado novo e atraente de consumo, mas também são um meio para que se alcance o próprio público adulto.

As empresas acabaram reconhecendo essa realidade econômica. Ator econômico de primeira classe, a criança é considerada cada vez mais responsável nos mecanismos de consumo [...] Seu poder de compra é considerável, quer este seja consequência, diretamente, do dinheiro da mesada que as próprias crianças gerenciam, seja indiretamente por intermédio de pedidos acolhidos. Trata-se de uma população fortemente influenciadora, participante das decisões de compra de produtos e serviços que lhe dizem respeito diretamente ou que fazem parte do conjunto familiar. [...] A introdução de personagens atrativos ao público infantil em embalagens de produtos ou de personagens licenciados que fazem sucesso entre os pequenos nos mais diferentes produtos contribui para que a criança seja atraída e induzida a querer determinado produto, não pela sua qualidade ou características nutricionais, mas para garantir a obtenção do brinquedo. Não raro, as crianças pressionam seus pais para que adquiram certo produto que viram na televisão ou que contém determinado personagem como — anunciante. O posicionamento das crianças de pedir insistentemente um produto é responsável por muitos desgastes familiares e sociais. Essa estratégia é, altamente recomendada entre os publicitários para impulsionar a venda de determinados produtos.²¹

Do mesmo modo que ocorre com a publicidade abusiva dirigida a um público indeterminado, aquela que tem como destino em específico a criança é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A criança por sua condição intrínseca de hipossuficiência deve ser, com auxílio dos operadores do Direito, detentora de uma proteção prioritária e absoluta.

Com o acima exposto, consubstancia Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários. O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados.²²

²¹ MONTIGNEAUX, Nicolas. *Público-alvo: crianças – a força dos personagens e do marketing para falar com o consumidor infantil*. Rio de Janeiro: Campus, 2003. P. 17-18.

²² BENJAMIN. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. P. 299-300.

É de fácil evidência essa hipossuficiência acentuada da criança na relação de consumo e nas campanhas publicitárias que dela derivam. Presume-se um adulto médio como sendo, usualmente, o mais vulnerável num vínculo comercial. Isso emana do seu menor conhecimento, tanto de propriedade técnica quanto de natureza forense, defronte qualquer empresa que detenha um corpo jurídico assessorando-a com remédios judiciais e contratuais. Analogamente, o que poderá ser dito de uma criança, a qual ainda não possui capacidade de fato. Tendo pouco conhecimento de mundo, das suas relações sociais e interpessoais, nada saberá sobre documentos contratuais e, o mais valioso, o quanto estará sendo prejudicada, tendo em vista sua boa fé inerente.

De acordo com o autor Michael R. Solomon em sua obra “O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo”: "as defesas cognitivas das crianças ainda não estão suficientemente desenvolvidas para filtrar apelos comerciais [...] e não necessariamente entendem a intenção persuasiva dos comerciais - ou que eles são pagos". Consoante com Solomon, a juíza Vanessa Cavalieri Félix assegura que “as crianças são evidentemente mais vulneráveis a esse tipo de prática abusiva [...] são incapazes de perceber o que é uma estratégia de marketing e o que é de fato a realidade”.

A juíza Vanessa acentua que “a publicidade abusiva é uma realidade no Brasil. Frequentemente a gente vê propagandas enganosas ou publicidades abusivas nos principais meios de comunicação, como a televisão, em revistas, e na oferta dos mais diversos produtos”. Contudo ela ressalta, em tom de desânimo, se debruçando em específico no tocante as crianças que “não é comum vermos na justiça ações questionando a publicidade abusiva direcionadas às crianças, especificamente”.

Resta ainda evidente a publicidade como sendo mais abusiva por se beneficiar da deficiência de julgamento e inexperiência da criança. Em síntese, da sua praticamente nula capacidade de discernir e de refletir daquilo que está assistindo e por ventura consumindo. Uma campanha publicitária dirigida à criança com carga abusiva pode impelir que ela aja contra sua própria integridade física e/ou saúde. Ademais, um anúncio imoderado poderá causar, em casos mais graves, dano futuro à criança de caráter irreversível.

Segundo Susan Linn:

A cultura do marketing que permeia todas as nossas comunidades, da mais pobre à mais rica [...] compete com os valores familiares dentro das mentes, almas e corações das crianças. [...] Hoje, a cidade que educa nossos filhos foi transformada pela mídia, uma força onipresente movida pelo comercialismo em toda a nossa vida. Isso significa que as crianças são bombardeadas da manhã à noite com mensagens produzidas não com o objetivo de tornar suas vidas melhores, mas de vender alguma coisa. A publicidade claramente influencia as coisas que as crianças pedem – se não fosse assim, é claro que as empresas não gastariam tanto dinheiro com isso.²³

É indispensável destacar que qualquer publicidade e/ou anúncio de natureza ambígua que tenha como destinatário final a criança violará, de modo idêntico, o princípio da identificação da mensagem publicitária, expresso incontestavelmente no art. 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Segundo este dispositivo “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”.

O anúncio de caráter abusivo designado ao menor configura-se equitativamente ilegal em virtude das crianças não serem capazes identificar o que a publicidade objetiva não só representar, mas também o escopo mercadológico que ela tem a partir das suas propagandas. Essa dificuldade em incorporar o que lhe é transmitido provém como já mencionado do discernimento delas ainda não se encontrar em um estágio pleno de evolução.

A campanha publicitária, com a finalidade de não se convergir em abusiva, pode seguir certas regras básicas. Primeiramente, é de suma importância que contemple os traços psicológicos da criança. É, bem como, indispensável que se observe características inerentes a sua condição. São elas a sua inocência, a confiabilidade que ela tem com aquele que a assiste, sua incapacidade, em sentido amplo, bem como o senso de lealdade com um terceiro. Outro cuidado que os anúncios devem ter é em se preocupar extremadamente com a integridade física da criança. Por fim, os anunciantes devem procurar guiar suas peças publicitárias voltadas às crianças, ou ainda aquelas que fazem o uso das mesmas, a partir de condutas de boas maneiras que respeitem preceitos éticos e morais.

Cabe por último destacar que, em uma decisão histórica do dia 10 de março de 2016, a 2ª turma do STJ determinou pelo impedimento da publicidade de alimentos dirigida às crianças. A ação civil pública do Ministério Público de São Paulo, movida em conjunto ao

²³ LINN, Susan. *Crianças do consumo: a infância roubada*. São Paulo: Instituto Alana, 2006. P. 56- 57.

instituto Alana, considerou a peça publicitária “É hora do Shrek”, veiculada pela empresa Bauducco(pertencente ao grupo Pandurata Alimentos Ltda), como saturada de ilegalidade. Segundo a ação, trata-se de evidente situação de venda casada, por estabelecer a aquisição dos relógios de pulso ofertados na propaganda a partir da conjugação de cinco embalagens dos produtos “Gulosos”, ainda somados à quantia de R\$5,00. Ademais, descreve o referido Recurso especial que o comercial aparece carregado de abusividade, fazendo o uso na campanha do ogro Shrek, bem como de seus amigos, todos oriundos de um desenho, e, com isso, influenciando no arbítrio da criança.

Cabe sobrelevar o parecer do ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, autor recorrentemente utilizado na hodierna pesquisa, e que também é tido como grande autoridade no tribunal em Direito do Consumidor, tendo inclusive participado da redação do CDC. Seu voto se deu consoante ao do ministro relator, exprimindo:

O julgamento de hoje é histórico e serve para toda a indústria alimentícia. O STJ está dizendo: acabou e ponto final. Temos publicidade abusiva duas vezes: por ser dirigida à criança e de produtos alimentícios. Não se trata de paternalismo sufocante nem moralismo demais, é o contrário: significa reconhecer que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos é dos pais. E nenhuma empresa comercial e nem mesmo outras que não tenham interesse comercial direto, têm o direito constitucional ou legal assegurado de tolher a autoridade e bom senso dos pais. Este acórdão recoloca a autoridade nos pais.²⁴

A egrégia turma concluiu de forma unânime pela abusividade da campanha publicitária. Esta foi considerada ilegal, pois condicionava a aquisição de um relógio de um personagem infantil a partir da compra de cinco biscoitos. Concordaram igualmente todos os ministros presentes que este tipo de propaganda em face das crianças, indivíduos indiscutivelmente hipossuficientes, ofende a CRFB/1988 e o Código de Defesa do Consumidor.

3.3 As conseqüências danosas da publicidade abusiva em face da criança hipossuficiente

²⁴ Resp nº 1558086/SP(2015/0061578-0) autuado em 31/03/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500615780>. Acesso em 25/11/2016.

A publicidade dirigida à criança como um todo, ainda mais a abusiva, pode gerar um inúmero de efeitos danosos e adversos. Esses são capazes de reproduzir incontáveis e gravosas conseqüências à saúde e à integridade física do menor. São, bem como, agravadas pela condição inerente de exacerbada hipossuficiência da criança, estabelecida devido a sua limitada capacidade de juízo frente a aquilo que lhe é apresentado.

A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em conseqüência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo.²⁵

Indubitavelmente, os principais impactos relacionam-se com a formação da criança como cidadão, futuro agente transformador dentro de uma sociedade. Em tempos de adventos de novas mídias, e solidez das já presentes, associados a um consumo desenfreado, a publicidade tem a capacidade de moldar traços de personalidade e caráter, bem como determinar valores e costumes. A criança, em virtude da qualidade do seu estado de indivíduo em desenvolvimento, estará mais vulnerável ante essa tentativa de padronização de características, hábitos e modismos impostos pela mídia. A juíza Vanessa Cavalieri Félix exemplifica o fato de as crianças serem indivíduos facilmente influenciáveis demonstrando que “quando elas vêem [...] uma menina que coloca um sapato e começa a sair estrelinha, a menina é automaticamente transferida para um mundo de fantasia [...] elas realmente acreditam que se colocarem aquele sapato aquele mundo de fantasia vai surgir ao redor delas”.

Observa-se ainda a incubação de sentimentos igualmente negativos. Um exemplo bem notório do século XXI é o acréscimo de ansiedade, absolutamente desnecessária, provocada nas crianças a partir da propaganda abusiva voltada a esse público. Por recurso dessa, difundida preponderantemente através da televisão, o público jovem é instigado a adquirir produtos, como brinquedos e/ou outros serviços. Uma não aquisição desses artigos anunciados origina, bem como, insatisfação, abatimento, frustração, tristeza, dentre outras emoções depreciativas. De mais a mais, em decorrência, pode produzir um pleno desgaste nas relações intra-familiares, tendo em vista o comportamento obstinado, tanto de meninas quanto

²⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e in GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. P. 343.

de meninos, para que seus respectivos responsáveis comprem os produtos veiculados nos diversos meios midiáticos.

Outro ponto diz respeito aos crescentes casos de obesidade infantil. Lanches gordurosos acompanhados de bebidas gaseificadas têm cada vez mais como alvo principal às crianças. Grandes empresas buscam, por recurso da publicidade, vincular seus alimentos a estados de espírito positivos, tais como, por exemplo, a felicidade e a euforia. Ocorre que boa parte desses reúne fartos índices calóricos, bem como a carência de nutrientes. Além disso, denota-se, em certos casos, um segundo tipo de ilicitude. Como mecanismo para que se obtenha a venda da guloseima ou do refrigerante anunciado, o fornecedor procura atrelar o produto a um brinquedo. Ou seja, condiciona-se a consecução de uma mercadoria com a compra de outra, o que é desautorizado pelo CDC, como bem destaca seu artigo 39, inciso I. De acordo com o mesmo "é vedado[...] condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos".

É importante, contudo reforçar, consoante com o problema acima mencionado, que a justiça brasileira vem cada vez mais combatendo os ilícitos dirigidos a criança de modo efetivo. Numa sentença de 2010, o STJ estabeleceu a cumulação na Justiça Federal das ações civis públicas propostas ante as redes de lanchonetes Mc Donald's, Bob's e Burger King, em virtude da venda casada de lanches de fast food condicionadas a brinquedos. A Justiça estadual de São Paulo e a Justiça Federal tratam de analisar ações similares propostas pelos Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal.

Segue abaixo os dados do supracitado caso:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 112.137- SP(2010/0089748-7)

RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA

ADVOGADO: MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL E OUTROS(S)

RÉU: BURGER KING DO BRASIL ASSESSORIA E RESTAURANTES LTDA

ADVOGADO: PAULO BEZERRA DE MENEZES REIFF E OUTRO(S)

RÉU: VENBO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RÉU: VENBO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA

SUSCITANTE: VENBO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA

ADVOGADO: FLÁVIO CANCHERINI E OUTRO(S)

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 18ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL

DE SÃO PAULO- SP
EMENTA

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PROPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. CONSUMIDOR. CONTINÊNCIA ENTRE AS AÇÕES. POSSIBILIDADE DE PROVIMENTO JURISDICIONAIS CONFLITANTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A presença do Ministério Público Federal, órgão da União, na relação jurídica processual como autor faz competente a Justiça Federal para o processo de julgamento da ação(competência 'ratione personae') consoante o art. 109, inciso I, da CF/88.
2. Evidenciada a continência entre a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em relação a outra ação civil pública ajuizada na Justiça Estadual, impõe-se a reunião dos feitos no Juízo Federal. 3. Precedentes do STJ: CC 90. 722/BA, Rel. Ministro José Delgado, Relator p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ de 12.08.2008; CC 90. 106/ES, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ de 10.03.2008 e CC 56. 460/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 19.03.2007.
4. DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA O JULGAMENTO DE AMBAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS.
5. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.²⁶

Pode-se inquirir bem como, nesta gama de problemas elencados, neste caso uma disfunção social, a erotização precoce que a publicidade exerce nas crianças. Um claro exemplo concreto do acima exposto é a constatação em nosso dia-a-dia de meninas, com seus cerca de 10 anos completos, vestidas, calçadas e, quando não, também maquiadas, como se já fossem uma mulher em fase adulta. Do mesmo modo, essa mentalidade avançada pode reproduzir ainda a essas jovens preocupações impróprias para sua idade, como a busca pelo corpo perfeito que corresponde, usualmente, a estrutura magra. Esse encurtamento da infância encontra alicerce no poder da mídia, que detém a faculdade de ditar comportamentos e modismos, os quais já podiam ser verificados nos adultos de décadas anteriores.

Ainda relacionado com o que foi abordado no parágrafo acima, pode-se evidenciar dois efeitos extremamente danosos à saúde do menor, motivados pela procura incessante do ideal físico apregoado pela mídia. São conseqüências desse sistema a bulimia e a anorexia. Referem-se a distúrbios alimentares em que o individuo teme pelo ganho de peso. No primeiro oscila-se a ingestão exagerada de alimentos com a consecução de episódios de vômito para compensar esse exagero. Já no segundo, o subconsciente da pessoa produz uma

²⁶ Íntegra da decisão, incluindo a Ementa, o Relatório, o Voto, e o Acórdão. Disponível em: <<http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/pbl/VisualizaNoticia.do;jsessionid=EA53BC470FD9E9AED930A0B369FEF0A3?noticia.idNoticia=774>>. Acesso em 13/11/2016.

falta de apetite que a induz para um estado de extrema magreza.

4 – O PAPEL DA LEI E DOS ORGÃOS REGULADORES EM IMPEDIR A PUBLICIDADE ABUSIVA CONTRA O MENOR HIPOSSUFICIENTE

4.1. A essencialidade correlata em se regular a publicidade com a proteção da criança frente à propaganda com conteúdo abusivo que lhe é dirigida

No presente estudo é essencial a compreensão daquela velha máxima que diz que a sociedade não é uma constante. Mesmo os hábitos, os costumes e as tradições mais consolidados estão sujeitos a mutações dentro da história. Similarmente, mecanismos que resguardavam outrora um grupamento social podem tornar-se obsoletos, não apresentando mais a eficácia de proteger os fins a que se propunham.

Justamente pelo progressivo dinamismo de uma comunidade, bem como dos seus agentes e instituições, converge-se função imperiosa dos operadores do Direito em observar atentamente a este desenvolvimento. Devem buscar atender as expectativas sociais, sejam elas de natureza individual ou coletiva, elaborando normas jurídicas que amparem integralmente a população, dentro de preceitos já consagrados e indiscutivelmente legais.

É necessário, portanto, que se faça um controle da publicidade, sendo considerada esta restrição uma importante ferramenta social, com o intento de limitar a transmutação de certas condutas. Isso decorre da condição da criança, indivíduo excessivamente vulnerável, que deve ter determinados comportamentos preservados. O CDC coloca à disposição do consumidor inúmeros recursos. Em relação ao fenômeno da publicidade e seus desdobramentos ilícitos existem três níveis jurídicos em que o indivíduo que se encontra no pólo passivo da relação de consumo pode buscar amparo. Um primeiro mecanismo seria a possibilidade de o comprador auferir indenização de natureza patrimonial, bem como de propriedade moral, pelos danos dos quais ele for vítima. Uma segunda medida protetiva corresponde a execução de sanções administrativas. Por fim um terceiro caminho seria a imputação de sanções penais ao fornecedor ou o anunciante que agiu inadequadamente.

No que concerne a publicidade abusiva infantil, o âmago da matéria reside na capacidade do agente e na sua situação de extrema vulnerabilidade. Igualmente, qualquer

publicidade e ou propaganda que lhe seja dirigido viola o princípio da identificação da mensagem publicitária. As crianças não conseguem identificar a publicidade ou o que ela busca representar, posto que o discernimento delas ainda não figura em um estágio pleno de evolução. A criança não possui consciência de que está sofrendo uma prática ilegal, nem do mal que os efeitos da abusividade, hodiernos ou tardios, causam nela, ficando inerte no que se refere a postular em favor de sua própria defesa. A juíza Vanessa Cavalieri Félix considera que “é imperioso a sociedade proteger essas pessoas vulneráveis de uma idéia falsa de que a mídia tenta inculcar de que o encarregado por trazer felicidade para a vida delas será aquilo que elas conseguirem comprar”.

Frisa Maria Berenice Dias acerca do caráter e da imprescindibilidade da proteção integral da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro:

A Carta Constitucional assegura a crianças e adolescentes (CF 227) direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados com absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/1990), microssistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores com sujeitos de direito. O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.²⁷

Consoante com o cuidado que a publicidade deve ter com a criança, indica a autora Isabella Vieira Machado Henriques:

[...] a publicidade dirigida à criança deve ter limites restritos porque a criança, diferentemente do adulto, não possui discernimento para compreendê-la em sua magnitude. Para a criança é mais difícil, até mesmo, reconhecer a mensagem publicitária como prática comercial que é, ainda que não seja clandestina, subliminar ou disfarçada. Ao contrário do adulto, que possui mecanismos internos para compreender diversas artimanhas utilizadas pela publicidade, a criança não tem condições de se defender dos instrumentos de persuasão criados e utilizados pela tão poderosa indústria publicitária. Deve, por isso, ser cuidadosamente protegida.²⁸

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 68-69.

²⁸ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Editora Juruá, 2006. P. 145.

Em virtude dessa natureza da criança de indivíduo ainda em desenvolvimento, o ordenamento jurídico pátrio, por meio da CRFB/1988, assegura-lhe uma tutela individualizada. Essa tutela jurisdicional diferenciada simboliza a devida materialização do princípio da igualdade no que representa uma abordagem igualitária aos iguais e distinta de acordo com as particularidades de cada um, bem como de cada grupo de pessoas. Esse tratamento especial se dá consoante a condição em que a criança se encontra, no caso de cidadão em formação, permitindo-a que seja integralmente salvaguardada.

Para evitar impactos prejudiciais à criança, a publicidade que lhe é dirigida deve buscar guiar seus anúncios a partir de certos fundamentos. As campanhas publicitárias destinadas às crianças e aos jovens necessitam ter um cuidado singular com suas características psicológicas. De mais a mais, têm que considerar, especialmente no caso da criança, as características intrínsecas à sua condição, nomeadamente sua inexperiência e candura.

Não é admitido que a publicidade se estruture a partir de certas premissas. É desautorizado, *verbi gratia*, em caso de não aquisição do produto ou serviço pelo menor, que a mensagem dissemine, de modo tácito ou não, sentimento de baixaza perante os demais. De modo similar não é permitido que se instigue a criança a desprezar os outros, sejam essas outras crianças, seus pais, avós, tios, ou terceiros.

Outro cuidado refere-se a difusão de crianças nas próprias propagandas. As ações e os padrões indicados por menores que trabalhem em peças publicitárias não devem evidenciar condutas sociais transgressoras, bem como denotar deformidades de caráter psicológico. Igualmente, é exigido que o anúncio proporcione a completa integridade física do menor, da mesma maneira que seu roteiro deve ser concebido a partir dos limites da decência e do decoro social.

De acordo com o *caput* do art. 70 do ECA “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”. Recomenda-se assim o ordenamento jurídico pátrio que a todos é dever de buscar intermediar, dentro de suas possibilidades, a viabilização do amparo integral da criança, assim como do adolescente. A sociedade brasileira e as entidades de defesa do consumidor, públicas ou privadas, dispõem de

um papel determinante na resolução do problema que é a publicidade abusiva destinada ao menor hipossuficiente. Todas elas têm uma função reguladora, podendo ser em maior ou menor escala. Todavia, muito mais do que estatuir regras, tanto entidades como opinião pública, têm o dever de pressionar os órgãos competentes a tomarem providências quanto aos abusos da publicidade voltada para as crianças.

Pode discordar a doutrina se existe algum meio legal de se proibir esse tipo de prática, ou se não poderia esbarrar até em premissas maiores como a liberdade de imprensa e expressão. Resta, inclusive, evidente a existência da divergência entre a defesa à livre expressão do pensamento e a prerrogativa da criança de ser protegida contra a publicidade abusiva que lhe é dirigida. Entende-se ser necessário que o princípio da liberdade²⁹ algumas vezes seja mitigado para que se garanta a proteção integral da criança e demais princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana³⁰ e o da igualdade.³¹

Os operadores do direito devem sempre agir em conformidade com o princípio da prioridade absoluta à criança, assegurado tanto pelo ECA quanto pela CRFB/1988. A tarefa deve ser buscar meios para que se exclua a propaganda com conteúdo apelativo que afete integridade psicofísica do menor hipossuficiente, ou ludibrie de sua boa fé. Isto é, o ordenamento jurídico e as autoridades competentes necessitam ter primordialmente como escopo eliminar aquela campanha comercial que conserve em seu conteúdo uma carga de abusividade.

Se converge também em imperiosa essa preocupação com o fato de a publicidade, a partir dos seus anúncios, dispor cada vez mais da capacidade em delinear os traços de personalidade da criança. É papel do Direito afastar a associação do consumo a conceitos que infiram que a criança por portar determinado produto converge em um ser superior a aquele

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil(1988). Art. 5º, IX: “ É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19/10/2016.

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil(1988). Art. 1º, III: “ A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana;”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19/10/2016.

³¹ BRASIL. CRFB(1988). Art. 5º, *caput*: “ **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito [...] à igualdade**”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19/10/2016.

que não o detém. Os anúncios voltados ao público infantil não podem conter situações que transmitam a idéia de que alguém pode ganhar prestígio com a compra de determinado produto, elevando-a até, como ocorre em certos casos, dentro de uma hierarquia social. Igualmente, a legislação deve rechaçar a publicidade que influencie na incorporação de valores controversos, como a erotização do menor ou a prática de maus hábitos que atentem contra sua saúde ou integridade física.

Como já dito, uma preocupação fundamental deve ser canalizada aos anúncios que tenham crianças contidas em suas propagandas. As crianças não podem sobretudo estarem veiculadas à práticas ilícitas. Semelhantemente, é vedado que sejam apresentadas de modo contrário às regras gerais de comportamento social. Não deverão ainda assumir no anúncio correspondente caráter violento, ou ainda estarem inseridas em situações perigosas que venham a por em risco sua incolumidade física, bem como a de outrem.

Em síntese com o acima exposto, a publicidade não pode ser responsável por levar a criança a agir de modo inconsistente com o comportamento natural de outras de idade equivalente. Órgãos e estatutos competentes devem regular essa matéria a fim de restringir as ações de natureza ilegal e neutralizar, sempre que possível, seus efeitos contraproducentes. Do mesmo modo que é função social da opinião pública em repudiara propaganda abusiva dirigida à criança com o objetivo de coibir novas práticas correlatas.

É importante assinalar que o anunciante que estiver respondendo por prática de natureza ilegal, é amparado por intermédio da Constituição Federal ao contraditório e a ampla defesa, consoante com o princípio pátrio da garantia ao devido processo legal. Enfatiza, *in verbis*, o art. 5º inciso LV da CRFB/1988 que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

4.2. O controle da publicidade por intermédio do CDC

O Código de Defesa do Consumidor(Lei Nº 8078/90) teve seu surgimento no ano de 1990 com o fito de consolidar, bem como ampliar, os direitos do consumidor que foram

assegurados com a recém aprovada e promulgada CRFB/1988. A criação de um direito do consumidor sistematizado fez com que a relação de consumo passasse a ser disciplinada por princípios fundamentais hodiernos, do mesmo modo que reuniu normas que se encontravam esparsas em regimentos soltos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A partir do CDC os operadores do Direito buscaram, na medida do exequível, trazer um equilíbrio maior para as relações de consumo.

[...] a publicidade, até a edição da Lei consumerista, era norteadada pelo autorregramento, imune a providências específicas e adequadas à sua efetividade no mundo comercial. Em nosso tempo, onde as opções do indivíduo se constituem numa ampla gama de possibilidades de consumo, a inexistência de uma legislação adequada às peculiaridades do consumo é inconcebível, e a lei em vigor atende cabalmente a estes reclamos.³²

Ao CDC é incumbida a tarefa de regular de modo específico o fenômeno da publicidade, principalmente dos seus artigos 30 a 38. Do mesmo modo tem como objetivo ser evidente, por meio dos seus dispositivos, a quais técnicas de comunicação as peças publicitárias encontram-se vedadas de fazer uso. Não é o escopo do código restringir o progresso da publicidade, muito menos materializar sua censura. O controle legal das peças publicitárias, bem como dos seus agentes, através do CDC, refere-se a uma ferramenta legítima para que se impeça o ilícito que venha a ser causado pelo fornecedor de produtos e serviços ao consumidor, em prejuízo dos seus direitos.

Os princípios que disciplinam a Lei Nº 8078/90 terão um papel imprescindível na fundamentação legal da matéria, bem como em reverberar demais dispositivos pátrios que tratam a respeito do assunto. Como bem reaviva o consagrado constitucionalista mineiro José Afonso da Silva, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, os princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas”. Os preceitos jurídicos positivados no CDC são fundamentados em conformidade com o texto da CRFB/1988, bem como a partir dos próprios pressupostos constitucionais.

O Código de Defesa do Consumidor é, *verbi gratia*, cristalino quando atesta no *caput* do seu art. 36 o princípio da identificação da mensagem publicitária. De acordo com o regimento “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e

³² FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva: incitação a violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. P. 02.

imediatamente, a identifique como tal”. Com o dispositivo acima descrito, o legislador tem como escopo estabelecer que seja criado um vínculo, baseado em elementos como a ética e a lealdade, entre o consumidor e o anunciante. Busca-se com isso afastar das campanhas publicitárias as publicidades de caráter clandestino, bem como as de natureza subliminar, ambas preenchidas de conteúdo ilegal. Isso ocorre pois as duas atentam contra a boa fé do consumidor, uma vez que tentam se ocultar para que assim não sejam percebidas, ludibriando o seu receptor.

Corrobora com a indispensabilidade do princípio da identificação da mensagem publicitária Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin no momento em que acentua:

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. “A mensagem publicitária deve surgir aos olhos do público identificada como tal, colocando assim os seus destinatários de sobreaviso acerca das intenções comerciais dos textos ou imagens”.³³

O CDC do mesmo modo é inequívoco quando assevera em seu art. 6º inciso IV que é direito básico do consumidor “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”. A norma mencionada refere-se, por seu turno, a outro princípio, o da não-abusividade da publicidade. Este preceito corresponde a proibição de que campanhas publicitárias que mediante seu caráter abusivo, em benefício próprio, tirem proveito da incapacidade de julgamento e conhecimento da criança.

Ainda com relação ao princípio da não-abusividade da publicidade é pedagógico o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 37 § 2º quando tenta classificar em que consistiria essa carga de abusividade. Segundo o dispositivo:

É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.³⁴

³³ BENJAMIN. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. P. 277-278.

³⁴ BRASIL. CDC (1990). Art. 37 § 2º. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 3/11/2016.

Outro preceito fundamental expresso no CDC que é responsável por guiar os anúncios publicitários refere-se ao princípio da vinculação contratual da publicidade. Segundo o art. 30 do dispositivo “toda [...] publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

A respeito do princípio da vinculação contratual da publicidade, a juíza Vanessa Cavalieri Félix reitera sua indispensabilidade como um dos instrumentos para que se efetive o amparo integral do consumidor. Nas suas palavras, essa proteção “também é feita pela lei de forma que toda a publicidade obrigue o fornecedor a estar veiculado a ela”. Prossegue, dentro do mesmo silogismo que “quando o fornecedor faz uma propaganda, ainda que o que ele veiculou não seja exatamente aquilo que ele pretende oferecer ao consumidor no momento da contratação, toda oferta encontra-se veiculada a sua pessoa”. A magistrada então conclui que o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor “obriga o fornecedor a cumprir aquilo que foi ofertado na propaganda”.

O art. 38 do CDC estabelece, por seu turno, o princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor. Segundo o dispositivo “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Não poderia ser diferente, já que só o indivíduo ou o grupo responsável por veicular determinada campanha publicitária terá possibilidade de indicar tal prova. O fornecedor é quem, em sua condição, detém inerentemente os conhecimentos e informações, aquelas de fato verdadeiras, com relação ao produto ou serviço veiculado, que estão aptas a corroborar a autenticidade de seu anúncio, bem como de sua mensagem. A autora Isabella Vieira Machado Henriques sintetiza o acima enunciado, afirmando: “Ademais, nada mais justo do que ficar a cargo do fornecedor a obrigação de comprovar as informações por ele próprio divulgadas”.

O Código de Defesa do Consumidor sublinha contudo, em seu art. 6º inciso VIII, a alternativa em que o ônus da prova será invertido, o que, em certos casos, poderá auxiliar na defesa dos direitos da criança. Assim destaca o dispositivo: “são direitos básicos do consumidor [...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele **hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiências;”. A criança,

como já vimos, será em qualquer relação de consumo examinada como hipossuficiente, em virtude da sua condição de ser humano em desenvolvimento, ainda não plenamente capaz de seus atos e de filtrar o conteúdo das mensagens publicitárias que lhe são dirigidas, estando por isso elencada no rol de indivíduos que o mencionado artigo faz referência.

É ainda de extrema importância citar como um preceito norteador das relações de consumo, assim como da publicidade, o princípio da boa fé. É mencionado pelo CDC³⁵ em seu art. 4º, inciso III, bem como pelo CC/2002 em seu art. 113. O último frisa que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a **boa fé** e os usos do lugar de sua celebração”. Segundo Isabella Vieira Machado Henriques a boa fé é “uma regra de conduta a ser, obrigatoriamente verificada no modo de agir dos participantes da relação de consumo de acordo com os parâmetros de honestidade e lealdade aceitos pela sociedade”. No que tange as peças publicitárias, a autora alude que “no caso da publicidade não veiculada de maneira facilmente identificada como tal e, portanto, em confronto com o princípio da identificação da mensagem publicitária, é patente a má-fé do fornecedor”.

Dentro da Lei Nº 8078/90 pode-se ainda destacar seu art. 39, que explicita: "É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços[...] prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua **idade**, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;". Note que a idade do consumidor é vista pelo CDC como um fator que poderá convergir a relação de consumo em menos paritária, em virtude de uma ignorância maior do que está acontecendo no caso concreto ou do real sentido advindo da mensagem publicitária. A idade descrita refere-se tanto ao excesso de idade, como no caso do idoso, quanto a limitada idade, que compreenderia a criança, um dos objetos centrais de nosso estudo. Ambos, cada um com suas particularidades, são indivíduos mais indefesos frente aos mecanismos de venda dos fornecedores e da indústria da propaganda. A deficiência do idoso condiz, preponderantemente, com seu pouco conhecimento, quase sempre, com as novas tecnologias, como por exemplo as transações comerciais via mídias digitais, enquanto no que diz respeito a criança seria sua pouca capacidade de perceber e compreender aquilo que lhe é

³⁵ BRASIL. CDC (1990). Art. 4º, inciso III: “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica(art.170 da Constituição Federal), sempre com base na **boa fé** e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 3/11/2016.

apresentado, em derivação do seu limitado discernimento.

O Código de Defesa do Consumidor serve também de instrumento para que o Poder Público, bem como os seus agentes, realizem o controle administrativo da publicidade. À eles será designado a função de punir os responsáveis pela veiculação de campanhas publicitárias de natureza enganosa ou abusiva. As sanções administrativas vêm listadas no art. 56 do CDC, podendo ser executadas cumulativamente. Na situação particular envolvendo infrações cometidas por anúncios publicitários, essa cumulação poderá ocorrer com a aplicação da multa e do instituto da contrapropaganda.

O instituto da contrapropaganda, acima mencionado, refere-se à uma propaganda que tem como objetivo neutralizar os impactos de uma campanha publicitária anteriormente veiculada. É adotada tanto como sanção administrativa, quanto também por intermédio de decisão judicial, encontrando-se em conformidade ao princípio da correção do desvio publicitário. Legitima-se através do art. 56, inciso XII do CDC que destaca: “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas [...] imposição de contrapropaganda”.

Ainda no que tange ao emprego da contrapropaganda como meio de coibir peças publicitárias de cunho ilegal, o *caput* do art. 60 do referido código expressa que “a imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator”. Informa ainda o § 1º do mesmo artigo: “A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva”.

No que diz respeito ao controle judicial da publicidade no âmbito cível e sua demanda processual, o art. 81 do CDC estabelece “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. A partir da leitura dos incisos nota-se que o legislador tratou de dar maior relevo à proteção de título coletivo. É destacado nos incisos do dispositivo a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Informa Isabella Vieira Machado Henriques, autora da obra *Publicidade abusiva dirigida à criança*, acerca do dispositivo acima referido:

A tutela dos interesses individuais, assim propriamente considerados, dos consumidores e das vítimas do produto ou do serviço defeituoso ou viciado é realizada por meio da aplicação dos dispositivos processuais pertinentes do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil [...] A tutela dos interesses coletivos, nos quais são englobados os difusos, coletivos e individuais homogêneos, privilegiada pelo Código de Defesa do Consumidor, baseia-se nos dispositivos processuais desse microsistema, em conjunto com os constantes na Lei de Ação Civil Pública.³⁶

O Código de Defesa do Consumidor identicamente dispõe do controle da publicidade na esfera criminal, bem como as penas que os autores da prática ilegal incorrerão. O Ministério Público, do mesmo modo que ocorre no âmbito cível, também terá papel fundamental na mediação das ações propostas na área penal. Podemos apontar como sendo quatro as infrações relacionadas à publicidade que se encontram tipificadas no CDC.

O art. 63 do CDC, *verbi gratia*, proíbe a omissão de “dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou **publicidade**”. A sanção que incidirá sobre o responsável pelo delito será a detenção de seis meses a dois anos, havendo inclusive cominação com multa. Já o art. 67 do mesmo Código expressa que constituirá crime contra as relações de consumo “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa e abusiva”. O dispositivo mencionado trata de duas faltas: o crime de publicidade enganosa e o crime de publicidade abusiva. A pena de ambos corresponde a detenção de três meses a um ano cominada com multa. A quarta infração tipificada refere-se a “deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade”, conforme exprime o art. 69. A punição será a detenção daquele que violou o preceito legal, podendo esta ser de um a seis meses ou multa.

4.3. A função reguladora do CONAR

³⁶ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade Abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Editora Juruá, 2006. P. 104.

O CONAR é uma opção variante ao CDC que o consumidor tem para impedir a veiculação da publicidade de natureza abusiva ou enganosa. O CONAR é, inclusive, uma alternativa anterior ao próprio CDC, visto que o primeiro teve seu código redigido e aprovado no final dos anos 70, enquanto o segundo é uma lei de 1990. Contudo, cabe destacar que ambas seguem um mesmo raciocínio principiológico.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária é uma sociedade civil formada por entidades que tem vínculo com a atividade publicitária. Tem como escopo a regulamentação do espaço publicitário no Brasil. Ele o realiza por meio de seu mecanismo normativo, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Dentre os personagens que compõe o CONAR podem-se enumerar, preponderantemente, os veículos de comunicação, as agências publicitárias e os anunciantes. Sua instância máxima diz respeito ao seu Conselho Superior, responsável por selecionar o órgão diretivo.

Enquanto a presente pesquisa busca apontar meios de delimitar restritivamente a publicidade abusiva dirigida à criança hipossuficiente, o CONAR, curiosamente, despontou por motivação antagônica. Na segunda metade dos anos 70, época do regime militar brasileiro, o governo demonstrava interesse em sancionar uma lei que o permitisse censurar previamente a propaganda no Brasil. Seria indispensável um "De acordo" do departamento de publicidade para que o anúncio fosse ao ar. Isso acarretaria em uma menor celeridade da máquina pública, bem como um retrocesso político, cerceando valores como a liberdade de expressão.

Em 1977 o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária foi redigido, tendo como inspiração o regimento inglês. Um ano depois, em abril de 1978, foi aprovado durante o 3º Congresso Brasileiro de Propaganda, sucedido no município de São Paulo. Desde então possui mais de 8000 representações julgadas. A partir disso passou a se ater não somente mais em favor da defesa de liberdade de expressão comercial, mas também pela proibição da veiculação da publicidade abusiva e enganosa que viole a dignidade do consumidor ou de outras empresas. Sendo assim, um dos seus objetivos cruciais passou a ser afastar a publicidade abusiva do mercado de consumo. Isso se tornou imprescindível na busca de sanear os métodos amorais e antiéticos cada vez mais utilizados pela indústria do consumo e da propaganda.

Cerca de três anos após a data da redação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, surgiu o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Esse é caracterizado por ser um tribunal célere, informal e avesso a conservadorismos. Uma organização não governamental composta por publicitários e profissionais liberais de outras áreas. Tem sede na cidade de São Paulo, desde o ano da sua fundação, em 1980. É mantido pela colaboração econômica das mais notáveis entidades da publicidade brasileira, bem como pelos seus filiados(veículos de propaganda, agências publicitárias e anunciantes). Suas contas são auditadas constantemente por auditores autônomos, e aprovadas todo ano em Assembléia Geral dos Associados. Dispõe da função de receber as denúncias dos consumidores e das autoridades públicas. Essas queixas podem ainda ser advindas de associados, bem como de integrantes da própria diretoria que compõe o conselho.

O CONAR possui um estatuto próprio, com 50 artigos e 21 anexos. Em seus dispositivos regula as normas éticas as quais estão sujeitas os agentes e vetores da publicidade no Brasil, e como eles podem(e devem) produzir anúncios publicitários e propagandas. Não detém o poder de censurar previamente qualquer anúncio publicitário. O consumidor que se sentir ofendido(ou mesmo um terceiro, que pode-se fazer existir na figura de um concorrente) poderá apresentar denúncia ao CONAR. Conta ainda com um serviço de monitoria que investiga transgressões no ramo publicitário.

O código do CONAR possui alguns elementos que considera norteadores para o pleno e ético funcionamento da atividade publicitária no Brasil. São princípios básicos do estatuto a veracidade e a honestidade do conteúdo veiculado, presentes no preâmbulo do CBAP, em seu art. 1º, que menciona: “Todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro”.

Igualmente devem ser observados, com o objetivo de estabelecer as diretrizes da legislação publicitária no Brasil, o preceito da leal concorrência³⁷ e o do não menosprezo pela

³⁷ BRASIL. CBAP (1980). Art. 4º: “Todo anúncio deve respeitar os princípios de leal concorrência geralmente aceitos no mundo dos negócios”. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 13/10/2016.

confiança que o público deposita na publicidade e nos seus serviços prestados.³⁸ Além disso, devem ainda aqueles envolvidos com a atividade publicitária serem cientes da responsabilidade que lhes recai dentro da cadeia de produção junto ao consumidor,³⁹ bem como evitar que a partir do seu amplo campo de ação contribua para o aumento das discrepâncias sociais.⁴⁰

Não é dever do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária julgar propaganda de cunho político partidário. Essa competência pertence aos Tribunais eleitorais. Do mesmo modo, não concerne a esfera do CONAR apreciar questões de ausência de prestação de serviços ou vícios do produto. Para esses impasses existem órgãos governamentais especializados, como o PROCON, ou ainda o amparo jurídico de outros dispositivos, tais como o CDC.

O Conselho de Ética do CONAR possui um papel fundamental dentro da sociedade civil. É ele o responsável por julgar as denúncias. Do mesmo modo, é supremo em deliberar e fiscalizar no que se refere a obediência do que está regulamentado no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Sua junta é nomeada por convidados da diretoria, bem como por indivíduos designados pelas entidades fundadoras. Tem sua competência repartida em oito câmaras, distribuídas em cinco capitais distintas. São ao todo 180 conselheiros que trabalham em regime voluntário.

No atinente em específico ao amparo integral da criança, bem como a restrição da publicidade que lhe é dirigida, assim entende o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária em seu art. 37:

Os anúncios deverão[...]abster-se de:

³⁸ BRASIL. CBAP(1980). Art. 5º: “Nenhum anúncio deve denegrir a atividade publicitária ou desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta à economia como um todo e ao público em particular”. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 13/10/2016.

³⁹ BRASIL. CBAP. (1980). Art. 3º: “Todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor”. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 13/10/2016.

⁴⁰ BRASIL. CBAP. (1980). Art. 2º: “Todo anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar, de forma depreciativa, diferenciações sociais decorrentes do maior ou menor poder aquisitivo dos grupos a que se destina ou que possa eventualmente atingir”. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 13/10/2016.

- a. desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
- b. provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
- c. associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
- d. impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;
- e. provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;
- f. empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;
- g. utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
- h. apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;
- i. utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.⁴¹

No relativo principalmente ao cuidado que a publicidade deve ter com as crianças em suas campanhas, postula ainda o CBAP no mesmo artigo, *in verbis*:

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

- a. procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo deste normativo;
- b. respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público alvo;
- c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;
- d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;
- e. abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.⁴²

⁴¹ BRASIL. CBAP (1980). Art. 37. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 13/10/2016.

⁴² BRASIL. CBAP (1980). Art. 37. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 13/10/2016.

Vemos ainda uma incontestável simetria entre a redação do já mencionado art. 37 § 2º do CDC, com o art. 23 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária que, por seu turno, exprime: “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”. Ambos os dispositivos têm a clara intenção de deixar evidente que o ordenamento jurídico brasileiro é conduzido, no que diz respeito a questão da veiculação de anúncios e do teor das campanhas publicitárias, mediante ao princípio da não-abusividade da publicidade, sem nenhuma divergência normativa.

As infrações cometidas serão apresentadas por meio de um relator, que analisará o caso e proferirá sua opinião. Aos denunciados é assegurado o contraditório e a ampla defesa, tendo um prazo formal para postularem a contestação. A defesa deverá ser juntada ao processo. Posteriormente ocorrerá deliberação dos associados pela anuência do processo instaurado ou pelo seu arquivamento, caso não fira nenhum dispositivo do código.

O anúncio com uma mácula abusiva sofrerá mudanças para que não tenha sua veiculação proibida. O CONAR é investido de capacidade para utilizar medida liminar de sustação contra a publicidade que desobedeça ao ordenamento jurídico, sendo ela abusiva, enganosa, ou ainda viole princípios e garantias fundamentais. Do mesmo modo, possui autoridade para advertir tanto a agência quanto o anunciante.

Outrossim, não lhe é atribuída autoridade que institua os demais entes da publicidade como seus subordinados diretos. Do mesmo modo, não detém poder de punir que produza o dever legal dos mesmos se sujeitarem, de forma vinculativa, as suas deliberações. O dever dos integrantes para com o CONAR, e também com os demais agentes da indústria da propaganda, se sustenta sobretudo em valores como a moral, a ética e a respeitabilidade.

4.4. A defesa do direito do consumidor e da criança dada pela CRFB/1988

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada no dia 5 de outubro de 1988 é, desde seu nascimento, a lei suprema dentro de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Sua elaboração se deu no processo de redemocratização brasileira, pós regime militar. Tem como escopo confirmar as inúmeras garantias presentes no texto constitucional. Busca, com isso, assegurar a todos que gozem de direitos básicos individuais, políticos, sociais e jurídicos. A CRFB/1988 outorga ao poder judiciário atuação soberana caso haja dano a esses direitos fundamentais, ou mesmo a mera ameaça.

Sabe-se que a CRFB/1988 prevê, em seu texto, direitos e garantias fundamentais a todos. Do mesmo modo, ela estende esses direitos e garantias as crianças e aos adolescentes. Assegura-lhes direitos individuais e coletivos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Além disso, trata também de enumerar os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, à segurança, à proteção, à maternidade e à infância.

A Constituição Federal determina o dever da família, da sociedade, tal como do Estado, de proporcionar a todos, mas prioritariamente à criança e ao adolescente os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Destaca ainda que todas as crianças devem ser protegidas de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴³

Deslocando-se mais precisamente em direção ao contexto da relação de consumo e seus desdobramentos, a CRFB também é a responsável por normatizar, de modo abrangente, a publicidade. O princípio da dignidade da pessoa humana, reiteradamente mencionado na presente pesquisa, bem como outros preceitos constitucionais, é encarregado de conduzir, fleumaticamente, as relações de consumo.

A CRFB/1988 consagra em seu artigo 5º, inciso XXXII que: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;". O enxerto constitucional citado vai de encontro a compreensão por parte do Estado da vulnerabilidade intrínseca do consumidor no vínculo comercial estabelecido com o fornecedor, quando não também da, na maioria das vezes,

⁴³ BRASIL. CRFB (1988). Art. 227: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19/10/2016.

condição de hipossuficiência do comprador dentro do caso concreto. Está a encargo precipuamente do pátrio poder, por recurso dos seus agentes e dispositivos legais, amparar o indivíduo indefeso.

Outra importante norma jurídica da Constituição Federal que trata da questão do amparo que o indivíduo o qual se encontra no pólo passivo da relação consumerista necessita é o seu art. 170. De acordo com seu inciso V: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] defesa do consumidor;”.

Por defesa do consumidor, expressão utilizada no dispositivo acima, entende o consagrado jurista mineiro, especializado em Direito Constitucional, José Afonso da Silva:

A defesa dos consumidores responde a um duplo tipo de razões: em primeiro lugar, razões econômicas derivadas das formas segundo as quais se desenvolve, em grande parte, o atual tráfico mercantil; e sem segundo lugar, critérios que emanam da adaptação da técnica constitucional ao estado de coisas em que hoje vivemos, imersos que estamos na chamada sociedade de consumo, em que o ter mais do que o ser é a ambição de uma grande maioria das pessoas, que se satisfaz mediante o consumo.⁴⁴

No que se refere ao controle da programação infantil, intermediada pelo Estado, determina a CRFB, em seu art. 220,§3º:

Compete à lei federal:

I - regular as divisões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

I – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.⁴⁵

4.5. A nova leitura trazida pelo ECA

⁴⁴ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 266.

⁴⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Art. 220, §3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19/10/2016.

O Estatuto da Criança e do Adolescente(Lei Nº 8069/90) refere-se ao agrupamento de normas que tem como escopo fundamental a proteção e a defesa dos direitos da criança e do adolescente. Foi criado a partir do anteprojeto designado Normas Gerais de Proteção à Infância e à Juventude que foi debatido no Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente. Bem como as demais ferramentas forenses já estudadas, o ECA leva em consideração a condição hipossuficiente e de extrema vulnerabilidade do adolescente e, principalmente, da criança em face de tudo que lhe é dirigido

O ECA foi elaborado, assim como o CDC, em 1990, sendo ratificado no dia 13 de julho do mesmo ano pelo então presidente da república Fernando Collor de Mello. Foi inspirado em dispositivos da recém promulgada CRFB/1988. O mais evidente é o art. 227 da Constituição que é integralmente voltado para a proteção da criança e do adolescente. Do mesmo modo, o mencionado artigo tem a preocupação quanto à forma como o Estado deverá salvaguardar os direitos da criança, bem como viabilizá-los.

Fruto do acima mencionado art. 227 da CRFB/1988, nasce o art. 1º do ECA que profere, *in verbis*: “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Essa proteção deve ser compreendida em um sentido lato, podendo esse amparo ser tanto de cunho moral, como de natureza material, bem como um arrimo à aquelas insuficiências por elas demandadas. Tal dispositivo encontra-se em conformidade com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança que determina, fundamentalmente, o princípio da proteção integral.

No tocante ao princípio da proteção integral acima descrito resumem Munir Cury, Paulo Afonso Garrido de Paula e Jurandir Norberto Marçura, em obra jurídica realizada conjuntamente:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como

de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.⁴⁶

Pode-se ainda verificar que o ECA possui um traço pedagógico, uma vez que busca consolidar os direitos e as garantias fundamentais já assegurados anteriormente pela CRFB/1988. Isso se torna evidente com a leitura do art. 3º do Estatuto, que determina:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.⁴⁷

Outro importante dispositivo do ECA, que também encontra-se congruente com o art. 227 da Constituição, denotando sua clara influência na redação do Estatuto, refere-se ao seu art. 4º, que expressa, *in verbis*:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária[...] a garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.⁴⁸

É significativo que se faça uma observação com relação a expressão “absoluta prioridade”, manifesta no *caput* do supracitado artigo. A partir do termo o legislador quis acentuar que para o Estado e seus agentes o cuidado e o tratamento com a criança e o adolescente deve prevalecer, ser prioritário, ante os demais indivíduos dentro da sociedade. Essa garantia assegurada pelo ECA deverá ser supervisionada e promovida pelo Ministério Público Federal, como bem assevera a CRFB/1988 em seu art. 129, inciso II: “São funções institucionais do Ministério Público[...] zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;”.

⁴⁶ CURY, Munir; DE PAULA, Paulo Afonso Garrido; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. P. 21.

⁴⁷ BRASIL. ECA (1990). Art. 3º. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 21/11/2016.

⁴⁸ BRASIL. ECA (1990). Art. 4º. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 21/11/2016.

Do mesmo modo, encontra-se consoante com o art. 227 da CRFB o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assevera: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

De mais a mais, o ECA é responsável por fazer importantes reformulações na legislação vigente que abordava sobre a matéria. Uma delas diz respeito à exclusão do termo menor, considerado a partir de então como sobrecarregado de conteúdo discriminatório. De acordo com seu art. 267, a começar da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente “revogam-se as Leis N. 4.513, de 1964, e 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), e as demais disposições em contrário”. Diferentemente dos códigos no mencionado artigo, de natureza quase que exclusivamente punitiva, a Lei Nº 8069/90 passou a ter um cuidado maior em assegurar os direitos de todas as crianças e adolescentes. Isso provém do fato da linha principiológica que embasa o ECA ter um compromisso pleno com aquilo que se encontra delineado na CRFB/1988 e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, validada pela Assembléia Geral das Nações Unidas no ano de 1989. Em suma, o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente significou o abandono do direito de tutelar o menor, em prol de uma visão mais humanística da criança e do adolescente, compreendendo-os como indivíduos que em virtude de uma condição de maior vulnerabilidade necessitam de uma proteção especial por parte do Estado, seus agentes e do ordenamento jurídico pátrio.

No sentido da condição de vulnerabilidade e hipossuficiência inerente vivenciada pela criança, acima referida, sustenta o ECA em seu art. 6º: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a **condição peculiar** da criança[...] como pessoa em desenvolvimento”. A criança deve, portanto, ser identificada como coberta de natureza particular e de totalidade relativa.

Elas desfrutem de todos os direitos dos adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e ainda têm direitos especiais decorrentes do fato de: não terem acesso ao conhecimento pleno de seus direitos; não terem atingido condições de defender seus direitos frente às omissões e transgressões capazes de violá-los; não contam com meios próprios para arcar com a satisfação de suas necessidades básicas; não podem

responder pelo cumprimento das leis e deveres e obrigações inerentes à cidadania da mesma forma que o adulto, por se tratar de seres em pleno desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e sociocultural.⁴⁹

Outra importante reavaliação feita pelo ECA compreende ao fracionamento da fase que abarcará a infância e daquela que irá aludir a juventude. Segundo o Estatuto, em seu art. 2º, criança será o indivíduo que possua de 0 a 12 anos de idade incompletos, enquanto o adolescente será aquele que tiver dos 12 anos completos até os 18 incompletos. Essa diferenciação se converge crucial pois apesar de tanto a criança quanto o adolescente ainda não serem para os nossos dispositivos legais agentes plenamente capazes, dispõe cada fase de suas nítidas peculiaridades. A criança encontra-se num estágio evolutivo mais atrasado daquele que goza o adolescente, mais próximo da vida adulta. Detendo uma nula faculdade de discernir em favor dos seus direitos e uma maior vulnerabilidade frente a tudo que lhe é dirigido, a criança necessitará de um amparo mais cuidadoso por parte do nosso ordenamento jurídico.

Ademais, a partir da demarcação clara, materializada pelo Estatuto, do período que corresponderá à infância, teve o referido dispositivo o objetivo em exprimir que em caso de cometimento de ilícito, criança e adolescente não incorrerão num mesmo tipo de sanção. A criança infratora ficará adstrita ao emprego de determinações protetivas que resultem no tratamento através de sua própria família ou daquela comunidade em que vive. Já o adolescente infrator, dependendo da narrativa fática, poderá estar sujeito a ter sua supressão de liberdade por intermédio de normas sócio-educacionais. É valoroso frisar que majoritariamente a doutrina interpreta como o limite de 12 anos sendo precoce para a delimitação de criança, tanto é que normas advindas de outros países, principalmente de nações pioneiras na consagração de direitos fundamentais, a infância, para fins jurídicos, costuma a compreender pelo menos até os 15 anos.

No que concerne aos direitos da personalidade, essencialmente no que diz respeito ao direito da criança em ser (bem) informada, o ECA em seu art. 17 assevera que: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores,

⁴⁹ COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Direito da Infância e da Juventude*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001. P. 32.

idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”. Reporta ainda o Estatuto, no que tange as prerrogativas da criança enquanto sujeito de direito, coincidente com o princípio da dignidade da pessoa humana assegurado pela Carta Magna, em seu art. 18 que “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

No que disciplina sobre a publicidade dirigida à criança, a Lei Nº 8069/90 é sólida quando destaca em seu art. 71 que “a criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”. Note a preocupação do legislador em realçar o cuidado maior que as mídias e os veículos de publicidade devem ter com a criança no momento em que forem difundir mensagens dentro de suas programações, resultado de sua condição de hipossuficiência. Esta condição aparece consoante com a idéia de indivíduo ainda em construção, enfatizada no artigo. Além disso, deve-se atribuir ainda a criança o estado de vulnerabilidade intrínseca, característica inerente a quase todo consumidor enquanto destinatário final do produto ou serviço.

O ECA tem também o cuidado de orientar as diretrizes a serem adotadas pelas emissoras de rádio e televisão no que diz respeito a suas respectivas programações. Assim pode ser apurado do *caput* do seu art. 76 quando este enuncia que “as emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”. Perceba que não há nenhuma menção ao consumismo, o qual deve ser, sempre que possível, afastado das campanhas publicitárias atreladas às grades de programação dirigidas ao público infantil.

Não obstante, apesar de, conforme se encontra pautado no Estatuto, o propósito cardinal dos meios de comunicação que têm suas mensagens e programas dirigidos às crianças dever ser em formar e educar aquele que será um futuro cidadão dentro da sociedade, trata-se ainda de uma realidade bem distante de ser concretizada, por que não dizer até mesmo utópica. Segundo John Condry, psicólogo norte americano, o objetivo precípua dos meios de comunicação direcionados às crianças é outro, como bem reconhece, dando o exemplo da televisão, principal veículo de difusão de informação do mundo:

O objetivo da televisão não é dar às crianças informações sobre o mundo real. [...] A televisão moderna, nomeadamente a televisão americana, tem um único objectivo:

fazer vender. É essencialmente um instrumento comercial. Os seus valores são os do mercado; a sua estrutura e os seus conteúdos são o reflexo desta função. A tarefa dos responsáveis pela programação consiste em conseguirem captar a atenção do público e conservá-la o tempo suficiente para poderem em seguida passar uma mensagem publicitária [...].⁵⁰

No texto do ECA, assim como ocorre no CDC, também se encontram tipificadas determinadas condutas que atentam contra a publicidade. O art. 241 expressa que constitui crime “vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”. A sanção imposta será a reclusão, de quatro a oito anos, cominada com multa a ser arbitrada. O art. 242, por seu turno, não permite “vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo”. A pena desta transgressão será a reclusão de três a seis anos.

No que concerne as infrações administrativas, o ECA, em seu art. 253, veda ao fornecedor “anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem”. Já o art. 254 o proíbe de “transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação”. Reitera o art. 255 que é impedido ao anunciante de “exibir filme, trailer, peça, amostra ou congêneres classificados pelo órgão competente como inadequado às crianças ou adolescentes admitidos ao espetáculo”. Enquanto isso o art. 256 da mesma lei o censura “vender ou locar a criança ou adolescente fita de programação em vídeo, em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente”. Em todos os casos, os autores serão imputados de penas pecuniárias, que irão variar dependendo do ilícito e de seus efeitos no caso concreto.

No tocante a quem será o responsável direto por salvaguardar os direitos da criança e do adolescente, o ECA estabelece, em seu art. 201 inciso V, que irá competir ao Ministério Público: “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art.220,§3º, da Constituição Federal;”.

⁵⁰ CONDRY, John; POPPER, Karl. *Ladra do tempo, criada infiel*. In: *Televisão: um perigo para a democracia*. Lisboa: Gradiva, 1999. Coleção Trajectos, P. 45-46.

Quando não for parte, o Ministério Público também será possuidor de uma função imprescindível. Determina o art. 202 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses que cuida esta Lei, hipótese em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos e requerer diligências, usando recursos cabíveis.⁵¹

⁵¹ BRASIL. ECA (1990). Art. 202. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 21/11/2016.

5- CONCLUSÕES

Ante o exposto, resta evidente que o presente trabalho possui considerável relevância jurídica, social e cultural a respeito da publicidade abusiva infantil. Do mesmo modo, observou-se que não são poucos os problemas gerados por essa infração cometida contra o menor vulnerável. A criança, ser humano extremadamente vulnerável, se encontra cada vez mais perdida num imenso mar de informações, muitas delas bombardeadas por intermédio da publicidade, bem como da mídia e dos fornecedores de produtos e serviços. Os responsáveis pelos respectivos menores(pais, avós, tutores, etc.) que seriam os meios para equalizar a relação, garantindo a proteção do indivíduo, muitas das vezes se omitem, podendo contribuir, inclusive, para que se concretize o ilícito.

As crianças se submetem a um processo de socialização em que aprendem como ser consumidores. Um pouco desse conhecimento é instilado pelos pais e amigos, mas em grande parte vem da exposição à mídia de massa e da publicidade. Como as crianças em alguns casos são facilmente persuadidas, os aspectos éticos do marketing dirigido a elas são muito debatidos entre os consumidores, estudiosos e praticantes de marketing.⁵²

Inicialmente, é preciso depreender que não existe nada, a priori, inerentemente bom ou mal na publicidade. Seu caráter, prudente ou abusivo, vai depender de como ela será trabalhada pelos seus agentes. Ou seja, anúncios publicitários são ferramentas que podem ser empregadas tanto para o bem quanto para o mal. Igualmente, são capazes de apresentarem resultados benéficos, bem como, o que vem inclusive ocorrendo reiteradamente, manifestarem conseqüências negativas, impactando contraproducentemente sobre a sociedade, seus indivíduos e instituições.

O que se faz indispensável assimilar é que o anúncio publicitário não deve possuir, em nenhuma hipótese, conteúdo discriminatório e, igualmente, mecanismos que o potencializem. Estando presente na divulgação o preconceito, seja de natureza social, racial, política, religiosa, ou mesmo de cunho xenofóbico, fará com que ela se configure em publicidade abusiva. Semelhantemente, não poderá aludir em um tom depreciativo discrepâncias sociais, econômicas e culturais de um agente ou de uma comunidade. Da mesma maneira é vedado

⁵² SOLOMON, Michael R. *O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo*. Porto Alegre: Bookman, 2002. P. 300.

que tenha em seu teor alusões que fomentem práticas criminosas e transgressoras.

No que concerne a publicidade abusiva dirigida à criança vimos que não é uma questão de fácil resolução, em virtude de diversos fatores. Um dos pontos cruciais, indubitavelmente, é o conflito de interesses envolvidos, sobretudo por se tratar de ir contra um promissor e lucrativo público-alvo da indústria da publicidade. É notório que o consumismo, uma das principais ferramentas do capitalismo que vemos hoje nas grandes metrópoles, é capaz de ditar o comportamento de nossa sociedade, bem como dos seus indivíduos e de suas instituições. A magistrada Vanessa Cavalieri Félix rememora que “vivemos num mundo cada vez mais consumista e materialista. As pessoas confundem recorrentemente o que elas são com o que elas têm, bem como com os bens que elas podem vir a adquirir”.

É dever enfatizar que não é (como de fato não foi) objetivo da presente pesquisa criticar determinado sistema econômico em prol de outro. Contudo, se comprova incontestável que, pelo menos no que tange a questão das crianças, o consumismo a qualquer custo tem trazido seqüelas, em sentido amplo, ao menor em formação. O exemplo mais célebre sem dúvida, citado na corrente monografia, corresponde ao aumento dos casos nas últimas décadas de crianças obesas. Esse acréscimo foi fruto em sua maioria das campanhas publicitárias advindas de redes de fast food. Elas são responsáveis por fazerem uso dos mais diversos artifícios ilegais, tais como a abusividade do anúncio, veiculando personagens de desenhos animados, e a venda casada condicionada a um brinquedo, com o objetivo de comercializarem seus lanches, os que possuem em grande parte baixos índices de nutrientes, bem como representam alimentos hipercalóricos, que podem representar danos hodiernos ou tardios à criança.

Outro problema que foi constatado diz respeito a falta de uma legislação mais específica que verse sobre o tema da publicidade dirigida à criança. Segundo a insigne juíza Vanessa “o Código de Defesa do Consumidor coíbe essas práticas de forma genérica”. Todavia ela crê “que na verdade essa publicidade deveria ser proibida, como já ocorre inclusive em vários países do mundo”. Consoante com a fala da ilustre, basta lembrarmos do caso sueco, país onde a publicidade em face do menor hipossuficiente é terminantemente proibida. Ainda que atualmente assim seja feito, não parece viável que para cada peça publicitária com conteúdo abusivo que tenha sua mensagem destinada a criança, independentemente do canal de transmissão, o Ministério Público promova a correspondente ação judicial. Embora atue

efetivamente em defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o MP, mesmo somando todas as suas esferas e agentes, não tem como controlar, integralmente, via poder judiciário, todas as situações de anúncios e peças publicitárias que atentem contra esse público, visto que em decorrência do acréscimo de casos da matéria tornar-se-ia irrealizável.

Entretanto, um problema maior do que a falta de uma regulamentação mais específica sobre a publicidade abusiva infantil é o fato de a eficácia do controle da matéria não ser ainda a ideal, pelo menos no que se refere ao caso brasileiro. A CRFB/1988, o CDC, o CBAP e, principalmente, o ECA, caso tenham seus dispositivos interpretados associadamente, podem proteger de maneira bem mais efetiva a criança em face das campanhas publicitárias que lhes são destinadas do que vem ocorrendo até o presente momento. Espera-se que julgados como o recente Recurso especial nº 1558086/ SP(2015/0061578-0) simbolizem o início de uma nova fase jurídica brasileira onde se enxergue a criança cada vez mais como um sujeito de direito, amparando-a de modo absoluto e prioritário, e que igualmente se sancione adequadamente aqueles que ofenderem, por recurso da publicidade abusiva, sua boa fê inerente.

Portanto, chega-se a conclusão que, com o fito de garantir a proteção jurídica da criança, é preciso delimitar restritivamente a publicidade que se encontra voltada para esse público. A combinação publicidade e criança flerta estreitamente com a ilegalidade, em virtude da natureza exacerbadamente vulnerável da segunda. O melhor caminho para o que seria a materialização da proteção integral da primeira parece passar pela limitação máxima do contato das crianças com as campanhas publicitárias, como já ocorre em vários países, essas que detêm intrinsecamente, mediante os seus agentes, a vontade a qualquer custo de venderem seus produtos e serviços veiculados, mesmo que para isso façam uso de métodos antiéticos, amorais e ilegítimos. A partir do momento que tivermos nossas crianças sendo menos vitimadas por esse tipo de abuso, bem como aqueles de outras espécies, será possível, nessa ordem, desfrutarmos daqui a alguns anos de um cidadão mais independente, um futuro promissor e uma sociedade mais justa, com práticas de consumo mais isonômicas, rigorosas, recíprocas e honestas, tanto para os consumidores quanto para os fornecedores.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1991.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *O controle jurídico da publicidade*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo n. 9, janeiro/março, 1994.

BRASIL. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (1980)*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 13/10/2016.

_____. *Código de Defesa do Consumidor (1990)*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 3/11/2016.

_____. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19/10/2016.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 21/11/2016.

_____. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2ª ed. – revista e aumentada Rio de Janeiro: Editora Moderna, 2004.

CANCLINI, Nestor Garcia. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora da UERJ, 1999.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CHAISE, Valéria Falcão. *A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONDY, John; POPPER, Karl. *Ladra do tempo, criada infiel*. In: *Televisão: um perigo para a democracia*. Lisboa: Gradiva, 1999. Coleção Trajectos.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Direito da Infância e da Juventude*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001.

CURY, Munir; DE PAULA, Paulo Afonso Garrido; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. 3ªed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: aspectos práticos: perguntas e respostas*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Edipro, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Sérgio Roberto et al. *Tudo o que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1989.

DOLGHIE, Jaqueline Ziroldo; FONTELES, Heinrich Araújo; CAMPOS, Breno Martins. *Cultura, Mídia e Educação: abordagens transdisciplinares*. São Paulo: Livro Pronto, 2008.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva: incitação a violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., rev., ampl. e atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

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

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

KARSAKLIAN, Eliane. *Comportamento do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2000.

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

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

MONTIGNEAUX, Nicolas. *Público-alvo: crianças – a força dos personagens e do marketing para falar com o consumidor infantil*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

MORAES, Paulo Valério dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

MOTHERSBAUGH, David L.; BEST, Roger J.; HAWKINS, Del I. *Comportamento do consumidor: construindo a estratégia de marketing*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

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

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade, no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA JR., Antonio Jorge. *O direito da criança e do adolescente à formação integral em face da TV comercial aberta no Brasil: o poder-dever de educar em face da programação televisiva*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1999.

SOLOMON, Michael R. *O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo*. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2002.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. vol. único São Paulo: Método, 2016.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

Disponível em: <<http://www.guiadacarreira.com.br/carreira/historia-publicidade-e-propaganda/>>. Acesso em 2/10/2016.

Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 8/10/2016.

Disponível em: <<http://www.monografias.com/trabajos16/publicidad-y-etica/publicidad-y-etica.shtml#BENEF>>. Acesso em 11/10/2016.

Disponível em: <<http://infograficos.oglobo.globo.com/economia/sete-exemplos-de-venda-casada-proibidas-pela-justica.html>>. Acesso em 13/11/2016.

Disponível em: <<http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/pbl/VisualizaNoticia.do;jsessionid=EA53BC470FD9E9AED930A0B369FEF0A3?noticia.idNoticia=774>>. Acesso em 13/11/2016.

Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em 18/11/2016.

Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235576,101048Julgamento+historico+STJ+proibe+publicidade+dirigida+as+criancas>>. Acesso em 25/11/2016.

Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/testemunha-ocular-da-historia-reporter-esso-fez-sucesso-no-radio-na-tv-19930939>>. Acesso em 28/11/2016.

7- APÊNDICE

Entrevista com a ilustre magistrada da Vara da Infância e da Juventude, bem como professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Vanessa Cavalieri Félix.

1- Há quanto tempo a Sr^a atua no âmbito do direito do consumidor?

Juíza Vanessa: Eu sou juíza no estado do Rio de Janeiro há 12 anos. Desses 12 anos tenho muito orgulho de dizer que 10 deles foram dedicados a área de direito do consumidor.

2- São muitos os casos de publicidade de cunho abusivo ou enganoso em face da criança que costumam a chegar até a Sr^a?

Juíza Vanessa: A publicidade abusiva é uma realidade no Brasil. Frequentemente a gente vê propagandas enganosas ou publicidades abusivas nos principais meios de comunicação, como a televisão, em revistas, e na oferta dos mais diversos produtos. Entretanto, lamentavelmente, não é comum vermos na justiça ações questionando a publicidade abusiva direcionadas às crianças, especificamente.

3- A publicidade de caráter ilegal voltada à criança e aquela de natureza ilícita contra um adulto é depreendida por um magistrado de modo similar ou a condição intrínseca de hipossuficiência da criança pode, de algum modo, modificar (majorar) a sentença?

Juíza Vanessa: As crianças são evidentemente mais vulneráveis a esse tipo de prática abusiva. Elas são incapazes de perceber o que é uma estratégia de marketing e o que é de fato a realidade, em razão de sua pouca idade, bem como do desenvolvimento mental ainda estar incompleto. Eu considero então a publicidade abusiva em face da criança deve ser depreendida sim por um juiz de modo distinto, justamente por serem indivíduos ainda mais desamparados e propensos a sofrerem dano.

4- A Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária protegem a criança ante a publicidade abusiva que lhe é dirigida ou a Sr^a entende que o

ordenamento jurídico brasileiro é carente de uma legislação mais específica que regulamente o tema?

Juíza Vanessa: O Código de Defesa do Consumidor coíbe essas práticas de forma genérica. Ele reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e o protege da publicidade abusiva e da propaganda enganosa. Essa proteção além de vir exposto com a vedação legal de que seja realizada essa prática que é considerada abusiva, também é feita pela lei de forma que toda a publicidade obrigue o fornecedor a estar veiculado a ela. Então quando o fornecedor faz uma propaganda, ainda que o que ele veiculou não seja exatamente aquilo que ele pretende oferecer ao consumidor no momento da contratação, toda oferta encontra-se veiculada a sua pessoa. Ou seja, obriga o fornecedor a cumprir aquilo que foi ofertado na propaganda. Contudo, dentro da minha visão, eu creio que há sim carência de uma regulamentação maior da publicidade dirigida às crianças. Eu acredito que na verdade essa publicidade deveria ser proibida, como já ocorre inclusive em vários países do mundo. As crianças quando vêem uma propaganda na televisão, elas tristemente, na maioria dos casos, acreditam que aquilo que se passa na propaganda realmente irá se concretizar. Então quando elas vêem, por exemplo, uma menina que coloca um sapato e começa a sair estrelinha, a menina é automaticamente transferida para um mundo de fantasia. As crianças pequenas elas realmente acreditam que se colocarem aquele sapato aquele mundo de fantasia vai surgir ao redor delas.

5- Como Sr^a enxerga, não necessariamente na condição de magistrada, mas fundamentalmente na de cidadã, a relação cada vez mais íntima das crianças com o fenômeno do consumismo e os veículos de comunicação?

Juíza Vanessa: Infelizmente, vivemos num mundo cada vez mais consumista e materialista. As pessoas confundem recorrentemente o que elas são com o que elas têm, bem como com os bens que elas podem vir a adquirir. Eu presumo que no momento da formação da identidade que é a infância e a adolescência, é imperioso a sociedade proteger essas pessoas vulneráveis de uma idéia falsa de que a mídia tenta inculcar de que o encarregado por trazer felicidade para a vida delas será aquilo que elas conseguirem comprar.