

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO

ADOLFO TELES GOMES

PUBLICIDADE ABUSIVA EM FACE DA CRIANÇA

Aracaju
2015

ADOLFO TELES GOMES

PUBLICIDADE ABUSIVA EM FACE DA CRIANÇA

Monografia apresentada como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

ORIENTADOR:
Prof. Me .Fernando Ferreira da Silva
Junior

Aracaju
2015

ADOLFO TELES GOMES

PUBLICIDADE ABUSIVA EM FACE DA CRIANÇA

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe FANESE.

Aprovada em: _____ de _____ 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Fernando Ferreira da Silva Junior
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Eduardo Lima dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Alessandro Buarque Couto
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

A minha família pela compreensão e apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela saúde e as conquistas realizadas. Aos meus pais, os grandes responsáveis por mais essa vitória, os quais se empenharam sem medidas para que tudo isso se realizasse, e que sempre serviram como porto seguro nos momentos tempestuosos de minha vida, mostrarem o caminho a ser seguido.

Aos meus irmãos, por todo carinho e paciência dispensados, e pelos momentos mágicos que me proporcionaram.

Ao orientador professor Fernando Ferreira da Silva Junior pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão deste trabalho. A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica. Agradeço também a todos aqueles que me auxiliaram nos primeiros passos na vida.

O sábio não se senta para lamentar-se, mas se põe alegremente em sua tarefa de consertar o dano feito.

William Shakespeare

RESUMO

O motivo para a escolha do tema surgiu diante das discussões em que envolve a exposição da criança na publicidade, onde o processo da globalização tornou-se a informação rápida onde o acesso a informação e principalmente a mídia fez com que o poder de consumo despertar a ânsia do consumir, onde os produtos torna-se uma fonte atrativa entre os consumidores, principalmente o público infantil. Cada vez mais se sente atraídos pelas novidades expostas no mercado, onde as fortes estratégias de marketing utilizam da apelação publicitária ligadas ao status e à vaidade do consumidor, como um dos maiores convites publicitários, principalmente ao público infantil. Assim, o marketing em suas ferramentas mostram mais que as características do produto, e benefícios, mas o poder de persuadir para que adquira determinados produtos, fazendo com que a imagem desse produto esteja ligada a algo que almeja. A metodologia que servirá de base para fundamentar a pesquisa será através da pesquisa bibliográfica em livros, revistas especializadas, sites e artigos científicos. Conclui-se que a publicidade influencia no comportamento da criança e do adolescente, principalmente em uma sociedade capitalista onde o poder de consumo está diante de todas as relações, culturais, educacionais, econômicas e políticas, por ser um instrumento. A legislação atual, têm papel importante em proteger e assegurar a integridade absoluta da criança e do adolescente, inclusive a CF/88 e o ECA, enquanto o CDC busca defender as relações existentes juridicamente no consumo, assim, o controle da publicidade possui vários elementos, com o objetivo de contribuir em regular a atividade, mas no ordenamento jurídico possui leis que estabelece a proteção da criança, enquanto detentora de hipervulnerabilidade diante das relações de consumo.

Palavras-Chave: Criança. Adolescente. Publicidade abusiva. Publicidade.

ABSTRACT

The reason for the choice of subject came before the discussions on involving the child's exposure in advertising, where the process of globalization has become the quick information where access to information and especially the media has made the power consumption arouse craving to consume, where the products becomes an attractive source among consumers, especially children. Increasingly feels attracted by the exposed novelties in the market, where strong marketing strategies using the advertising appeal related to the status and consumer vanity, one of the largest advertising invitations, especially to children. Thus, the marketing on their tools show more than the product features and benefits, but the power to persuade to buy certain products, causing the image of the product is connected to something that craves. The methodology as a basis to support the search will be through the literature in books, journals, websites and scientific articles. We conclude that advertising influence on children's behavior and adolescents, especially in a capitalist society where power consumption is before all relationships, cultural, educational, economic and political, to be an instrument. Current legislation, play an important role in protecting and ensuring the absolute integrity of children and adolescents, including CF / 88 and the ECA, while the CDC seeks to defend the relationship legally in consumption, thus the advertising control has several elements , aiming to contribute in regulating the activity but the legal system has laws establishing child protection, as holder of hipervulnerabilidade on consumer relations.

Keywords: Child. Teenager. Abusive advertising. Advertising.

LISTA DE SIGLAS

ANVISA	Agência de Vigilância Sanitária
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
CONAR	Conselho Nacional de Auto-regulamentação
DPDC/MJ	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
PIB	Produto Interno Bruto
Procon	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
SECOM	Secretária de Comunicação Social
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA NO BRASIL	13
2.1 A doutrina da proteção integral da criança	13
2.2 Direitos fundamentais das crianças e aos adolescentes.	17
2.2.1 Direito à Vida e à Saúde	19
3 OS CONTORNOS DA PUBLICIDADE	22
3.1 A criança enquanto hipossuficiente¹ em suas vulnerabilidades	22
3.2 Aspectos da publicidade abusiva e a influência sobre a criança	25
3.3 A legislação de proteção à criança no mundo	29
4 PUBLICIDADE ABUSIVA EM FACE DA CRIANÇA	32
4.1 Propaganda, publicidade e publicidade sensível	32
4.2 O Princípio da Boa-fé e o Dever de Informar	35
4.3 Princípio da Identificação da Mensagem Publicitária	37
4.4 Princípio da Veracidade.....	38
4.5 Princípio da não-abusividade da publicidade	38
4.6 A Publicidade Restrita	39
5 ANÁLISE JURÍDICA	41
5.1 A doutrina jurídica.....	41
5.2 Os legisladores e o Projeto de Lei nº 5.921/2001	48
5.3 Jurisprudência	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57
ANEXO.....	61

1-INTRODUÇÃO

A publicidade teve seu nascimento na Inglaterra, por volta do século XV, por meio de anúncios religiosos. Desde essa época, e com o desenvolvimento do mercado e dos meios de comunicação, a publicidade começou a se expandir entre os consumidores. Assim, a publicidade

Nos tempos atuais, vive-se em uma sociedade marcada pelo consumo exagerado, pelos meios de comunicação de massa. As publicidades tem contribuído cada vez mais para que os consumidores almejem por produtos e serviços, mesmo que não tenha a intenção de adquirir naquele momento. A inexperiência e a deficiência de julgamento os tornam altamente vulneráveis.

A publicidade abusiva em face da criança merece relevância social e, sobretudo jurídica. A importância jurídica se dá, sobremaneira, por ser a criança um ser em constante formação. Por estar, psiquicamente, em formação torna-se vulnerável frente às relações de consumo.

A produtividade do público infantil motivado para o consumo e para o mercado vem conquistando a cada dia mais espaços nos meios publicitários, com o intuito da mídia transformar essas crianças consumidoras abusivas. O norte americano Schor em seus estudos que se refere sobre a produtividade das crianças para o mercado de consumo norte-americano, neste aspecto comenta:

Os arquitetos dessa cultura – as empresas de propaganda, o mercado e os publicitários de produtos de consumo – têm se voltado para as crianças. Embora elas tenham uma longa participação no do mercado consumidor, até recentemente eram consideradas pequenos agentes ou compradores de produtos baratos. Elas atraíam uma pequena parcela dos talentos e recursos da indústria e eram abordadas principalmente por intermédio de suas mães. Isso se alterou. Hoje em dia, crianças e adolescentes são o epicentro da cultura de consumo norte-americana. Demandam atenção, criatividade e dólares dos anunciantes. Suas preferências direcionam as tendências de mercado. Suas opiniões modelam decisões estratégicas corporativas¹.

As mudanças pelas quais o consumo é suscetível no tempo atual ultrapassaram a aquisição de bens; como fator predominantemente cultural, entretanto, esta inspiração tida como uma atração para as formas de vida, o consumo de maneira inconsciente passa a fazer parte da vida das pessoas. Sendo assim, o consumo está no modo de viver de casa ser humano e diante de suas emoções, ideias, modos de ver a vida, de portar-nos, falar e pensar

¹ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para compra**: Uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral – São Paulo: Editora Gente, 2009.p. 2.

O motivo para a escolha do tema surgiu diante das discussões em que envolve a exposição da criança na publicidade, onde o processo da globalização tornou-se a informação rápida onde o acesso a informação e principalmente a mídia fez com que o poder de consumo despertar a ânsia do consumir, onde os produtos torna-se uma fonte atrativa entre os consumidores, principalmente o público infantil. Cada vez mais se sentem atraídos pelas novidades expostas no mercado, onde as fortes estratégias de marketing utilizam da apelação publicitária ligada ao status e à vaidade do consumidor, como um dos maiores convites publicitários, principalmente ao público infantil. Assim, o marketing com suas ferramentas tendem a persuadir o consumidor para a aquisição de produtos, fazendo com que a imagem desse produto esteja ligada a algo que almeja.

A professora Susan Linn, escritora do livro intitulado *Crianças do Consumo – A Infância Roubada* menciona que esse marketing pode fazer com que as crianças “pulem” etapas importantes do desenvolvimento. “As crianças estão caindo nas armadilhas da maturidade e usando roupas, ouvindo músicas e adotando uma linguagem como se fossem mais velhas do que de fato são. Mas não existem evidências que indiquem que o desenvolvimento emocional e social dessas crianças caminha no mesmo ritmo².”

Assim tentaremos, pois responder a seguinte pergunta: Pode o publicitário responder pela publicidade abusiva contra criança e ao adolescente?

O objetivo principal deste trabalho acadêmico é discutir sobre a publicidade abusiva em face do menor diante do ordenamento jurídico brasileiro. Como objetivos específicos pretendemos analisar a proteção legal da criança no Brasil; demonstrar a influência da publicidade na criança; analisar os princípios e questionar sobre a publicidade diante da doutrina jurídica.

Para atingir os objetivos propostos elaborou-se as seguintes questões norteadoras:

- a) Como mostrar a proteção legal da criança no Brasil?
- b) Por que analisar os contornos da publicidade diante dos princípios?
- c) Por que demonstrar sobre a influência da publicidade na criança?
- d) Como questionar sobre a publicidade diante da doutrina jurídica?

O estudo que servirá de base para fundamentar a pesquisa será através da pesquisa bibliográfica em livros, revistas especializadas, sites e artigos científicos. De acordo com Gil (2011, p.44) a pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

² LINN, Susan. **Crianças do consumo: a infância roubada**. Tradução Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006. Disponível em <http://www.semprefamilia.com.br> > Comportamento. acesso em 10.out.2015.

A monografia está estruturada em quatro capítulos assim constituídos:

Na parte introdutória aborda sobre o tema, objetivos, justificativa e a metodologia.

O primeiro capítulo ressalta sobre a proteção legal da criança, os princípios orientadores do Estatuto da criança e do adolescente, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, a proteção integral diante do ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo trata dos contornos da publicidade, a vulnerabilidade agravada por ser criança, aspectos da publicidade abusiva e a influência sobre a criança, a legislação de proteção à criança ao mundo e as medidas educativas para o consumo consciente.

O terceiro capítulo aborda sobre a publicidade, propaganda, publicidade e publicidade sensível, o princípio da boa-fé e o dever de informar, princípio da identificação da mensagem publicitária, princípio da veracidade, princípio da não abusividade da publicidade e o princípio restrito. O estudo segue, então para os efeitos negativos da publicidade, segundo o CDC e o ECA fazendo uma mensagem subliminar, cujo uso na mídia tem incentivado um projeto de Lei.

O quarto capítulo enfoca sobre a análise jurídica analisando a doutrina jurídica, os legisladores e o projeto de lei nº5. 921 /2001 e as jurisprudências, relata a visão dos doutrinadores sobre o tema do trabalho.

Por último as considerações finais onde traz uma análise de toda a pesquisa, sobre o consumo inconsciente do público infantil, onde a publicidade vem buscando a cada dia mais efetividade nas suas criatividades. Entretanto, no mundo capitalista, onde a criança tem sido alvo da publicidade, por ser um ser que vem desempenhando um papel importante na economia atual.

2 A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA NO BRASIL

2.1 A doutrina da proteção integral da criança

A Carta Magna proclamada em 1988, inovou ao abraçar a Doutrina da Proteção integral que discute sobre a infância e adolescência no Brasil. A mencionada doutrina começou a ser questionada no panorama internacional, nas convenções e documentos que trata dos assuntos ligados a criança, dentre os quais pode-se citar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, consagrada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas³. De acordo com as palavras de Liberati⁴, a Convenção “representou até agora, dentro do panorama legal internacional, o resumo e a conclusão de toda a legislação garantiste de proteção à infância”.

A Convenção garantiu a Doutrina da Proteção Integral ao determinar um conjunto de direitos de natureza individual, coletiva, econômica, social e cultural, considerando a criança e adolescente como são sujeitos de direitos e, observando a vulnerabilidade, e que todos necessitam de cuidados e proteção especiais. Exige a Convenção, com força de lei internacional⁵, pois os países signatários devem ter uma lei que venha de encontro às normas em vigor, e ações que busquem novos mecanismos de controle e fiscalização.

O Brasil, diante dos fundamentos essenciais discutidos na Convenção, definiu no texto constitucional de 1988 a Doutrina da Proteção Integral, aludindo em seu art. 227⁶ como:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem⁷, 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.

³ O Brasil ratificou a Convenção em setembro de 1990, período Pós-Constituição Cidadã. (MENESES, 2008).

⁴ LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e ato infracional**. Medida socioeducativa é pena? -São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009, p. 20

⁵ A Carta de 1988 inova ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. (PIOVESAN, 2009, p. 52). Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais (art. 5º, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

⁶ Na época da elaboração da Constituição de 1988, houve uma expressiva mobilização popular em defesa dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, composta por profissionais ligados diretamente ao atendimento deles, como psicólogos, médicos, assistentes sociais, advogados, promotores de justiça, juízes de direito, e suas associações profissionais, e também por organismos da sociedade civil organizada ligados à defesa de crianças e adolescentes e à defesa dos Direitos Humanos. Mobilização esta que desaguou numa Frente Parlamentar suprapartidária em prol desses interesses, composta por membros de todas as agremiações políticas representadas na Assembleia. Foi entregue aos constituintes um manifesto em favor da atual redação do art. 227 da CF, contendo cerca de cinco milhões de assinaturas (MACHADO, 2003, p. 26).

⁷ Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, na data comemorativa dos vinte anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterou o artigo 227 da Constituição Brasileira ao incluir a proteção dos direitos do jovem.

De acordo com Saraiva⁸, o problema da criança e adolescente pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, foi tido como direito garantido com prioridade. a criança e o adolescente como sujeito de direito singulares para o desenvolvimento, a serem protegidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, assegurados pela Carta Magna, e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, que consagrou como princípio basilar que “a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA promulgado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 no governo do presidente Fernando Collor de Melo regulamenta os direitos e responsabilidade de crianças e adolescentes. O Estatuto traz inovações importantes na defesa jurídico-social de crianças e adolescentes.

Dessa forma, percebe-se a importância da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que significou uma verdadeira revolução, ao adotar a doutrina da proteção integral.

A gama de direitos elencados basicamente no art. 227 da Constituição Federal, os quais constituem direitos fundamentais, de extrema relevância, não só pelo seu conteúdo como pela sua titularidade, devem, obrigatoriamente, ser garantidos pelo Estatuto, e uma forma de tornar concreta essa garantia deu-se, justamente, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem a nobre e difícil tarefa de materializar o preceito constitucional⁹.

Assim sendo, Veronese (2009) explica que ao criar uma legislação que venha de encontro aos interesses da crianças e adolescentes como sujeitos de direitos era primordial, que fosse verificados as normas constitucionais, e assim que pudessem ser dissolvidos as suas finalidades. Logo, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos próprios e especiais, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, tornou-se necessária a existência de uma proteção especializada, diferenciada, integral.

Segundo o comentário de Paula (2002) a criança e ao adolescente necessita de proteção integral, diante da natureza do Direito:

[...] me parece que a locução proteção integral seja autoexplicativas [...] Proteção Integral exprime finalidades básicas relacionadas às garantias do desenvolvimento saudável e da integridade, materializadas em normas subordinantes que propiciam a

⁸ SARAIVA, João Batista Costa. **Direito penal Juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. 2.ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 94.

apropriação e manutenção dos bens da vida necessários para atingir destes objetivos¹⁰.

A Doutrina da Proteção Integral surgiu para interromper a Doutrina da Situação Irregular que vigorava instituída pelo Código de Menores de 1979, “[...] onde a criança era vista como problema social, um risco à estabilidade, às vezes até uma ameaça à ordem social [...] a infância era um mero objeto de intervenção do Estado regulador da propriedade [...]”. Assim, a doutrina da situação irregular não atingia a totalidade de crianças e adolescentes, mas somente destinava-se àqueles que representavam um obstáculo à ordem, considerados como tais, os abandonados, expostos, transviados, delinquentes, infratores, vadios, pobres, que recebiam todos do Estado a mesma resposta assistencialista, repressiva e institucionalizante¹¹.

Diante da nova norma decretada, criança e adolescente são sujeitos de direitos e não meramente objetos no mundo adulto, pois são portadores de proteção direitos juridicamente, reconhecidos como pessoas para todos os efeitos da lei, mas detém conforme determina uma “supra proteção ou proteção complementar de seus direitos¹²”. Logo, a proteção, é garantida como um conjunto de proteção jurídica a todas as crianças e adolescentes, sem exceção.

Além disso, no campo do atendimento a crianças e adolescentes em condições de risco pessoal e social, o Estatuto rejeitas as práticas subjetivas e discricionárias do direito tutelar tradicional e introduziu salvaguardas jurídicas. Conseguindo dessa forma, conferir à criança e ao adolescente a condição de sujeito de direitos.

Destarte, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme alude o artigo 3º ilustra sobre a proteção complementar determinada pelo novo ensinamento jurídico, ao enfatizar que `a criança e ao adolescente são garantidos todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, bem como são sujeitos a proteção integral *in verbis*.

Art.3º A criança e ao 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.

¹⁰ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31

¹¹ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese. **Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multidéia, 2009, p. 68.

¹² BRUNÖL, Miguel Cillero. **O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança**. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Org.). Tradução de Eliete Ávila Wofff. **Infância, lei e democracia na América Latina**. Análise crítica do panorama legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990-1998). Blumenau: Edifurb, vol. 1, 2001. p. 91-111.

Neste sentido, vale destacar que mediante o princípio da igualdade de que todas as crianças e adolescentes, tidos como todos os seres humanos que estão na faixa etária entre zero e 18 anos, ou seja, não existindo distinções de crianças e adolescentes, mesmo que se encontrem de diferenciações sociais, econômicas e culturais diferentes.

Destaca Machado que sistema especial de proteção visa a vulnerabilidade peculiar de crianças e adolescentes, mediante a realidade o princípio da igualdade:

“a) distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção do homo médio; b) autoriza e opera a aparente quebra do princípio da igualdade – porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal¹³.”.

Assim, com base nos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, art. 1º, III- a dignidade da pessoa humana, pois afeta o bem estar da criança e do adolescente prejudicando seu desenvolvimento físico, psicológico e social, cabendo a sociedade fiscalizar a atuação do Estado.

Dispõe o art. 227 da Constituição Federal e art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente garantia da dignidade da pessoa humana assegurado nos direitos fundamentais que são aqueles que se destinam a resguardar a dignidade da pessoa humana de modo que sem eles o ser humano não se realiza enquanto tenham condições de sobreviver de forma digna. O ECA cuida, ainda, da prevenção da ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, responsabilizando pais, sociedade e o poder público por fatos que coloquem em risco tais direitos. Assim reza a legislação:

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

Para haver efetivação de todos os direitos fundamentais que são assegurados à criança e ao adolescente é necessário garantir a convivência familiar. Institutos não são como família, pois o vínculo familiar é baseado na afetividade. E é por isso, com base na relevância dessa convivência familiar, que a lei da criança e do adolescente e os direitos humanos, consagra um desenvolvimento com dignidade, que, o art. 19 do ECA ressalta “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta.

¹³ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 123

A lei ordinária nº 8.069/90, no parágrafo único do artigo 4º, demonstra a garantia da prioridade absoluta como sendo: 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.

Neste sentido, Machado (2003) entende que o direito fundamental a criança e adolescentes deve contribuir para o desenvolvimento de todas as suas potencialidades, enquanto ser independente. E assim explica:

[...] sustento, pode-se afirmar, ao menos sob uma ótica princípio lógica ou conceitual, que a possibilidade de formar a personalidade humana adulta – que é exatamente o que estão “fazendo” crianças e adolescentes pelo simples fato de crescerem até a condição adulta – há de ser reconhecida como direito fundamental do ser humano, porque sem ela nem poderiam ser os demais direitos da personalidade adulta, ou a própria personalidade adulta¹⁴.

Entretanto, comenta a autora, que a personalidade infanto-juvenil não está somente relacionada com o meio social em que a pessoa vive, mas na sua formação adulta, do potencial de criação intelectual de um ser humano. Assim, o que gera e justifica essa natureza da proteção especial às crianças e adolescentes são a efetividade dos direitos garantidos como sujeitos de direitos e por estar mais apto a vulnerabilidade que a infância e juventude representam à sociedade.

2.2 Direitos fundamentais das crianças e aos adolescentes.

A Lei Fundamental consagrou a chamada doutrina ou teoria da proteção integral estabelecendo, também, que a proteção à criança e ao adolescente fosse tratada como prioridade. Atribuindo responsabilidade ao Poder Público, a sociedade e a família em relação ao cuidado para com o menor, nos seus artigos 227 e 228, a Carta Magna mostra avanço no trato com a criança e ao adolescente.

Assim encontramos a escrita de legislações:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

¹⁴ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 110.

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2009, p. 68. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (BRASIL Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Destarte informar que a educação, saúde, lazer, moradia, segurança são direitos sociais – “Direitos sociais são direitos de conteúdo econômico-social que visam melhorar as condições de vida e de trabalho para todos. São prestação positiva do Estado em prol dos menos favorecidos e dos setores economicamente mais fraco da sociedade”¹⁵. Estão afirmados na Carta Magna de 1988 e dão tratamento diferenciado ao menor criando políticas públicas, de responsabilidade do Estado, voltadas exclusivamente para a criança e ao adolescente.

Machado (2003) assevera que os direitos aludidos no caput do artigo 227 e 228 da CF/88 são direitos fundamentais da pessoa humana, pois o direito à vida, à liberdade, à igualdade mencionados no caput do artigo 5º da CF referem-se a mesma vida, liberdade, igualdade descritas no artigo 227 e § 3º do artigo 228, ou seja, tratam-se de direitos da mesma natureza, sendo todos direitos fundamentais. Nesse sentido, a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente no Estado brasileiro amplia-se ao dever de todos, estando sujeito aos efeitos das normas jurídicas trazidas do comprometimento da verdadeira eficácia da lei e em pleno desenvolvimento.

Segundo Bobbio¹⁶ explica como sendo singular a proteção destinada às crianças e adolescentes:

Se se diz que “criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção *particular* e de cuidados *especiais*”, deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como *unius singulare* com relação a um *ius*

¹⁵ PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais. vol. 17, 4ªed.rev.São Paulo, Saraiva, 2010, p. 162.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 35.

commne; o destaque que se dá a essa especificidade do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*..

Os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais e, de acordo com Machado (2003), eles podem ser diferenciados do direito dos adultos por dois aspectos, sendo um quantitativo, pois crianças e adolescentes são beneficiários de mais direitos do que os adultos, e ainda podem ser classificados pelo seu aspecto qualitativo ou estrutural, por estarem os titulares de tais direitos em peculiar condição de desenvolvimento¹⁷.

2.2.1 Direito à Vida e à Saúde

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ostenta os direitos fundamentais pelo direito à vida e à saúde. Assim, conforme expressa o artigo 7º do ECA: “A criança e ao adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

O ECA consolidou várias medidas de caráter preventivo, e das ações de políticas públicas que permitam o nascimento sadio, configurando-se, segundo Elias (2005) o direito de nascer, garantindo à gestante o atendimento pré e perinatal, pelo Sistema Único de Saúde (art. 8). Às mães é assegurado o aleitamento materno, mesmo se estiverem submetidas a medida privativa de liberdade (art.9). Aos hospitais e demais estabelecimentos são impostas obrigações, tais como a manutenção de registros (prontuários) pelo período de 18 anos, identificação do recém-nascido, proceder a exames acerca de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, prestar orientação aos pais, fornecer declaração de nascimento onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato (art. 10).

Além dos deveres da entidade familiar e da sociedade, a obrigatoriedade do Estado para com o menor, de maneira preferencial, é formular e executar políticas públicas apropriadas a garantir às crianças e aos adolescentes a proteção integral, reservar recursos necessários para a consecução dos programas e ações constituídas em benefício da infância e juventude.

¹⁷ Ibidem 14, p.111.

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina tratamento igualitário a todos os sujeitos, independentemente da condição social (art. 11). Os portadores de deficientes receberão tratamento especializado (§ 1º), incumbindo ao poder público o fornecimento gratuito de medicamentos, próteses e outros recursos quando necessários (§ 2º). No caso de internação da criança e do adolescente, os hospitais deverão propiciar condições para que um dos pais permaneça com o paciente (art.12). O Sistema Único de Saúde promoverá ainda programas de assistência médica, odontológica e campanhas de vacinação das crianças (art. 14).

Observa-se, desta forma, que o direito à vida, inculido no direito à saúde, é considerado o mais elementar e absoluto dos direitos fundamentais, pois é indispensável ao exercício de todos os outros direitos. Não pode ser confundido com sobrevivência, pois o direito à vida implica o reconhecimento do direito de viver com dignidade, direito de viver bem, desde o momento da formação do ser humano¹⁸.

Neste sentido Amim¹⁹ pondera sobre a efetivação do direito à vida e à saúde, indicando que o adolescente estando à beira da morte, deve ser garantido os recursos necessários para a sua sobrevivência, dando-lhe um tratamento digno.

Assim de acordo com o capítulo IV do Estatuto da criança e do adolescente garante o direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer:

Art. 53. A criança e ao adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - direito de ser respeitado por seus educadores;

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;

V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Destarte informar que a prática esportiva atua no desenvolvimento físico, na formação para o exercício da cidadania, tem impacto direto na melhoria das habilidades motoras da criança gerando novas perspectivas de vida para todas as crianças e adolescente.

¹⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 56.

¹⁹ Ibidem 17..

O esporte e lazer contribuem para que a criança e ao adolescente desenvolvam suas potencialidades e sua interação social.

3 OS CONTORNOS DA PUBLICIDADE

3.1 A criança enquanto hipossuficiente¹ em suas vulnerabilidades

Partindo da definição sobre a criança, vale observar o conceito jurídico ressaltado no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA²⁰: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

A sociedade de modo geral é consumista por natureza, incluindo a criança nesse aspecto. Portanto, é mister verificar o envolvimento da publicidade em torno do menor, que se torna uma atividade atrativa diante de suas vulnerabilidades.

O Código de Defesa do Consumidor - CDC visa proteger o consumidor nas relações jurídicas de consumo, pois nele está embutida uma qualidade que diz respeito a toda relação de consumo: a vulnerabilidade. E é a “vulnerabilidade do consumidor que justifica a existência do Código²¹.” A vulnerabilidade parte do princípio em que opera o desequilíbrio existente na relação entre o consumidor e os anunciantes de produtos ou serviços. Portanto, é anunciante aqueles que usam os diversos instrumentos que faz demandar a máquina produtiva, onde pode-se citar, a publicidade.

Existe uma amplitude em relação a aplicação os contornos na definição de consumidor, “tendo o legislador optado pela adição dos diversos conceitos, adequando-os aos distintos campos de incidência, podemos dizer que os conceitos de consumidor são formulados de acordo com a amplitude que as relações de consumo podem vir a atingir²².”

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

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

²⁰ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13/07/90. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. DOU de 16/7/90 e Retificada em 27/9/90.

²¹ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 382.

²² DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 70.

Neste sentido, a criança diante da publicidade é considerada como consumidora por equiparação. Assim, merece destacar as palavras de Herman Benjamin²³ sobre as práticas comerciais, onde está incluída a atividade publicitária, ressaltando especialmente da importância deste conceito “para fins de controle preventivo e abstrato dessas práticas [...] exatamente porque estamos diante de atividades que trazem um enorme potencial danoso, de caráter coletivo ou difuso²⁴.”

Assim, não obstante o artigo 2º, mas também o artigo 29 do CDC, explica que consumidor é além daquele que adquire ou utiliza produto ou serviço, como também as pessoas expostas às práticas comerciais nela prevista.

Vale destacar a posição de Cláudia Lima Marques:

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) *expostas às práticas abusivas*. Estas, mesmo não sendo ‘consumidores *stricto sensu*’ poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas!²⁵.

A criança é consumidora por equiparação e especialmente vulnerável, diante de não ter idade suficiente para exposição da imagem, sendo classificada como hipervulnerável. No entendimento de Herman Benjamin²⁶, esse conceito é apresentado no mesmo sentido de hipossuficiência. O referido autor afirma que a criança é hipossuficiente em virtude de seu desenvolvimento psicossocial, sendo considerada mediante a relação estabelecida entre a criança e a publicidade:

A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreender o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em consequência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de uma certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo²⁷.

²³ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 264-265

²⁴ *Ibidem* 11, p, 264-265.

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.78-79.

²⁶ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 354-381.

²⁷ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 354.

Em relação aos aspectos das vulnerabilidades, pode ser classificada sobre vários aspectos, conforme expõe Paulo Valério Dal Pai Moraes ressaltando em específico à fisiológica ou psíquica, que são decorrentes da natureza humana. Comentando que a forma está fundamentada em pesquisas da arquitetura cerebral e dos mecanismos que contribuem para a tomada de decisões, sendo um fator principal sobre o excesso de informação no mundo atual, podendo trazer resultados positivos visando maior compreensão sobre o mundo, ou negativos:

[...] agredido por uma variação imensa de estímulos visuais, do paladar, auditivos, químicos, táteis, etc., o ser humano experimenta uma verdadeira revolução no seu interior fisiológico e psíquico, a qual tem como resultado, muitas vezes, uma incorreta tomada de decisão, enfocando o aspecto estrito do que, de fato, é necessário para a satisfação daquilo que o consumidor precisa²⁸.

O mencionado autor direciona-se aos psicólogos mostrando na teoria uma relação do que seria útil ou necessário ao consumidor, através da ideia de desejos e necessidades que não são utilizados. Estes aspectos psicológicos denotam uma complexidade do processo de compra influenciada por elementos de estímulos da publicidade, o que deve ser verificado ao avaliarmos a vulnerabilidade da criança, isto é, da confusão entre o que é necessário e o que se torna necessário por meio da motivação publicitária²⁹. É a partir daí que se percebe o conteúdo persuasivo e a possibilidade de caráter abusivo³⁰ da publicidade.

Uma das formas de vulnerabilidade dos consumidores é a social, “na medida em que se constituem em massa desorganizada e sem intercomunicação, ao passo que o fornecedor possui ambas as características³¹”. Neste aspecto, existe um fator importante a experiência dos publicitários, que domina o mercado e as relações de consumo. No entanto, a publicidade direcionada ao público infantil, torna-se cada vez mais atrativa, com o objetivo de seduzir o consumidor desta idade, lança produtos inovadores em diversos segmentos, fazendo com que a criança se sinta atraída pelo produtos e serviços.

Neste sentido, vale elucidar o comentário de Gino Giacomani Filho que enfatiza sobre a campanha da Coca cola nos anos 80 que enunciava: quem juntasse considerável número de tampinhas do refrigerante poderia trocá-las por miniaturas do produto. Entretanto,

²⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais Práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 145.

²⁹ *Ibidem*, 27, p. 152-255.

³⁰ Considera-se publicidade abusiva “na manifestação do abuso do direito de manifestar o pensamento e para sua caracterização ideal deve-se apurar hostilidade ao princípio cardinal da teoria do abuso do direito, que se opõe a esta deformação anti-social, a saber, o princípio da função social da comunicação.” FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 232.

³¹ *Ibidem*, 27, p. 247.

a indústria mandou produzir aproximadamente 1 milhão de mini caixinhas e 6 milhões de garrafinhas para que pudesse ser efetuadas as trocas.

A criança é, no Brasil, soberana do lar. Sua participação nas decisões da casa tem sido crescente e proporcional ao 'abandono' dos pais, abandono este representado pela priorização do trabalho a fim de aumentar a renda familiar, pelas atividades externas para um melhor relacionamento social, relegando as crianças à televisão³².

Entretanto, essa mudança na cultura é explicada por Geoffrey Cannon quando menciona vários países, onde se destaca o Sri Lanka, em que a alimentação nativa foi reduzida, e que produtos industrializados passaram a ser um hábito alimentar passando a ser entendido como produtos necessários:

Os tapumes que cercam os povoados estão cobertos de cartazes mostrando a Margarina Astra, um produto feito de gordura saturada que permanece sólida sob o maior calor tropical. [...] Anúncios de leite em pó da Nestlé são visíveis em toda a parte e incontáveis folhetos promovem a campanha 'Construa uma moto com Coca-Cola'³³.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA³⁴ demonstrou em audiência pública que o índice do poder de influência das crianças na hora das compras aumentou em 71% no ano 2000 para 82% em 2005.

Nos dias atuais, no Brasil constantemente vem sendo discutido assuntos relacionados ao interesses e necessidades da criança, respeitando sua hipervulnerabilidade, onde legisladores, operadores do direito, psicólogos, publicitários, representantes da indústria e sociedade civil organizada vem em defesa sobre a proteção da criança diante das relações de consumo.

3.2 Aspectos da publicidade abusiva e a influência sobre a criança

Vale mencionar, a definição de publicidade, na visão de alguns doutrinadores e pela legislação. Mediante a compreensão de alguns autores demonstram que publicidade e propaganda são o mesmo objeto de estudo. E não são. As várias formas de publicidade são

³² GIACOMANI FILHO, Gino. **Consumidor Versus Propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p.54.

³³ CANNON, Geoffrey. Onde vamos começar? In: RICHTER, Hildegard Bromberg (Org.). **Um assassinato perfeitamente legal: nossa alimentação**. 4. ed. São Paulo: Paulus, 2007, p. 20.

³⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001**. 18 jun. 09, Brasília-DF.

abordadas independentemente do veículo de comunicação (televisão, rádio, outdoor, embalagens, rotulagens, entre outros).

No entender de Paulo Valério Dal Pai Moraes³⁵ assevera de forma sucinta que a publicidade tem o intuito de captar a atenção do público para consumo de produtos ou serviços.

Sendo assim, destaca-se o exemplo, dado pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República – SECOM onde o termo “Publicidade de Utilidade Pública,”³⁶ aplicando-a em campanhas governamentais como a de registro civil de nascimento, campanha para inserção social de pessoas com deficiência, entre outras.

Existem várias classificações para publicidade, como exemplo da institucional, que não tem como objeto ligado a determinado produto ou serviço, mas que esteja relacionado a imagem da instituição e que possa surtir efeito ao consumidor.

Entretanto, a publicidade e propaganda – tem a capacidade de demonstrar “ação psicológica no público pela divulgação de mensagens, embora, como já dito, se distingam quanto aos objetivos³⁷.”

Diante das normas brasileiras, Herman Benjamin alude que toda publicidade utilizada pela criança até determinada idade tem um grande caráter abusivo, “a utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática³⁸.” Assim, esse fato ocorre devido as dificuldades apresentadas as crianças, especialmente as menores, mediante ao caráter persuasivo da publicidade, pois, a criança, além da vulnerabilidade em relação ao consumidor, possui ainda situação agravante de ser considerada hipossuficiente em relação ligada ao psicológico e afetivo, necessitando de atenção especial, daí ser considerada hipervulnerável em relação aos abusos publicitários.

A relação da publicidade, quando considerada abusiva é mister de base para toda a discussão que venha ensejar a atividade publicitária frente à proteção da criança.

³⁵ Para Moraes, “publicidade significa o ato de tornar público um fato ou uma idéia com o objetivo comercial, sendo espécie do gênero propaganda.” MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p.274.

³⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República. **Instrução Normativa nº 2, de 20 de fevereiro de 2006**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/Subsecretaria/instrumentos/>, Acesso em: 09 out. 2009.

³⁷ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 11.

³⁸ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 381-382.

De acordo com Cláudia Lima Marques³⁹, “a publicidade abusiva é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”, mostrando assim a importância axiológica e teleológica da publicidade diante das relações de consumo.

Segundo Guilherme Fernandes Neto, que de forma objetiva comenta que “enquanto a propaganda afasta-se do fim lucrativo, a publicidade objetiva estimular uma necessidade existente – ou criar uma que ainda não existe – com o inequívoco objetivo do aumento do faturamento, ou seja, do lucro⁴⁰.”.

A publicidade abusiva é considerada ilícita, segundo o entendimento de Paulo Valério Dal Pai Moraes⁴¹ sendo reconhecida como abuso do exercício de um direito reconhecido. Mas, mesmo lícita, “seus mecanismos de atuação possuem forte potencial de vulneração ao consumidor, sendo, portanto, uma realidade que deve sempre ser considerada pelo sistema jurídico e pelo aplicador da lei, quando da resolução do caso concreto.”

De acordo com o posicionamento de Noemi Momberger⁴² ao enfatizar que o princípio da ética publicitária – identificação da publicidade como publicidade - previsto na auto-regulamentação proposta pelo Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária - CONAR, tem também previsão normativa do CDC, pois “o público-alvo deve ser capaz de distinguir entre publicidade e programação normal de televisão imediatamente e sem maiores esforços.” Neste sentido, este princípio, busca a transparência da comunicação publicitária, nem tem o cuidado de verificar quando a publicidade está relacionada à criança.

Para Herman Benjamin⁴³ afirma que a publicidade deve estar relacionada ao consumidor. Não deve visto como um objeto que não tenha o desejo de ser consumido, pois deve haver uma relação entre produto e consumidor, assim determina o princípio que rege a atividade publicitária. Diante do texto do CDC no artigo 36 reza este princípio: Art. 36. A

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 669.

⁴⁰ FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 43.

⁴¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai, **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 269-275.

⁴² MOMBERGER, Noemí Friske, **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 35-36.

⁴³ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 328.

publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal⁴⁴.

Diversas técnicas são utilizadas como ferramenta de persuasão publicitária e as pesquisas demonstram que as pessoas públicas contribuem de alguma forma na publicidade dirigidas ao público infantil, em meio a outras técnicas.

[...] Elas tendem a aceitar prontamente as alegações e apelos de produtos caros, especialmente aqueles anunciados por personagens e atores de quem gostam e nos quais confiam. [...] As crianças não identificam a publicidade como tal, e como são leais, confiam nos apelos de seus personagens e atores preferidos de programas infantis, portanto, suscetíveis de serem influenciadas pelos comerciais⁴⁵.

Noemi Momberger⁴⁶ verifica os fundamentos da legislação estrangeira, onde a utilização de personagens ou de um simples fantoche participa da confusão no momento de assimilar e separar a publicidade da programação, que passam a apoiar e a fomentar o consumo pelas crianças.

Segundo Gino Giacomani Filho⁴⁷ afirma que:

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

Neste sentido, o publicitário Menna Barreto explana uma das técnicas de persuasão publicitária através do uso de personalidades e celebridades, assim como Xuxa, jogadores de futebol ou intérpretes de novelas, sempre marcados pela presença dos anúncios:

O poder visual de persuasão de um ídolo é enorme. Porém já é imenso o poder de qualquer pessoa, com seu retrato real, vivo, prestando-se a uma idéia, trabalhando em prol de um objetivo. [...] Quando possível, mostre alguém real, de corpo presente, falando bem de seu produto em seus anúncios⁴⁸.

Existem diversas técnicas publicitárias de persuasão como a humanização do contexto publicitário (apelo aos sentimentos), particularização (apelo a pequeno detalhe para

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 29 set. 2015.

⁴⁵ MOMBERGER, Noemí Friske, **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 35.

⁴⁶ Ibidem 43, p. 100-103.

⁴⁷ GIACOMANI FILHO, Gino. **Consumidor Versus Propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p. 54-59.

⁴⁸ BARRETO, Roberto Menna. **Criatividade em propaganda**. 11. ed., São Paulo: Summus, 1982, p.193-195.

valorizar o produto como um todo), imposição de uma tese sobre o produto, humor, uso de termos que despertam a curiosidade, apelo ao sexo, entre outras⁴⁹.

3.3 A legislação de proteção à criança no mundo

A trajetória da legislação de proteção à criança surgiu através da Declaração de Genebra, em 1924⁵⁰. Desde essa data, vários instrumentos são utilizados em defesa desse mesmo pensamento: Declaração Universal dos Direitos das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos da Criança, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, Convenção sobre o Direito da Criança, entre outros⁵¹.

Vários países, especialmente os mais desenvolvidos, tem uma legislação específica assegurando a proteção da criança em relação à publicidade, onde algumas pesquisas geraram em favor da conscientização sobre as regras de proteção que pudessem ser estabelecidas.

Todos os países democráticos do mundo controlam, de uma forma ou de outra, a publicidade. [...] O controle justifica-se, ademais, pelo reconhecimento de que a informação que é dada pelo anunciante é um mero veículo – parcial – por ele utilizado para incentivar os consumidores a adquirirem seus produtos e serviços. Não se deve, pois, esperar mais informação que aquela que seja suficiente para alcançar tal objetivo⁵².

No Brasil, a Carta Magna, como a lei específica voltada à criança, o ECA, assegura, exclusivamente, do tema publicidade voltada ao público infantil. Estes dois instrumentos estes juntamente com o CDC, contribui para garantir a proteção legal relacionada aos interesses da criança, quando se trata de publicidade abusiva.

A criação do CDC como microsistema teve influência estrangeira em relação a publicidade mediante as relações existente entre o consumidor, sendo assim, Herman

⁴⁹ Ibidem 48, p 183-248.

⁵⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. *In*: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.11

⁵¹ MOMBERGER, Noemí Friske, **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 37-38.

⁵² **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 315.

Benjamin⁵³, como um dos autores do anteprojeto do CDC, valeu-se do direito comparado para adequar a necessidade normativa brasileira, sobretudo nos direitos francês e norte-americano.

Em Quebec, no Canadá, foi proibida a veiculação de publicidade para crianças menores de 13 anos, enquanto “restrições semelhantes existem na Diretiva específica da Comunidade Europeia, o que demonstra a grandiosidade do problema e a sua vinculação aos aspectos psicológicos e neurofisiológicos [...]”⁵⁴.” Observa-se que diante das pesquisas realizadas a criação de legislação específica em vários países. No entanto, as legislações foram consideradas severas demais diante da opinião dos publicitários brasileiros, em relação ao fato em limitar à publicidade dirigida às crianças.

O Instituto Alana⁵⁵, instituição elaborou um documentário publicado em *site* demonstrando a preocupação social e a existência normativa de alcance específico na proteção da criança em relação à publicidade em diversos países, sobretudo os de primeiro mundo. Estas normas foram criadas após estudos do comportamento de consumo das crianças em relação às publicidades:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Áustria: é proibido qualquer tipo de publicidade nas escolas.

⁵³ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 326.

⁵⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor:** no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p.271.

⁵⁵ Sobre o Instituto Alana, “é uma organização sem fins lucrativos criada em 1994 que tem como missão fomentar e promover à assistência social, a educação, a cultura, a proteção e o amparo da população em geral, [...] É também incumbência do Instituto desenvolver atividades em prol da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes relacionadas a relações de consumo em geral, bem como ao excessivo consumismo ao qual são expostos. [...] O Instituto não tem a intenção de ocupar as lacunas deixadas pelo Estado no atendimento a comunidades carentes. [...] Da mesma maneira, o Instituto não visa acabar com as práticas comerciais. No entanto, persegue mudanças de paradigmas na sociedade, propondo alterações nas relações de consumo, fortalecendo valores humanísticos hoje tão menosprezados. A partir do Criança e Consumo introduz discussões sobre cidadania, participação social e qualidade de vida, levando informação crítica aos pais e educadores, instruindo-os sobre os malefícios do exagerado consumismo infanto-juvenil.” INSTITUTO ALANA. **O instituto.** Disponível em: < <http://www.alana.org.br/Institucional/Instituto.aspx> > Acesso em: 29set.2015.

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

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

Portugal: é proibido qualquer tipo de publicidade nas escolas.

Noruega: é proibida a publicidade direcionada à crianças com menos de 12 anos. Proibida qualquer publicidade durante os programas infantis⁵⁶.

O documentário foi exibido durante a audiência pública que discutiu o Projeto de Lei nº 5.921/2001. O argumento proposto pelo Instituto defendia que não tinha o intuito de proibir a publicidade de produtos infantis, mas proibir que a publicidade destes produtos tenha como alvo as pessoas adultas, pois estas pessoas possuem condições de se defender quanto à aquisição do produto.

⁵⁶ Idem. **Criança, a alma do negócio.** Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 27 set. 2015.

4 PUBLICIDADE ABUSIVA EM FACE DA CRIANÇA

A publicidade é uma utopia, mas nem sempre a criança tem maturidade suficiente para fazer o necessário discernimento. As agências publicitárias, entretanto, consideram que muita explicação é um insulto à inteligência do menor.

O direito abriga valores fundamentais de equidade e justiça para disciplinar o convívio do homem em sociedade, visando o bem comum e a ordem social. Neste contexto, se torna necessário regulamentar corretamente a publicidade, pois é fato que, na acirrada concorrência empresarial, possam ocorrer excessos publicitários que devem ser efetivamente coibidos⁵⁷.

4.1 Propaganda, publicidade e publicidade sensível

Segundo a visão de Rizzatto Nunes, propaganda e publicidade são palavras que podem ser usadas como sinônimos⁵⁸. Logo, nas palavras de Aurélio a etimologia dessas palavras existe uma distinção, o termo propaganda vem de *propagare*, ou seja, coisas que devem ser propagadas, já a palavra publicidade aponta para a qualidade daquilo que é público ou do que é feito em público⁵⁹.

Estudando a Carta Magna nota-se que não existe uma distinção entre essas expressões, como também em relação à legislação infraconstitucional não se observa nenhuma diferença nessas expressões.

No entanto, a Lei 4.680 de 1965 no art.5º define sobre propaganda como qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado. Entretanto, observando o conceito de publicidade pode-se notar que se refere diretamente a imagem de público, mas especificamente partindo do que assegura o princípio da publicidade determinado na Constituição Federal.

⁵⁷ SAMPAIO, Fernanda Tiosso. **As abusividades da publicidade e o público infantil**. Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau Bacharel em Direito. Presidente Prudente. São Paulo, 2008. 111fls. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/681/752>. acesso em 02.out.2015.

⁵⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 494.

⁵⁹ Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. P. 1402 e 1414 *apud* NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 493.

De acordo Carlos Ferreira de Almeida ao explicar sobre a publicidade afirma que é a “informação dirigida ao público com o objetivo de promover direta ou indiretamente uma atividade econômica”⁶⁰.

Neste sentido, vale destacar que segundo os estudiosos da área de publicidade analisando o fenômeno da publicidade está diretamente ligada a cinco objetivos a serem atingidos devido ao anúncio publicitário, tais como:

Em primeiro lugar o anúncio publicitário deve chamar atenção, em seguida despertar o interesse, e com isso estimular o desejo, para criar a convicção da necessidade e com isso induzir a ação desejada⁶¹.

Logo, essa linguagem tem como finalidade chamar a atenção do público alvo para que este possa consumir o produto, com o intuito que o mesmo seja objeto de desejo.

Portanto, o conceito de propaganda e publicidade se faz necessário maior esclarecimento sobre a publicidade sensível.

Conforme Cristiano Aguiar, no estudo exposto no ano de 2010 cujo o tema explicava sobre a definição de “publicidade sensível” enfatizando ser aquela que pode trazer algum tipo de dano à sociedade, sendo classificada em três categorias:

- a) Quanto ao produto anunciado: Publicidade sensível nesse caso refere-se àqueles anúncios de produtos possivelmente danosos, como por exemplo, o tabaco e o álcool, entre outros.
- b) Quanto ao tipo de mensagem: A publicidade sensível nesse caso é aquela que se utiliza de algum recurso retórico que possa causar um impacto negativo a um segmento da sociedade, como por exemplo quando há um forte apelo à violência ou à sexualidade.
- c) Quanto ao público a que se destina: Aqui a publicidade sensível se faz presente quando ela está direcionada ou voltada a grupos que não têm a plena capacidade de análise e entendimento de conteúdos publicitários, encontramos nesse grupo as crianças e os adolescentes⁶².

Com relação ao produto anunciado temos de forma expressa a vedação de que esses produtos, no caso, álcool, tabaco, arma e munições, sejam inseridos publicidade referente a esse tema nas revistas direcionadas ao público infanto-juvenil⁶³. O legislador, ao aludido infelizmente foi tímido em expressar proibir às demais hipóteses, deixando uma lacuna na lei,

⁶⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. Conceito de Publicidade. Boletim do ministério da Justiça, 349, outubro de 1985 *apud* MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 167.

⁶¹ VESTERGAARD, Torben e SCHRODER, Kim. *A linguagem da propaganda*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 47

⁶² LOPES, Cristiano Aguiar. *Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: a situação do Brasil e o panorama internacional*. In Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3849>. acesso em 15.out.2015.

⁶³ Art. 79 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

que diante das entrelinhas pode ser preenchida pela Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, em virtude dos princípios expostos.

Assim a publicidade sensível, direcionada para as crianças e adolescentes, representa a que causa dano as crianças e aos nossos adolescentes.

Vale mencionar, que este tipo de publicidade não deve estar relacionado de nenhuma forma, ao que diz o princípio da proteção integral já que as crianças e adolescentes necessitam ser protegidas, e estar a salvo de qualquer forma de dano que possa vir a sofrer.

A publicidade tem como objetivo cultivar hábitos de consumo. Conforme a teoria comunicacional do cultivo, quanto mais tempo os indivíduos passam consumindo conteúdos midiáticos, mais propensos eles estão a desenvolver hábitos e costumes que reflitam os valores que estão sendo transmitidos pela mídia⁶⁴.

Logo, as crianças são protegidas, e consideradas como sujeitos em formação, já as crianças do Brasil estão asseguradas à programação durante um período de 4 horas por dia, a inserção dessas informações publicitárias.

O Conselho Federal de Psicologia mostra que a publicidade dirigida à criança deve ser observada:

As autonomias intelectuais e moral são construídas paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, tanto do ponto de vista cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade⁶⁵.

Neste sentido, vale destacar que as crianças e adolescentes são pessoas que estão em processo de desenvolvimento da personalidade, onde seus valores, a sua autonomia encontra-se em formação, estão ainda sobre a influência de outras pessoas, e do que foram plantados pelos seus pais. Assim, no ambiente escolar, onde na roda de amigos, a publicidade será um denominador forte por querer sobressair e passará a introjetar um modelo de publicidade de determinado produto.

⁶⁴ GUNTER, Barrie; OATES, Caroline; BLANDES, Mark. Advertisign to Children on TV: content, impact and regulation. London: Lawrence Erlbaum Associates, 2005 APUD LOPES, Cristiano Aguiar. *Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: a situação do Brasil e o panorama internacional*. In Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3849>. acesso em 15.out.2015.

⁶⁵ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2008. LOPES, Cristiano Aguiar. *Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: a situação do Brasil e o panorama internacional*. In Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3849>. acesso em 15.Out.2015.

Aproveitar-se dessa capacidade reduzida de compreensão da criança e do adolescente, que não consegue perceber o que é realidade, do que é ficção é fazer com que essas crianças sejam manipuladas pela publicidade sensível, principalmente com relação a crianças com menos de 8 anos de idade, que não conseguem perceber a diferença entre a publicidade e a programação infantil. E mesmo quando a criança é um pouco maior, que reconhece a peça publicitária não consegue perceber que aquela vontade nasceu da publicidade, ou seja, que foi induzida por ela – publicidade – e não que tenha nascido de forma espontânea na criança⁶⁶.

Assim, se faz necessário que exista boa-fé nas relações de consumo, principalmente diante das relações comerciais em que envolve a publicidade de criança.

4.2 O Princípio da Boa-fé e o Dever de Informar

Classificado por vários defensores do direito como o princípio basilar do direito do consumidor, e analisado como todo o direito privado. Esse princípio está consagrado no CDC, no art. 4º., III.]

De acordo com as palavras de Karl Larenz: “O princípio da boa-fé significa que cada um deve guardar fidelidade com a palavra dada e não frustrar a confiança ou abusar dela, já que esta forma a base indispensável de todas as relações humanas”⁶⁷.

O novo Código Civil de 2002 reconhece atualmente o princípio da boa-fé, em relação ao Código de Defesa do Consumidor no seu art. 4º, III:

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 CF), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

De acordo com o proferido 27 do CJP/STJ relata que: Na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

⁶⁶ VILAR, Norminanda Motoya. *La influencia de La publicidad audiovisual em los niños: estúdios y métodos de investigación*. Barcelona: Bosch, 2007 APUD LOPES, Cristiano Aguiar. *Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: a situação do Brasil e o panorama internacional*. In Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3849>. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista...id.aceeso em 22.set.2015.

⁶⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.54

Merece ressaltar as palavras da ilustre professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Acerca desse novo contrato, então – instituto eternamente presente na triangulação básica do Direito Civil, ao lado da propriedade e da família – seria desejável referir, prioritariamente, às denominadas cláusulas gerais, que constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificado do século passado – que queria a lei clara, uniforme, e precisa (...) – foi radicalmente transformado por forma a assumir a lei característica de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. A mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos. Mesmo levando-se em consideração o extenso rol de vantagens e de desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode gerar num sistema de direito, provavelmente a cláusula da boa-fé objetiva, nos contratos, seja mais útil que deficiente, uma vez que, por boa-fé, *tout court*, se entende que é um fato psicológico e uma virtude que é moral.

Portanto, contemplando o Princípio da Boa-fé diante do ordenamento jurídico brasileiro, merece observar o posicionamento atual do STJ que aludiu o seguinte:

O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-Fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC (STJ, Resp. 586.316, Rel. Min Herman Benjamin, DJ 19/03/09).

Neste sentido, vale mencionar que o dever de informar é, portanto, uma obrigação moral e jurídica onde se faz necessário comunicar à outra parte todas as especificações do negócio, como também ao que está relacionado, ao bem jurídico, que é seu objeto, sendo fundamental para todos os contratantes a lealdade da informação.

Logo, a informação se faz necessária em relação ao sistema do consumo, visando que diante de informação enganosa traz grandes problemas gerando assim responsabilidade. Neste sentido, o fornecedor tem a obrigação de esclarecer o consumidor, de forma objetiva, clara e acessível às informações que sejam consideradas importantes ao produto ou serviço, assim, o Código de Defesa do Consumidor assegura, expressamente, ao consumidor a informação correta, clara e precisa do preço dos produtos, inclusive para os casos de pagamento via cartão de crédito (STJ, REsp 81.269 Rel. Min. Castro Filho, 2ª Turma, 25/06/01)⁶⁸.

Vale destacar a atual posição do STJ que foi reafirmada

Não é razoável que se exclua do conceito de serviço adequado o fornecimento de informações suficientes à satisfatória compreensão dos valores cobrados na conta telefônica. Conseqüência lógica da consagração do direito do consumidor à informação precisa, clara e detalhada é a impossibilidade de condicioná-lo à

⁶⁸ NETTO, Felipe Peixoto Braga. O Ministério Público e o Direito do Consumidor. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3103. Acesso em 12.out.2015.

prestação de qualquer encargo. O fornecimento da fatura há de ser, portanto gratuito. (STJ, REsp 684.712 Rel. Min José Delgado, 1ª. Turma DJ 23/11/06)

O STJ determinou que informação deve estar conforme, os termos exposto no art. 6º., III, do CDC como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor (STJ REsp, Rel. Min Herman Benjamim, 2ª. Turma, DJ 12/03/09)⁶⁹ Se ao fornecedor fosse dado esconder a informação útil (porém potencialmente contrária aos interesses comerciais do fornecedor) no meio de uma multidão de informações inúteis, esvaziado estaria o direito subjetivo do consumidor de ser informado com clareza e exatidão⁷⁰.

Assim, em relação ao princípio da informação o consumidor tem o direito de ser informado de forma clara, objetiva e verdadeira fundado na boa-fé e na lealdade em garantir os produtos e serviços ao consumidor.

4.3 Princípio da Identificação da Mensagem Publicitária

O princípio da identificação da mensagem publicitária emana do que reza no art. 36 do CDC que determina que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Esse princípio baseia-se nos fundamentos do princípio da boa-fé com clareza, institui que o fornecedor deve explicar ao consumidor sobre a publicidade que está sendo inserida através do produto, ou seja, mostrando claramente que o está ligado ao produto está é uma peça publicitária.

Nos casos de crianças, principalmente as menores, nota-se que elas não sabe identificar a mensagem publicitária, pois não tem um visão do que seja a publicidade em sua dimensão, no entanto, em se tratando mensagem publicitária que venha a agredir e não esteja conforme prevê a lei ofende esse princípio, e o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁹ Disponível em <http://http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4092403/recurso-especial-resp-586316>. acesso em 12.out.2015.

⁷⁰ VILAS-BÔAS, Renata Malta. . Publicidade direcionada ao Público Infantil: Violência contra a Criança e contra a sua Família. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10551>. acesso em 20.set.2015.

4.4 Princípio da Veracidade

Esse princípio pressupõe o que reza o disposto no Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo único do art. 36 que o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Dessa forma, se o anúncio publicitário partir do princípio de que a boneca pode voar sozinha, e ainda enfatiza que a criança ao utilizar um determinado produto pode fazer coisas diferentes então, sendo assim, neste exemplo há ofensa a esse princípio, porque o que o fornecedor esclarece diante das características técnicas do produto não está conforme ao veiculado a veracidade do princípio.

4.5 Princípio da não-abusividade da publicidade

Esse princípio explica de que a publicidade não deve ser abusiva. A definição de publicidade abusiva está prevista no Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo 2º, do art. 38:

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

De acordo com Bruno Miragem menciona que o caráter abusivo da publicidade verifica-se mediante a visão de dois ângulos:

1º aspecto: A mera ilicitude, derivada da contrariedade direta a norma, como por exemplo, o art. 3º, IV e 5º. Caput da Constituição que estabelecem expressa vedação à discriminação de qualquer natureza.

2º aspecto: Aquela que contraria à boa-fé ou aos bons costumes, incita comportamento prejudiciais ao indivíduo ou à comunidade. Nessa hipótese nos deparamos com o caráter abusivo que se caracteriza pela violação dos valores social ou juridicamente apreciados e protegidos, bem como se aproveitando da condição de vulnerabilidade agravado do consumidor⁷¹.

Inicialmente a publicidade direcionada ao público infantil, configura-se em publicidade sensível, onde nota-se que a criança não tem autonomia suficiente para entender

⁷¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 180-181.

o que está se desenvolvendo diante do desejo em obter aquele produto ou serviço para o consumo, neste sentido, o valor jurídico de proteção integral à criança fica ileso, por ter se dirigido a um público que não tem noção do efeito causado pela publicidade, e conseqüentemente acaba ferindo com a sua integridade –biopsicossocial.

4.6 A Publicidade Restrita

Inicialmente a publicidade restrita, acontece onde a veiculação da publicidade, tem que atender determinados requisitos, que de maneira nenhuma pode ocorrer, como mencionado no art. 79 do Estatuto da Criança e do Adolescente que proíbe a veiculação de publicidade em revista infanto-juvenil que verse sobre bebida alcoólica ou tabaco, dentre outros. Como se refere à lei 11.265/2006 que tem a finalidade de promover o aleitamento materno dos recém-nascidos e assim veda a promoção comercial dos produtos que contenham fórmulas infantis para lactantes e fórmulas infantis de seguimento para lactentes de nutrientes apresentada ou indicada para recém-nascidos de alto risco, bem como mamadeiras, bicos e chupetas⁷².

Logo, a publicidade acaba sofrendo restrição em várias situações no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, não se deve falar em ofensa à liberdade de expressão comercial, tendo em vista que em face da preservação dos demais princípios se faz necessário que a liberdade de expressão seja considerada limitada. É mister salientar, que dentro do sistema jurídico brasileiro todos os princípios tem que estar em consonância, visando não se acrescentar aos outros com o intuito de perde a sua força e sua existência.

Se é possível que sejam vedadas publicidade sobre determinados produtos ou serviços em decorrência de um direito maior a ser preservado, então no caso em tela faz-se necessário que a publicidade direcionada ao público infantil também venha a sofrer restrição, com relação ao conteúdo que está sendo veiculado, com o horário que está sendo transmitido o anúncio publicitário, ou o meio em que esse anúncio está sendo transmitido⁷³.

⁷² VILAS-BÔAS, Renata Malta. . Publicidade direcionada ao Público Infantil: Violência contra a Criança e contra a sua Família. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10551>. acesso em 20.set.2015.

⁷³ Idem 16,

O princípio da publicidade restrita consiste do contraditório, em que seja observado o direito das partes deve ser comunicado sobre os atos processuais. Somente as partes e os procuradores podem ter acesso aos autos. Em que deve acontecer apenas em casos excepcionais, como:

a) Artigo 792, §1º do Código de Processo Penal: As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1o Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

b) Nos crimes contra a dignidade sexual, previstos no Título VI da parte especial do Código Penal, em clara defesa da intimidade das vítimas, a lei impõe o segredo de justiça obrigatório.

Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

c) A votação dos quesitos pelos jurados do Tribunal do Júri, a fim de resguardar a imparcialidade do julgamento, será sigilosa no que se refere à identificação de cada votante, conforme artigos 466 § 1º, 483, §1ª e 487 do CPP, bem como artigo 5º, XXXVIII da CF.

Assim, importante se faz reprimir que a publicidade não apenas afetam o consumidor por si só, mas pela questão da dignidade da pessoa humana. Diplomas legais têm sido usados para a defesa dos consumidores em geral, como a Constituição Federal, o CDC e outras normas, mas nenhum se destina especificamente à publicidade abusiva em prejuízo as crianças.

5 ANÁLISE JURÍDICA

5.1 A doutrina jurídica

Partindo da acepção da atividade persuasiva, influenciadora e excessiva do consumidor, que o direito busca atentamente cuidar de maneira categórica a publicidade, com o intuito de protegê-los de vários comportamentos que estão à mercê da propaganda, isso faz com que interfira nas relações judiciais. Portanto, “como decorrência de sua importância no mercado, surge a necessidade de que o fenômeno publicitário seja regrado pelo Direito, notadamente pela perspectiva da proteção do consumidor, o ente vulnerável da relação jurídica de consumo⁷⁴,” destacando que a maior incidência da influência da publicidade encontra-se no público infantil notadamente hipervulnerável.

Na esfera jurídica, Eduardo Bittar⁷⁵ diz que os direitos de consumidor são, em verdade, direitos relativos à proteção da pessoa humana inserida na relação de consumo. O CDC trata de um sujeito – consumidor – e não simplesmente da relação de consumo. Com frequência o legislador se vale de expressões com este caráter dado aos direitos do consumidor. A filosofia que movimenta a Constituição é a de que, não importa em que tipo de relação esteja imersa a pessoa humana, ela tem direitos fundamentais garantidos e tutelados.

A ordem pública acontece com publicização dos direitos privados, expressão empregada por alguns doutrinadores como elucida Claudia Lima Marques⁷⁶, para demonstrar a intervenção do Estado nas relações privadas, nos direitos fundamentais de liberdade, calcado na influência dos princípios constitucionais fundamentais - sociais e econômicos – que convergem para a tutela do vulnerável e limitação da atuação do mercado.

A publicidade é analisada por alguns autores, como o Ministro Herman Benjamin⁷⁷, um dos responsáveis pela elaboração do anteprojeto do CDC, como um dos fenômenos

⁷⁴ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 310.

⁷⁵ BITTAR, Eduardo C. B. Contribuições para a crítica da consciência consumista e acerca da construção dos direitos do consumidor. *In*: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 149.

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos ;MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.29.

⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., nº 09, 1994, p. 57.

fundamentais do século XX, em que as expectativas estavam voltadas para a nova ordem econômica de massa.

Neste sentido, vale mencionar as palavras do publicitário Menna Barreto, graduado em direito, onde explana que a atividade publicitária conta com recursos econômicos onde atinge um patamar de 1% do PIB, o que poderia ser considerado um refluxo de uma economia de massas:

E tudo para criar o quê? Voltemos à moldura ampla de sua atuação: mais que um argumento inédito, uma foto sugestiva, uma cena original que beneficie a venda de um produto, um serviço ou uma ideia (de seus clientes), as agências de propaganda, como um todo, criam e controlam uma cultura: a cultura do presente estágio terciário do capitalismo, a cultura de massa fascinada pelo consumo, com inumeráveis desdobramentos sociais e psicológicos, muito além de apelos isolados e pontuais como ‘Beba Coca-Cola’⁷⁸.

Assim, Menna Barreto⁷⁹ apresenta outra face da crítica quando relata que “o sistema consumista existe graças a um pacto psicossocial, entre ‘persuasores’ e ‘persuadidos’, e não absolutamente graças a uma força unilateral”, em relação as novas mudança de paradigma do consumismo exagerado, visando que o consumidor se adapte a nova produção de massas.

Em relação aos aspectos jurídicos do vínculo obrigacional presente entre o anunciante e o consumidor, por meio da publicidade, ocorre devido “a publicidade é fato jurídico que condiciona o aparecimento de obrigações: pode-se dizer que é fonte de obrigação⁸⁰”. Entretanto, emanam da previsão dos arts. 30 e 39 do CDC:

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

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

[...]

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

Neste sentido, menciona Herman Benjamin, “a utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a

⁷⁸ BARRETO, Roberto Menna. **Agência de propaganda e as engrenagens da história**. São Paulo: Summus, 2006, p. 12-13.

⁷⁹ Ibidem, p. 20-38.

⁸⁰ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3-6.

abusividade da prática⁸¹.” Assim, verifica-se que a responsabilidade do anunciante do produto, por meio da publicidade, busca atingir um público hipervulnerável através das ferramentas publicitárias, que tenta serem agressivas apelativas ou coativas.

Nota-se que se “todos os elementos que a publicidade apresentar obriga e vinculam o fornecedor⁸²,” sendo assim, a responsabilidade pela publicidade incidirá, sobre o anunciante, além da agência publicitária, como um laço em que exige a obrigatoriedade. Logo, o resultado fundamental dos questionamentos, diante das situações econômicas relacionadas as indústrias, como ao mercado em geral.

Os publicitários e os canais de veiculação da mensagem publicitária são mecanismos de atuação do anunciante, enquanto “o consumidor se depara com o fato publicitário consumado⁸³,” logo, se faz necessário à aplicação do o princípio da vinculação elucidado no CDC, que vincula o anunciante aos resultados da mensagem já propagada, definindo a sua correção, depois que ocorre a divulgação da publicidade, os efeitos publicitários acontece de maneira rápida.

Várias técnicas publicitárias são utilizadas como ferramentas de *marketing*, nesta compreensão, uma delas, vedadas pelo CDC a mensagem subliminar. Segundo Rafael Tocantins Maltez⁸⁴ a mensagem subliminar constante nas peças publicitárias é aquela transmitida abaixo do limiar da consciência, ou seja, a mensagem penetra diretamente no subconsciente sem passar pelo filtro da consciência das pessoas. A mensagem subliminar representa uma técnica inserida na publicidade, onde dificulta a percepção, causando um impacto psicológico. Pode utilizar como subterfúgio o olfato, a música ou imagens.

O referido autor menciona que existem diversas formas de publicidade consideradas ilícitas, inclusive a publicidade vinculada ao público infantil, em que diante da vedação considerada no ordenamento jurídico. Assim, a publicidade infantil não é plausível devido a exploração da criança considerada um ser em desenvolvimento, e que não tem ainda a capacidade para justificar seus atos perante a publicidade. Partindo desse princípio, o setor publicitário deve criar ações visando autorregulamentação, buscando aparatos nas leis, para regular este importante meio de convencimento. A publicidade deve ser entendida como um

⁸¹ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007, p. 382.

⁸² *Ibidem*, p. 2.

⁸³ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007, p. 299-308

⁸⁴ MALTEZ, Rafael Tocantins. **Publicidade subliminar**. 2009. 423f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

meio de cooperação, e não de manipulação – em que se utiliza de artifício no intuito de induzir o consumismo irracional.

Abarca a publicidade ilícita, pois a “atividade publicitária rege-se, em primeiro lugar, pelo princípio da identificação da publicidade,”⁸⁵ mencionado no artigo 36, caput, citado “só é lícita quando o consumidor puder identificá-la. Mas tal não basta: a identificação há de ser imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica),⁸⁶” sendo que a falta de identificação relacionada a prática da publicidade, caracteriza-se ato de abuso. O CONAR explana no artigo 28 do Código de Autorregulamentação Publicitária: “O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação⁸⁷.”

Diversas técnicas publicitárias são reconhecidas pelo CDC, em vista de que não sejam consideradas abusivas nem enganosas, como o *teaser*⁸⁸, o *puffing*⁸⁹ ou o *merchandising*⁹⁰. Diante do artigo 36 do CDC em que se observa a identificação observada mensagem publicitária: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, pois é uma forma de manipular a publicidade, inibindo o senso crítico de quem a recebe⁹¹. Entretanto, toda a publicidade deve ser analisada com o intuito de não levar o consumidor a cometer erros, sob-risco de ser considerada abusiva ou enganosa.

De acordo com o entendimento de Herman Benjamin⁹², “o direito brasileiro ainda não está preparado suficiente para identificar as qualidades da publicidade abusiva e seus efeitos em relação ao consumidor”.

O Código do Direito do Consumidor, em face da publicidade abusiva, “o conceito carrega a ideia de exploração ou opressão do consumidor. Mas não se limita a tal. Novos

⁸⁵ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007, p. 328.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 331.

⁸⁷ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos_introducao_secao1.htm> Acesso em: 18.out.2015.

⁸⁸ O termo “*teaser* é uma técnica publicitária que procura despertar a curiosidade do consumidor. Tem como objetivo preparar o mercado para o lançamento da campanha publicitária.” CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 14.

⁸⁹ O termo “*puffing* é um exagero publicitário. Um exemplo é o anúncio de remédio com a frase ‘Tomou, a dor sumiu’”. *Ibidem*, p. 15.

⁹⁰ O termo *merchandising* trata de um instrumento de comunicação mercadológica que interage com o destinatário. PINHO, José Benedito, **Comunicação em marketing**: princípios da comunicação mercadológica. 5. ed. Campinas: Papyrus, 2001, p.69.

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

⁹² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., nº 09, 1994, p. 57.

horizontes se lhe abrem, por exemplo, a tutela de valores outros que sejam caros à sociedade de consumo, como o meio ambiente⁹³,” diante dos objetivos propostos para sua identificação.

Herman Benjamin pondera suas considerações quanto à possibilidade de limitação à publicidade. Isto porque, na visão do doutrinador, não há como limitar a publicidade de forma a torná-la inviável, pois “qualquer tentativa legislativa de controlá-la por inteiro caracterizar-se-ia como tarefa impossível. O direito vale-se, então, de princípios gerais, deixando aos tribunais sua aplicação (e adaptação) à realidade multiforme do mercado⁹⁴.”

Portanto, o CDC no rol dos princípios fundamentais a interpretação necessária para as informações do caso concreto, de forma satisfatória em buscar proteger o consumidor de forma considerável sobre os fatos de abusividade. Sendo assim, Menna Barreto em seus posicionamentos traz controvérsias sobre a relação entre consumidor e a atividade publicitária:

É unidirecional, inexistente qualquer ‘troca’(=sinalagma) entre o consumidor e o anunciante. Nesse sentido, é ela mais ‘discurso’ do que propriamente ‘comunicação’, que pressupõe reciprocidade de papéis. Trata-se de uma estipulação unilateral, com poderosíssimo potencial de influência do consumidor⁹⁵.

Assim, o anunciante diante da publicidade tem o direito de administrar o que será veiculado do seu negócio, sendo o responsável pelo efeito da publicidade.

Outro aspecto do controle da publicidade, que acontece no campo do direito privado, está diante da crítica mediante à eficácia da auto-regulamentação. O Ministério Público do Estado de São Paulo cita que o CONAR é um órgão do setor privado e corporativo, criado e mantido por representantes do setor publicitário, onde em diversos casos o dano realizado quando determina situações de impunidade. Mediante quaisquer interesses que estejam relacionados com setores econômicos que trabalham no sentido de evitar o avanço das propostas que contribuem em disciplinar a publicidade vinculada às crianças: “o discurso da publicidade é um discurso comercial, ele não pode gozar da mesma proteção que um discurso político, que um discurso religioso, um discurso científico⁹⁶”.

Nota-se as considerações realizadas pelos doutrinadores do direito, de forma pacífica sobre a insuficiência desse controle privado, em que “não foram (como não são) suficientes

⁹³ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007, p. 350.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 259.

⁹⁵ **CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007. p. 299-308.

⁹⁶ **INSITUTO ALANA. Criança, a alma do negócio.** Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 18.out.2015.

para impedir, isoladamente, toda sorte de abusos praticados contra os interesses dos consumidores⁹⁷,” contribuindo sobre a importância de um controle misto, Valéria Falcão⁹⁸ realça a ideia de que “a limitação da publicidade deve proteger o consumidor quanto à informação, seja ela omissa, enganosa, ou abusiva”.

Para Eduardo Bittar⁹⁹ explica que os sistemas jurídicos não alcançam atender às necessidades individuais para resguardar a dignidade da pessoa humana. Diante do Estado social, democrático e de direitos, a possibilidade de deliberar sobre as qualidades do indivíduo e a humanização das relações de consumo precursionaram o resguardo consumerista com a criação do CDC, previsto na CF, que mantém sob sua tutela os interesses individuais e coletivos:

A progressiva penetração na sociedade da consciência do consumo deu-se de forma a que ilusões provisórias e descartáveis, futilidades e perfumarias, promessas de felicidade e fetiches coletivos fossem construídos paulatinamente na consciência coletiva, de modo a sedimentarem-se como necessidades vitais. O modo estonteante de colocação de mercadorias para oferta é a causa de alucinações sempre crescentes em torno de novos produtos. Nesta mecânica de absorção do mercado consumista, a ótica empresarial repousa no acompanhamento dos fluxos de desejos e necessidades dos consumidores, que se tornam mais abundantes e exigentes, tudo com base em estudos e pesquisas específicas que lastreiam as atitudes e os investimentos no mercado. [...] A desvairada cultura do consumismo vem, para cada indivíduo consumidor, preencher uma necessidade primitiva de seu espírito, não encontrada na família, no trabalho, nem nas realizações pessoais, nem na sociedade. Carências espirituais e morais se canalizam para realizações materiais, preenchendo-se com isto necessidades afetivas básicas de cada ser. Eis a descoberta que preenche todas as necessidades humanas¹⁰⁰.

O mencionado autor analisa as reflexões trazidas nesse trecho o pensamento da filósofa alemã Hannah Arendt, sobre como as relações humanas vem se tornando materialistas, pois a sociedade deste século se permite mensurar a validade de uma relação conforme o que a pessoa possui. Assim, o mercado abre um leque de condições para que seja introduzida novas oportunidades que satisfaçam os interesses consumistas e materialistas.

⁹⁷ INSITUTO ALANA. **Criança, a alma do negócio.** Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 18.out.2015.

⁹⁸ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva. 2001, p. 25

⁹⁹ BITTAR, Eduardo C. B. Contribuições para a crítica da consciência consumista e acerca da construção dos direitos do consumidor. *In*: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 149.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 139.

Conforme leciona João Batista Almeida¹⁰¹, a publicidade é “instrumento poderosíssimo de influência do consumidor nas relações de consumo, atuando nas fases de convencimento e de decisão de consumir”, gerando reflexos psicológicos no contexto social e econômico das relações de consumo, principalmente se tratando da criança, em razão da condição de indivíduo em desenvolvimento. O Instituto Alana buscou novos argumentos:

A criança não pode ser considerada, pela propaganda, um adulto, ou adulto em miniatura. O empresário ou publicitário que se vale da inexperiência da criança para transformá-la num promotor de seu produto dentro de casa. Não só fere princípios claros, regras específicas do direito, mas também viola limites éticos e morais fixados pela nossa sociedade. Não se quer a utilização e a manipulação da criança para nada, para nenhum efeito [...]¹⁰².

Explica Paulo Valério Dal Pai Moraes que o Estado tem obrigações de buscar ações através das políticas públicas visando proporcionar qualidade de vida ao indivíduo. Logo, para que este objetivo aconteça, as normas do CDC apresentam três propriedades: normas de conduta, que servem para disciplinar o comportamento de indivíduos ou a atividade de grupos; normas-objetivo, que são princípios positivados que estabelecem fins; normas de organização para estruturar o funcionamento de órgãos e a disciplina de processos técnicos de aplicação da norma¹⁰³.

O papel da publicidade demonstra a função social exercida diante do comportamento infantil, “o incentivo à venda é precisamente a função da publicidade, que, atuando na mente do público, condiciona-o para o consumo, isto é, lhe desperta o desejo pela coisa anunciada¹⁰⁴”. Logo Paulo Valério Dal Pai Moraes mostra que este papel se “posicionar a marca na mente do consumidor¹⁰⁵,” não adicionando a publicidade à ideia de atividade negativa para a sociedade, mas em reconhecer a importância do papel social e a necessidade de controle.

Os efeitos da publicidade perante o comportamento do consumidor demonstra a relevância do papel social exercido no aparelho da comunicação de massas, especialmente

¹⁰¹ ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993, p. 85.

¹⁰² INSTITUTO ALANA. **Criança, a alma do negócio**. Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 18.out.2015.

¹⁰³ MONTEIRO, Elaine Marlise Kauer. **Proteção da criança no direito brasileiro: A norma positivada frente à publicidade abusiva**. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – FAJS/UniCEUB, 2010, 90fls. Disponível em <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/253/3/20552440.pdf>. Acesso em 18.set.2015.

¹⁰⁴ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p.8.

¹⁰⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Ed. Síntese, 2001, p.275.

ligados a publicidade, pois a “capacidade desta em alterar comportamentos, do impacto que causa na sociedade” é inerente à atividade¹⁰⁶.

Neste sentido, em que incida sobre ao anunciante, Herman Benjamin comenta que o CDC não obriga o fornecedor a anunciar, pois é seu direito, “só que direito exercitável à conta e risco do anunciante. Por conseguinte, o legislador, em tal matéria, não sanciona a carência de publicidade, mas somente a existência de publicidade que traduza uma má ou insuficiente informação¹⁰⁷.”

A publicidade influencia diretamente nos hábitos alimentares, na maneira de vestir, no comportamento da moda ou nas diversas formas de consumo:

De que maneira nós podemos comprovar que determinada peça publicitária, ela se aproveita da falta de julgamento, da inocência, da falta de experiência da criança? Em princípio a gente poderia argumentar que qualquer publicidade dirigida à criança, de certa forma, se aproveita desta inocência. Se a criança, pela lei, não pode comprar nada porque ela é considerada incapaz pela legislação, como se admitir uma mensagem publicitária que é dirigida a ela, e muito menos uma peça publicitária que seja persuasiva? Para a criança conseguir aquele bonequinho, aquele brinquedinho, ela é obrigada a comprar um alimento que não é saudável¹⁰⁸.

Assim, compreende-se que a atividade publicitária, pode proporcionar excesso ou falha na comunicação, devendo ser alvo de maior controle, fazendo com que seja suprida a falta de uma norma em que venha fiscalizar a atividade, como também cabe aos publicitários uma maior dimensão do que significa abusivo.

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

O Projeto de Lei nº 5.921/2001, criado pelo Deputado Federal Luiz Carlos Jorge Haully (PSDB-PR), sugeriu que fosse adicionado um parágrafo ao artigo 37 do CDC, ressaltando assegurar a proteção da criança. A proposta de início delineava o seguinte acréscimo: “§ 2ºA. É também proibida a publicidade destinada a promover à venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança”.

¹⁰⁶ FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78.

¹⁰⁷ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007. p. 311.

¹⁰⁸ INSITUTO ALANA. **Criança, a alma do negócio**. Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 18.out.2015..

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

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
 I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
 II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
 III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
 IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Após vários substitutivos e pareceres ao Projeto, e da tramitação por diversas Comissões da Câmara dos Deputados - Comissão de Defesa do Consumidor, Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, Comissão de Constituição e Justiça, em 18 de junho de 2009, em audiência pública, o projeto foi discutido com a representação da sociedade¹⁰⁹.

Vários motivos explicam a demora nos debates para aprovação do Projeto onde apresentam vazão na crítica de Edgard Rebouças¹¹⁰, quando afirma que “em torno de 25% dos deputados e senadores são proprietários ou estão diretamente vinculados a empresas de comunicação - seja rádio, televisão, jornais e outros veículos. Estes títulos são usados como moeda de troca de interesses políticos, o que explica o desinteresse em instituir normas que limitam a atividade publicitária”.

O Instituto Alana é uma organização que busca o envolvimento da sociedade nas questões relacionadas em fomentar o “consumismo”¹¹¹ infanto-juvenil, onde abrange causas e consequências, através do projeto denominado Criança e Consumo, que apresenta um documentário.

¹⁰⁹ MONTEIRO, Elaine Marlise Kauer. **Proteção da criança no direito brasileiro: A norma positivada frente à publicidade abusiva**. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – FAJS/UniCEUB, 2010, 90fls. Disponível em <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/253/3/20552440.pdf>. acesso em 18.set.2015.

¹¹⁰ REBOUÇAS, Edgard. O discurso/estudo da liberdade de expressão dos “donos” da mídia. In: CHAGAS, Cláudia Maria de Freitas. et al. (Org.). **Classificação indicativa no Brasil: desafios e perspectivas**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2006, p. 95-106.

¹¹¹ Explica Gino Giacomani Filho que “Consumismo designa excesso de consumo, consumo acelerado ou até desperdício; não se pode admitir que este termo tenha o mesmo significado de consumerismo, pois enquanto o primeiro é um mal da sociedade de consumo, o segundo é justamente uma reação e um instrumento de controle para este e outros males da sociedade”. GIACOMANI FILHO, Gino. **Consumidor Versus Propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p.21.

No entender do Instituto, o controle da atividade publicitária possui uma ineficácia em razão da autorregulamentação, pois “o dinamismo do setor publicitário dificulta e desmotiva a realização de denúncias¹¹²”. Explicou através de ato público quatro razões fundamentais de que o CONAR não tem capacidade normativa para que possa instituir uma conduta publicitária eficiente: “não tem poder punitivo; seu código é exclusivamente de ética; entidade criada, financiada e gerida por representantes do mercado publicitário; atua somente enquanto o anúncio estiver sendo veiculado¹¹³”.

Para o Instituto, a atuação do poder público é importante, em relação a proposta apresentada para à aprovação do substitutivo ao Projeto de Lei nº 5.921/2001, logo que “não haverá impacto relevante, tanto sob a perspectiva micro, quanto macroeconômico. A transformação será de mudança de paradigma¹¹⁴, pois não se deve confundir a percepção entre proibir a publicidade para crianças e proibir a publicidade de produtos infantis. Na primeira, a criança é o alvo publicitário, independente de produto (pode ser brinquedo, vestimenta, produto de limpeza, carro, celular ou mesmo alimento), enquanto a segunda trata de um produto, que mesmo tendo como destinatário fático a criança, desperta o interesse naqueles que teriam discernimento para a aquisição ou não do produto, isto é, o adulto¹¹⁵”.

Durante a audiência, o Instituto exibiu um resumo de um documentário cujo título “Criança, a alma do negócio”. O documentário possui 50 minutos de cenas e depoimentos com crianças, pais, advogados, pedagogos, sociólogos, psicólogos e pesquisadores consistem em compreender a importância da influência da publicidade no mundo da criança.

Neste documentário, ressaltam que “bastam apenas 30 segundos para uma marca influenciar uma criança,¹¹⁶ e a relevância desta informação mostra a situação representada pelos pais em conviver com seus filhos em tempo reduzido, enquanto a publicidade vai tomando espaço no mundo infantil.

Há uma preocupação notória, durante todo o documentário, quanto ao ambiente familiar, onde as mães deixaram o papel tradicional no cuidado com os filhos (educação,

¹¹² CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001**. 18 jun. 09, Brasília-DF.

¹¹³ *Ibidem* 108, 18 jun. 09, Brasília-DF.

¹¹⁴ *Ibidem* 108. 18 jun. 09, Brasília-DF.

¹¹⁵ MONTEIRO, Elaine Marlise Kauer. **Proteção da criança no direito brasileiro: A norma positivada frente à publicidade abusiva**. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – FAJS/UniCEUB, 2010, 90fls. Disponível em <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/253/3/20552440.pdf>. Acesso em 18.set.2015.

¹¹⁶ INSITUTO ALANA. **Criança, a alma do negócio**. Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 18. out.2015.

alimentação, saúde, vestuário) para contribuir com a renda familiar. A compensação desta falta de convivência se dá com a aquisição de artigos que atendam ao interesse despertado na criança. Este é então o momento em que a publicidade é tratada como abusiva em relação à fragilidade dos laços e compromissos paternos, pois instiga o consumo exacerbado entre as crianças para que se insiram em um mundo cada vez mais competitivo¹¹⁷.

Em entrevista, realizada com Clovis de Barros Filho doutor em Ciência da Comunicação pela Universidade de São Paulo, explana:

A publicidade, evidentemente, ela promete mais do que a alegria da posse. Ela promete a alegria da inscrição na sociedade. Ela promete a alegria da existência na sociedade. Consumindo você será aceito como consumidor; se for aceito como consumidor será inscrito entre os consumidores daquele produto, será afastado dos não consumidores, e, portanto terá uma existência social que vai te alegrar. E você, que não sabe teorizar sobre isso, sente que isso é verdade e embarca tranquilamente. E quando tudo isso começa? No mundo infantil. [...] num grupo de crianças, seus membros definem uma espécie de passaporte de ingresso no grupo, e este passaporte, que outrora talvez já tenha sido muito mais certa habilidade para jogar queimada, certa capacidade de contar piada, hoje está condição de pertencimento está, como nunca, determinada pela possibilidade de ostentar certa lancheira, certa mochila, certo tênis e assim por diante¹¹⁸.

Toda a discussão apresentada no documentário demonstra a televisão como o veículo que maior influência publicitária no universo infantil, pois a criança passa grande parte do tempo assistindo programas televisivos.

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça – DPDC/MJ não emitiu opinião quanto ao texto da proposta do Projeto de Lei, esclarecendo apenas o papel do CDC nas relações de consumo, assim como seus fundamentos e princípios basilares, reforçando a tese da falta de discernimento da criança em razão da sua hipervulnerabilidade, pois apresentam dificuldade de “diferenciar programas de TV e publicidade¹¹⁹.” Concluiu apenas com a ideia da necessidade em proteger o hipervulnerável, por meio de norma expressa, especificamente com este conteúdo, o que traria maior segurança jurídica e eficácia na sua aplicação¹²⁰.

¹¹⁷ MONTEIRO, Elaine Marlise Kauer. **Proteção da criança no direito brasileiro: A norma positivada frente à publicidade abusiva.** Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – FAJS/UniCEUB, 2010, 90fls. Disponível em <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/253/3/20552440.pdf>. Acesso em 18.set.2015.

¹¹⁸ Ibidem. Acesso em: 15.out.2015.

¹¹⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência pública em discussão ao PL 5.921/2001.** 18 jun. 09, Brasília-DF.

¹²⁰ MONTEIRO, Elaine Marlise Kauer. **Proteção da criança no direito brasileiro: A norma positivada frente à publicidade abusiva.** Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – FAJS/UniCEUB,

Assim, a finalidade da instituição é despertar o interesse da sociedade visando consenso em relação a necessidade de proteção do hipervulnerável, que deve ser garantida através de uma norma eficaz, para que possa manter a segurança jurídica.

Outrossim, durante a audiência pública, o Deputado Federal Milton Antônio Casquel Monti (PR-SP), ressaltou sobre a necessidade de ações voltadas para educação do consumo, onde estavam reunidos os mais diversos segmentos da sociedade, políticos, representantes da educação, econômicos.

[...] O tema transcende aos vários segmentos da sociedade. É muito importante que seja debatido, e deve sim ser debatido à exaustão. [...] Sou contra a proibição da publicidade. [...] As cautelas que o Congresso Nacional tem adotado, no sentido de regulamentar a publicidade são várias. O CONAR faz isso bem hoje, eu reputo que o CONAR trabalha de forma adequada na coibição de muitas propagandas que não são adequadas não só à crianças, mas como a qualquer tipo de consumidor, como propagandas discriminatórias, etc. [...] parece que estamos pretendendo isentar os pais e a família de educar os filhos. Ou nós vamos criar os filhos numa redoma de vidro? Para que ele saia na rua e se depare com a verdade crua e nua da vida? [...] Se nós queremos ter liberdade de expressão [...] temos que prestigiar a publicidade¹²¹.

O Deputado concluiu seus argumentos apontando a educação das crianças, para o consumo consciente, em que deve ser estabelecido um equilíbrio que venha atender à necessidade em torno da vulnerabilidade da criança observando o contexto social de consumo de massas, e não querer o proibir a atuação publicitária como expõe o projeto. Entretanto, se faz necessário mostrar a limitação da liberdade de expressão:

A regulamentação da publicidade não deve ser interpretada como restrição à liberdade de manifestação do pensamento, da expressão ou informação como previsto no artigo 220, §1º e 2º da Constituição Federal. Os dispositivos que regulamentam a publicidade não têm por objetivo bani-la, mas somente conter seus abusos para que os consumidores, considerados entes vulneráveis nas relações de consumo, não sejam prejudicados¹²².

Em entrevista, a Senadora Marina Silva¹²³ (PT) declarou-se preocupada com a substituição das brincadeiras das crianças pelo consumo. A estimulação ao consumo exacerbado entra em choque com as ideias de preservação ao meio ambiente, mesmo que hoje sejam elas mesmas as mais preocupadas com a proteção da natureza.

2010, 90fls. Disponível em <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/253/3/20552440.pdf>. Acesso em 18.set.2015.

¹²¹ Ibidem. 18 jun. 09, Brasília-DF.

¹²² MOMBERGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 51.

¹²³ SILVA, Marina. **Quando o comprar substitui o brincar**. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI3826439-EI11691,00.html>> Acesso em: 20.out.2015.

5.3 Jurisprudência

No campo privado de controle da Publicidade no Brasil encontra-se o CONAR (Comissão Nacional de Autorregulamentação) e, do outro lado, no setor público, atuam o PROCON (Procuradoria de Defesa do Consumidor) e o Ministério Público.

O PROCON/SP multou o Mc Donald's em R\$ 3,19 milhões pelo uso da prática abusiva na venda do produto Mc Lanche Feliz, uma vez que, para adquirir o brinde, tão desejado pela criança até mais do que o próprio lanche, ela deveria comprar o sanduíche e seus acompanhamentos. Logo, a rede americana incidiu na vedação do art. 39, I, CDC que trata da “venda casada”, pois obrigava o consumidor a adquirir certo produto por estar, na verdade, interessado em outro, no caso o brinquedo. Além disso, a exigência estimula as crianças a adotarem péssimos hábitos de vida e prejuízos futuros à saúde¹²⁴.

A denúncia realizada em 2010 através do Projeto Criança e Consumo, do Instituto Alana, que alegou a prática de “venda casada”, em proveito da vulnerabilidade infantil. O Procon ressalta que, desde a data da denúncia, o Mc Donald's realizou mais de 18 campanhas desse gênero, cujo preço do Kit está por volta dos R\$ 13,00.

Em contraponto, a rede garante que segue os parâmetros legais na comunicação com a clientela e um rígido código de autorregulamentação publicitária e ressalta que os brinquedos podem ser vendidos separadamente. Contudo, essa alternativa não fica muito evidenciada na publicidade, além do que o TAC firmado pela empresa com o Ministério Público não esclarece a proporção entre os preços, de modo que é mais vantajoso comprar o lanche em conjunto com o brinde. A empresa ainda pode recorrer da decisão¹²⁵.

Em uma propaganda transmitida nas rádios brasileiras gerou grande repercussão que o Ministério Público de Santa Catarina ingressou com Ação Civil Pública contra a Editora Abril em face da publicidade abusiva da Revista Quatro Rodas. Na propaganda, uma adolescente pedia ao genitor autorização para o namorado dormir em sua casa e praticar sexo selvagem capaz de acordar a vizinhança. Em seguida, o pai responde aliviado: “Ufa, achei que ela ia me pedir o carro!”. No entanto, a propaganda insinuava uma inversão de valores, pois o bem material se sobrepõe à formação moral da filha.

¹²⁴ CURVELO, Nayara. **O uso abusivo da publicidade como forma de violação dos direitos infanto juvenis:** um estudo sob a ótica do princípio da prevenção especial. Disponível em http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=7432.acesso em 19.out.2015

¹²⁵ CURVELO, Nayara. **O uso abusivo da publicidade como forma de violação dos direitos infanto juvenis:** um estudo sob a ótica do princípio da prevenção especial. Disponível em http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=7432.acesso em 19.out.2015

Assim, o Ministério Público justificou sua ação argumentação na previsão dos artigos 6º, IV e 37, § 2º, da Lei n. 8.078/90 c/c artigo 19, caput, e artigo 37 do Código de Auto-regulamentação Publicitária do Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária – CONAR e mediante os valores éticos e jurídicos insculpidos nas regras do CONAR e do CDC, vez que ofende a estrutura e o poder familiar.

Neste sentido, o Promotor de Justiça Fábio de Souza Trajano¹²⁶ explica que esse tipo de publicidade:

Incentiva a valorização de bens materiais em detrimento da boa formação, e o desrespeito ao ambiente familiar, notadamente pela capacidade de influenciar as crianças e adolescentes a se comportarem de forma semelhante, pois a personagem tem a voz de adolescente.

O Juiz de Direito Domingos Paludo, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, concedeu, no dia 23/09/2005, o pedido de liminar solicitado pelo Ministério Público Estadual para determinar a suspensão da propaganda nas rádios nacionais, sob pena de incidir em multa no caso de descumprimento. A decisão foi concedida in audita altera parte, ou seja, sem ouvir a parte contrária, dispensando-se a sua citação e, conseqüentemente, a sua defesa.

¹²⁶ Ibidem .

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a publicidade o influência no comportamento da criança e do adolescente, principalmente em uma sociedade capitalista onde o poder de consumo está diante de todas as relações, culturais, educacionais, econômicas e políticas, por ser um instrumento.

A legislação atual tem papel importante em proteger e assegurar a integridade absoluta da criança e do adolescente, inclusive a CF/88 e o ECA, enquanto o CDC busca defender as relações existentes juridicamente no consumo, assim, o controle da publicidade possui vários elementos, com o objetivo de contribuir em regular a atividade, mas no ordenamento jurídico possui leis que estabelece a proteção da criança, enquanto detentora de hipervulnerabilidade diante das relações de consumo.

Com base na leitura realizada, fica claro que o Brasil tem legislação visando proteger a criança em relação a qualquer tipo de publicidade, que venha ser abusiva relacionada ao público infantil. Assim, os princípios constitucionais, mencionados nas normas no CDC e o ECA, dão garantia total de proteção à criança. Fazem-se necessárias ações exercidas através das políticas públicas que venham contribuir para uma rede de proteção em valorizar a criança como um ser em desenvolvimento pleno.

Em relação a publicidade abusiva, o art. 37, § 2º, do CDC prevê uma especial proteção aos menores e o art. 38, do mesmo diploma legal, menciona que cabe ao anunciante o ônus da prova da veracidade e da correção da publicidade.

A Lei 8.078/90 considerou o consumidor vulnerável nas relações de consumo, cobrando-se boa-fé, lealdade, transparência e equilíbrio nos contratos celebrados pelos fornecedores. A inversão do ônus da prova e o instituto da hipossuficiência foram, e ainda são, grandes conquistas. O princípio da identificação da publicidade veio contrapor o merchandising utilizado nos anúncios até hoje.

As publicidades que são proibidas merecem uma solução que corresponda ao interesse difuso. Observou-se que a enganosa é falsa ou omissa quanto à natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço ou outros dados, induzindo, assim, o consumidor em erro. A abusiva tem caráter residual, mas podem-se citar como conteúdo, violência, medos, superstição, desrespeito e valores prejudiciais à criança, a saúde ou à segurança dos espectadores.

No Brasil, existe a preocupação por parte dos publicitários com os abusos cometidos fez com que fosse criado o Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária, cujo código trata especificamente dos anúncios destinados ao público infantil.

Entretanto, para que esses dispositivos sejam observados e colocados em prática, se faz necessário que os órgãos fiscalizadores atuem de maneira decisiva na proteção integral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 29 set. 2015.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República. **Instrução Normativa nº 2, de 20 de fevereiro de 2006**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/Subsecretaria/instrumentos/>, Acesso em: 12.out.2015.

BRUNÕL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança. *In*: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Org.). Tradução de Eliete Ávila Woftf. **Infância, lei e democracia na América Latina**. Análise crítica do panorama legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990-1998). Blumenau: Edifurb, vol. 1, 2001. p. 91-111.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

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

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

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

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

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2008. LOPES, Cristiano Aguiar. *Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: a situação do Brasil e o panorama internacional*. In Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3849>. acesso em 18.out.2015.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese. **Crianças Esquecidas:** o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009.

CURVELO, Nayara. O uso abusivo da publicidade como forma de violação dos direitos infante juvenis: um estudo sob a ótica do princípio da prevenção especial. Disponível em http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=7432. acesso em 19.out.2015

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

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

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. Conceito de Publicidade. Boletim do ministério da Justiça, 349, outubro de 1985 *apud* MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

GUNTER, Barrie; OATES, Caroline; BLANDES, Mark. Advertisign to Children on TV: content, impact and regulation. London: Lawrence Erlbaum Associates, 2005 *APUD* LOPES, Cristiano Aguiar. *Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: a situação do Brasil e o panorama internacional*. In Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3849>. 15.out.2015.

INSITUTO ALANA. **Criança, a alma do negócio**. Disponível em: <[HTTP://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40](http://WWW.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40)>. Acesso em: 18.out.2015.

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

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

LINN, Susan. **Crianças do consumo:** a infância roubada. Tradução Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006. Disponível em <http://www.semprefamilia.com.br/Comportamento>. acesso em 10.out.2015.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e ato infracional**. Medida socioeducativa é pena? -São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

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

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

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

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

MONTEIRO, Elaine Marlise Kauer. **Proteção da criança no direito brasileiro: A norma positivada frente à publicidade abusiva**. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – FAJS/UniCEUB, 2010, 90fls. Disponível em <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/253/3/20552440.pdf>. Acesso em 18.set.2015.

MULLER, Crisna Maria. Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619&revista_caderno=12>. Acesso em 22.set 2015.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011,

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República. **Instrução Normativa nº 2, de 20 de fevereiro de 2006**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/Subsecretaria/instrumentos/>, Acesso em: 12.out.2015.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais.vol. 17, 4ªed.rev.São Paulo, Saraiva, 2010.

SAMPAIO, Fernanda Tiosso. **As abusividades da publicidade e o público infantil**. Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau Bacharel em Direito. Presidente Prudente. São Paulo, 2008. 111fls. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/681/752>. acesso em 02.out.2015.

SARAIVA, João Batista Costa. **Direito penal Juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. 2.ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VESTERGAARD, Torben e SCHRODER, Kim. **A linguagem da propaganda**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VILAR, Norminanda Motoya. *La influencia de La publicidad audiovisual em los niños: estúdios y métodos de investigación*. Barcelona: Bosch, 2007. APUD LOPES, Cristiano Aguiar. *Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: a situação do Brasil e o panorama internacional*. In Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3849>. 18.Out.2015.

ANEXO

Publicidade infantil: entenda quais são os perigos

As crianças são consideradas sensíveis e vulneráveis à publicidade, por isso a propaganda para esse público deve ser regulada cuidadosamente

Por ser um público extremamente sugestionável, persuadido com facilidade, as crianças são vistas pelas empresas como parte relevante do mercado. Para o Idec, tendo como base o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade direcionada ao público infantil é abusiva pois se aproveita da deficiência de julgamento da criança. O Conselho Federal de Psicologia afirma que “além da menor experiência de vida e de menor acúmulo de conhecimentos, a criança ainda não possui a sofisticação intelectual para abstrair as leis (físicas e sociais) que regem esse mundo, para avaliar criticamente os discursos que outros fazem a seu respeito”.

Segundo a advogada do Idec Mariana Ferraz, a criança é muito sensível às práticas de marketing. A problemática fica ainda maior quando a publicidade estimula padrões de consumo alimentares não saudáveis.

No caso do setor alimentício, muitas empresas lançam mão de práticas desleais, como a associação da alimentação a brinquedos, ou utilização de linguagem lúdica própria ao universo infantil em suas peças publicitárias. “A OMS (Organização Mundial da Saúde) já se pronunciou pela necessidade da regulação da publicidade de alimentos e, em 2012, a Opas (Organização Pan-Americana da Saúde) publicou recomendações <http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/idec-cobra-do-governo-regulaco-da-publicidade-infantil> para a regulação da publicidade de alimentos não-saudáveis direcionada às crianças. Resta que os governos adotem essas recomendações e implementem políticas para reger a publicidade direcionada às crianças”, afirma a advogada.

Desde 2005 a OMS reconhece a comercialização de alimentos não saudáveis para a população infantil como um fator que contribui para o aumento dos níveis de obesidade e sobrepeso. Embora alguns acordos diretos com empresas do setor alimentício tenham sido fechados, o órgão tem ressaltado que cabe aos governos a responsabilidade de garantir a tomada de medidas efetivas, bem como o monitoramento dos acordos de restrição da publicidade de alimentos não saudáveis voltados às crianças.

“O Idec entende que toda publicidade que tem o público infantil como interlocutor desrespeita o princípio da identificação, pois a criança não tem condições de analisar criticamente o interesse mercadológico que existe por trás da informação direcionada a ela.

Por ser hipervulnerável às práticas de marketing, esse público merece especial proteção”, defende Mariana.