

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

AS ABUSIVIDADES DA PUBLICIDADE E O PÚBLICO INFANTIL

Fernanda Tiosso Sampaio

Presidente Prudente/SP

2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

AS ABUSIVIDADES DA PUBLICIDADE E O PÚBLICO INFANTIL

Fernanda Tiosso Sampaio

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Pedro Anderson da Silva.

Presidente Prudente/SP

2008

AS ABUSIVIDADES DA PUBLICIDADE E O PÚBLICO INFANTIL

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Pedro Anderson da Silva

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, 04 de março de 2008

DAS UTOPIAS

Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!

Mário Quintana

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

William Shakespeare

AGRADECIMENTOS

Agradecer não é tarefa fácil, e pode não ser justa. Para não correr o risco da injustiça, inicio meus agradecimentos aos meus pais: Roberto Sampaio e Maria da Penha Tiosso Sampaio, que contribuíram de todas as formas possíveis, para a minha formação, com dedicação, compreensão e amor, sendo incansáveis nos estímulos para tornar possível, em todos os sentidos, a concretização de mais esta etapa do meu caminho. Também agradeço aos meus avós, pois, com certeza, sem seu apoio e amizade este momento não seria possível.

Mais uma vez, obrigada! Pelo carinho e força, também nos momentos de desânimo, e por estarem junto comigo neste percurso, e com muita fé, me incentivando a nunca desistir de percorrer todos os degraus da evolução e realização como pessoa.

Também agradeço muito aos amigos, que estiveram ao meu lado durante estes anos de estudo, compreendo a minha ausência, e sempre estimulando o meu crescimento em minha caminhada em busca de meus ideais.

O meu especial agradecimento ao meu compreensivo namorado, Gelson Amaro de Souza Filho, que muito colaborou para a concretização desse trabalho, e que sempre esteve me apoiando com muito amor, paciência e dedicação, tendo que aceitar a minha ausência, cansaço e renúncia às horas de lazer em prol dos meus estudos.

Ao meu orientador Prof^o Pedro Anderson da Silva, pela paciência e disponibilidade para meu aprimoramento e aprendizado meus sinceros agradecimentos, também faço um agradecimento especial para Prof^a Marilda e à advogada Anelisa, que aceitaram meu convite para fazer parte da banca examinadora.

Às minhas amigas de curso, e também a todos encontros e desencontros que vivenciei nestes cinco anos, que ficarão na memória, porque fundamentaram o meu progresso como pessoa, além do que significaram a ponte para mais uma etapa na minha existência.

Assim, também agradeço a todos que de alguma forma passaram pela minha vida e contribuíram para a construção de quem sou hoje!

RESUMO

O presente trabalho se dedicou a analisar alguns aspectos peculiares da publicidade, visto que ela passou por um processo de transformação de grande importância para a vida moderna, deixando de ser um mero anúncio informativo para se tornar uma ferramenta de persuasão, além de inculcar valores sociais e culturais na vida das pessoas. Com esta ânsia de atingir o consumidor, muitas vezes são cometidos abusos por parte do meio publicitário e, dessa forma, este trabalho buscou abordar algumas das diversas formas de publicidade abusiva. Procurou-se dar especial enfoque nos excessos cometidos pela publicidade voltada para o público infantil, tendo como principal enfoque a publicidade voltada para as crianças, pois é claramente perceptível que os agentes publicitários consideram-nas o melhor nicho de mercado para se investir, pois além de consumirem muito, elas estão sendo “adestradas” para consumirem ainda mais no futuro. Portanto, procurou-se demonstrar como essa publicidade influencia a vida das crianças e que, esses altos investimentos nesse setor vêm na contramão, não só da ética e da moral, como também da lei. O trabalho dedicou-se, ainda, em analisar todas as restrições legais para a publicidade abusiva, enquadrando a publicidade infantil como uma das mais graves formas de abuso. No decorrer da pesquisa, foi constatado que a grande maioria da publicidade de produtos voltados para as crianças não atende às normas regulamentadoras e, desse modo, ao analisar de forma sistemática os diplomas legais específicos concluiu-se que esse tipo de publicidade já se encontra proibida em nosso ordenamento legal. Finalizando, o trabalho procurou ainda, apresentar os mecanismos de defesa, hoje existentes no Brasil, contra a publicidade abusiva.

Palavras-chave: Publicidade. Publicidade abusiva. Publicidade infantil. Criança. Público infantil.

ABSTRACT

The present work is dedicated to analyze some peculiar aspects of the advertising, since it get involved in a transformation process of great importance for the modern life, start being more than mere informative announcement to become a persuasion tool, besides infusing social and cultural values in the life of the people. With this anxiety to reach the consumer, many times are committed abuses on the part of the half advertising executive and, by this way, this work searched to approach some of the diverse forms of abusive advertising. It aims to give special approach in the excesses committed for the advertising directed to the child audience, therefore it is clearly notable that the advertising executives consider them one of the best market to invest, because of the heavy consuming, they are "trained" to consume still more in the future. Therefore, it was looked to demonstrate as this advertising influences the life of the children and that, these high investments in this sector come in the wrong side of the ethics and moral, as also of the law. The work was dedicated, still, in analyzing all the legal restrictions for the abusive advertising, fitting the child advertising as one of the most serious forms of abuse. In elapsing of the research, it was evidenced that the great majority of the advertising of products directed toward the children does not take care of to regulation norms and, by this way, when analyzing the systematic form of specific statutes we can conclude that this type of advertising already meets forbidden in our legal order. Finishing, the work still looked for, to present the mechanisms of defense, today existing in Brazil, against the abusive advertising.

Key-words: Advertising. Abusive advertising. Child advertising. Children. Child Audience.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA

FIGURA 1 - Imagem do comercial televisivo do guaraná Antártica.....	23
FIGURA 2 - Outdoor da grife No-lita, assinado por Toscani.....	26
FIGURA 3 - Cena da publicidade da Hellman's.....	46
FIGURA 4 - Publicidade da Dolce & Gabbana.....	48
FIGURA 5: Cenas do comercial do chocolate Chokito da Nestlé.....	58

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PUBLICIDADE DE CONSUMO	12
2.1 Conceito e Diferenciação de Mídia e Marketing	12
2.2 O que é Publicidade?	15
2.2.1 Diferença entre Publicidade e Propaganda	17
2.2.2 Os Tipos de Publicidade	20
2.2.3 As Funções da Publicidade	22
2.4 Merchandising	27
2.5 Princípios da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor	30
2.5.1 Princípio da Identificação da Publicidade	31
2.5.2 Princípio da Veracidade	32
2.5.3 Princípio da Não Abusividade	34
2.5.4 Princípio da Isonomia e Boa-fé	35
2.5.5 Princípio da Vinculação Contratual	37
2.5.6 Princípio da Inversão do Ônus da Prova	38
2.5.7 Princípio da Correção do Desvio Publicitário	40
3 OS EXCESSOS PUBLICITARIOS COIBIDOS PELO CDC	41
3.1 A Publicidade Abusiva	42
3.1.1 As diferentes formas de publicidade abusiva	45
3.1.2 Publicidade abusiva que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança	51
3.1.2.1 Alimentos e obesidade	54
3.1.2.2 Condutas anti-educativas	56
4 O CONSUMIDOR NO CDC	60
4.1 A criança No Papel de Consumidora	63
4.2 Os Limites Legais da Publicidade Dirigida as Crianças	67
4.2.1 Os limites constitucionais	67
4.2.2 Os limites no Código de Defesa do Consumidor	71
4.2.3 Os limites no Estatuto da Criança e do Adolescente	73
4.2.3.1 O conceito de criança	76
4.3 Liberdade de Expressão Frente aos Princípios de Proteção à Criança	78
5 OS MEIOS DE CONTROLE DA PUBLICIDADE	82
5.1 Os Sistemas de Controle da Publicidade	84
5.1.1 Sistema exclusivamente privado	84
5.1.2 Sistema exclusivamente estatal	86
5.1.3 Sistema misto	87
5.2 Órgãos que atuam no controle da publicidade no Brasil	88
5.2.1 Estrutura Privada de Controle da Publicidade no Brasil – O CONAR	88
5.2.2 Estrutura Pública de Controle da Publicidade	93
5.2.2.1 Atuação do PROCON	93
5.2.2.2 Atuação do Ministério Público	96

6 CONCLUSÃO	101
BIBLIOGRAFIA	104
ANEXOS	111

INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade impulsionada pelo consumo, e quando se trata da publicidade pelo ponto de vista da economia, ela se traduz como uma atividade para estimular, cada vez mais esse consumo ou para seduzir o consumidor para aquisição de determinados produtos ou serviço, que muitas vezes não desejava.

O que podemos perceber é que a publicidade comercial encontra-se em toda parte, em todos os objetos e lugares, influenciando crianças, jovens e adultos. A partir de então, a cada dia, o mercado publicitário busca novas técnicas, meios e formas inusitadas para persuadir o consumidor a adquirir os produtos ofertados.

Esse trabalho justifica-se por vivermos em um modelo de sociedade contemporânea, globalizada, interagida, e essencialmente consumista, onde as pessoas têm essa necessidade incontrolável de adquirir os produtos ofertados e, principalmente, as “novidades” e os “lançamentos” desses produtos cada vez mais inovadores e atraentes a disposição no mercado de consumo.

Porém, procurou-se mostrar que nessa ânsia em se conquistar os consumidores, muitas vezes são cometidos vários abusos por parte da publicidade, abusos estes que ferem a ética, a moral e a lei. Assim, foi demonstrado e explicado as várias formas de publicidades abusivas e as respectivas legislações que as regulamentam, proíbem e dão as devidas sanções aqueles que infringem a lei.

Nesse sentido o trabalho buscou dar uma especial atenção aos abusos publicitários que vêm sendo cometido quando o assunto é público infantil. O grande problema atual é que as crianças, juntamente com os adolescentes, estão sendo vistos como o melhor nicho de mercado para se investir. Pois, além de consumirem muito, vão continuar consumindo por uma vida inteira.

Ou seja, houve uma grande transformação na visão do mercado, o que antes era apresentado aos pais para comprarem aos filhos, hoje é apresentado às crianças, para estas pedirem aos pais. Assim, o mercado publicitário “encontrou a mina do pote de ouro”, pois se aproveitam da triste realidade de que as famílias modernas não têm mais tempo para brincarem e

educarem seus filhos e compensam suas faltas com a aquisição de tudo o que as crianças querem.

Dentro desse problema publicitário, podemos incluir outros abusos voltados para as crianças: os anúncios de alimentos calóricos, já que a obesidade infantil é o problema global, e os anúncios que colocam crianças com condutas pouco éticas, ou seja, não colaboram para a boa educação infantil.

Assim, para incluir todo esse ramo, tão bem elaborado, como sendo publicidade abusiva, e podendo considerá-la desde já proibida, o trabalho dedicou-se em analisar sistematicamente todas as normas que regulamentam a publicidade e que as regulamentam os programas voltados para as crianças, assim iniciando em nossa Carta Magna e terminando com os dispositivos de diplomas infraconstitucionais como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

E por final foi feita uma análise da estrutura, funcionamento e eficácia dos órgãos do sistema privado e do sistema público de controle da publicidade no Brasil.

2 PUBLICIDADE DE CONSUMO

2.1 Conceito e Diferenciação de Mídia e Marketing

Media é um vocábulo latino que em português significa meios, tendo sido importado para a nossa língua pelo inglês, com a acepção de meios de comunicação. Reproduzindo a pronúncia inglesa, o termo é adaptado para *mídia*. Adoptando a origem e pronúncia latinas, a palavra grafa-se *média*.

É, portanto, um termo utilizado em comunicação e pode apresentar vários significados como: *os meios de comunicação os veículos de comunicação, a comunicação de massa*, área da publicidade responsável pela veiculação de anúncios.

De acordo com o escritor Armando Sant'Anna (2001, p.194), mídia é "todo meio, forma ou recurso capaz de levar ao conhecimento do grupo consumidor a mensagem publicitária".

Utilizando-se o termo mídia como *meio de comunicação*, pode-se dizer que esses meios são muito variados, sendo que cada tipo se direciona a determinado público, que tanto pode ser específico, como indeterminado, ou seja, direcionado a um grande número de pessoas; isso ocorre conforme a intenção do destinatário, ou seja, a forma e o tipo de anúncio ou informação utilizada para alcançar convictamente determinado público.

Podemos distinguir os tipos de *mídia* consoante a sua origem em *mídia* capturados (vídeo, áudio, fotografia) e *mídia* sintetizados (texto, gráfico, animação). Dessa forma, a mídia é todo veículo utilizado na propagação de mensagens, informações ou anúncios publicitários, destaca-se entre alguns desses, os jornais, as revistas, os outdoors, os cartazes, o rádio, a televisão, a internet e outdoors.

Na sociedade contemporânea, a mídia constitui um dos fatores

fundamentais na formação do que é comumente conhecido como *opinião pública*, pois é uma grande formadora de opiniões, ideologias, religiosidade, mas há que se ater as responsabilidades de uma veiculação de informações errôneas, abusivas ou distorcidas da realidade.

Segundo Jack Zanville Sissors (2001, p.18):

A mídia existe primordialmente para levar entretenimento, educação e publicidade a um amplo público. A mídia deveria ser entendida como um sistema tanto condutor quanto distribuidor. Ela transporta as propagandas e às entrega a indivíduos que compram ou escolhem a mídia inicialmente com base no critério de tipo e qualidade de entretenimento e informação, e secundariamente, pelo tipo de publicidade que entregam.

Já que a mídia tem o papel de manter a população informada, a população, por outro lado, não deveria se colocar como mera receptora passiva daquilo que é veiculado pelos meios de comunicação, mas, para tanto, é necessário que cada pessoa exercite sua atitude crítica, filtrando as informações recebidas, questionando-as, fazendo um contraponto e buscando, na opinião pública, uma opinião própria, particular, com a qual se identifique e na qual acredite. Porém, o que normalmente ocorre é o oposto. A mídia costuma distorcer os dados e descrevê-los incompletos. O público, de outro lado, acaba por recebê-los como descrição fiel da realidade.

Deste modo, é inadmissível que a população seja inundada com formas imorais de publicidade, persuadindo-os a consumir determinados produtos sem necessidade ou induzidos por impulsos emocionais provocados pelos anunciantes.

Por outro lado ao tratar do *marketing* devemos lembrar que essa palavra tem muitas definições na literatura da área e até tentativas de tradução para o português como "Mercadologia" ou "Mercância". Entre as diversas definições é importante ressaltar: "Marketing são as atividades sistemáticas de uma organização humana voltadas à busca e realização de trocas para com o seu meio ambiente, visando benefícios específicos." (RICHERS, 1994, p. 18).

Já para Philip Kotler, marketing “é um processo social por meio do qual pessoas e grupos de pessoas obtêm aquilo de que necessitam e o que desejam com a criação, oferta e livre negociação de produtos e serviços de valor com outros” (KOTLER, 2006, p. 115).

É interessante ressaltar que até os dicionários da Língua Portuguesa fazem referência para o termo em inglês:

Marketing é o conjunto de operações que envolvem a vida do produto, desde a planificação de sua produção até o momento em que é adquirido pelo consumidor. (Dicionário Michaelis).

Marketing é o conjunto de estratégias e ações que provêem o desenvolvimento, o lançamento e a sustentação de um produto ou serviço no mercado consumidor. (Dicionário Novo Aurélio).

Pelo que se depura dos conceitos transcritos, o marketing é uma atividade abrangente, que envolve o ajustamento da oferta às necessidades, específicas ou genéricas, do mercado. Caminha, pois, desde a concepção do produto ou serviço e dá respectiva apresentação até sua efetiva comercialização, passando necessariamente pela publicidade comercial.

O conceito contemporâneo de *marketing* engloba a construção de um satisfatório relacionamento a longo prazo do tipo *ganha-ganha* no qual indivíduos e grupos obtêm aquilo que desejam. O marketing se originou para atender as necessidades de mercado, mas não está limitado aos bens de consumo. É também amplamente usado para "vender" idéias e programas sociais, técnicas de marketing são aplicadas em todos os sistemas políticos e em muitos aspectos da vida.

Conclui-se, então, que a característica relevante do *marketing* é a venda de produtos. Muitas vezes esse exercício é feito em condições que prejudicam os consumidores, portanto cabe ao direito evitar e controlar determinadas práticas e tutelar o direito do consumidor mantendo transparência e equilíbrio nessa relação. As palavras de Ada Pelegrine Grinover (2001, p.134) reforçam essa idéia:

A função do direito ao controlar o *marketing* é, portanto, a de estabelecer parâmetros mínimos de conduta – respeitando sempre como o que quer a Constituição Federal – a livre iniciativa. É por este prisma que se deve buscar a compatibilização entre a “defesa do consumidor” e a “liberdade de marketing”.

Por todo exposto vê-se que *o marketing* é essencial para venda de produtos de uma empresa, e assim, uma prática comercial que envolve desde a elaboração de um produto, a análise de mercado, a possibilidade de distribuição, o preço, a distribuição do produto e a sua publicidade ao consumidor, que é o fruto de um elaborado plano de marketing, e esta chegará ao conhecimento dos consumidores ao ser veiculada em um meio de comunicação, ou seja transmitida pela *mídia*.

2.2 O que é Publicidade

O termo publicidade encontra vários significados, dependendo do estudo a que se destina, segundo O Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa (p.2.988), publicidade traduz a “*qualidade do que é público*”, ou ainda o “*caráter do que é feito em presença do público*”. Para Plácido e Silva (2003, p.1133), parte da etimologia da palavra, qual seja: “formado de público, do latim, *públicus*, de *publicare* (publicar), dar ao público, expor ao público”.

Portanto, não importa a que se destina, o termo publicidade traz a idéia algo que deva ser de conhecimento público ou executado na presença do público.

Do ponto de vista econômico, enfoque principal desse estudo, Vidal Serrano Nunes Júnior (2001, p. 11) ensina que “o termo publicidade traduz a atividade desenvolvida para fomentar o consumo ou para seduzir o consumidor para aquisição de determinados produtos ou serviço”. Neste sentido, o termo publicidade é conhecido como publicidade comercial.

A publicidade comercial encontra-se em toda parte, em todos objetos e lugares. Crianças, jovens e adultos são influenciados pela publicidade,

pois ela se encontra nos brinquedos, nos materiais escolares, nas revistas, nas roupas infanto-juvenis, nos calçados, nas roupas de cama, mesa e banho, nas embalagens de produtos alimentícios e farmacêuticos. Oliviero Toscani (1996, p.22) a descreve da seguinte forma:

Interrompe os filmes na televisão, invade o rádio, as revistas, as praias, os esportes, as roupas, acha-se impressa até nas solas dos nossos sapatos, ocupa todo o nosso universo, todo o planeta! É impossível esboçar um passo, ligar o rádio, abrir uma correspondência, ler o jornal sem dar de cara com a mamãe publicidade. Ela está por toda a parte. É o irmãozão sempre sorridente!

Percebe-se, portanto, que a publicidade comercial surgiu como uma exigência do capitalismo moderno para permitir a expansão do consumo e a modificação dos padrões sociais, e como uma necessidade com o surgimento dos meios de comunicação social e com a concentração econômica da sociedade industrial.

Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1999) apud Momberger (2002, p.22), afirma que não existe uma sociedade de consumo sem haver publicidade e que “sociedade de consumo-publicidade” seria como um binômio indissolúvel, assim a publicidade pode ser considerada o símbolo próprio da sociedade moderna.

Para Kother (1980, p. 30), a publicidade “é a arte de criar, no público a necessidade de consumir”, daí a razão de um dos grandes problemas trazidos pela publicidade comercial, ou seja, os conflitos entre os que desejam e os que podem consumir. A publicidade comercial é feita para atingir um público alvo, entretanto, pela sua universalidade, atinge a toda população, despertando o desejo de consumir.

Buscando atingir as emoções e os sentimentos do consumidor, nas palavras de Luiz Celso de Piratininga Figueiredo (1983 p.78):

A publicidade reveste os bens e serviços com uma aura de desejo; se assim não fosse, o que levaria o público a se transformar em consumidor, se o valor de uso muitas vezes não se faz presente e o que então empresta importância ao bem ou serviço existente é apenas seu valor de troca, com nítidos contornos decorrentes da valorização levada a efeito pela indústria cultural.

2.2.1 Diferença entre Publicidade e Propaganda

Publicidade e propaganda são bastante semelhantes, mas não são a mesma coisa. Inicialmente convém diferenciar esses dois termos encartados entre as práticas comerciais previstas no Código de Defesa do Consumidor, do artigo 29 ao 44.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior (1992, p.89) atento para o fato de que o Código de Defesa do Consumidor não regula a propaganda, mas tão-somente a publicidade.

O CDC não regulou a propaganda, mas apenas a publicidade. Aquela seria a veiculação de idéias de conteúdo político, religioso, ético ou moral; esta a veiculação com sentido comercial, com o objetivo de convencer o destinatário a adquirir o produto ou a utilizar-se do serviço.

Em termos de Legislação, no Brasil pode-se citar a Constituição Federal de 1988, a qual também não faz a distinção entre os dois vocábulos, e utiliza o termo propaganda comercial para falar sobre publicidade, em seu artigo 22, XXIX: “É da competência privativa da União legislar sobre propaganda comercial”. Ainda, no artigo 220, § 3º, II, quando expressa que compete à lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoas e À família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O Código Brasileiro de auto-Regulamentação Publicitária (CBARP), em seu artigo 8º, utiliza o vocábulo publicidade comercial, e neste conceito estão

incluídos a publicidade governamental e também o merchandising da seguinte forma:

Art. 8º - O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias.

O Código Brasileiro de defesa do Consumidor, em termo de legislação, inova ao fazer clara distinção entre os dois vocábulos quando prega em seu artigo 6º, IV, que são direitos básicos do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva. Porém ao disciplinar a publicidade comercial cuidou apenas de aspectos como o dever de identificação, o de transparência, o de veracidade e o de correção, como se depura dos artigos 36 e 37. Furtou-se, no entanto, à tarefa de definir precisamente o que entendesse por publicidade.

Nos ensinamentos de Nunes Júnior (2001, p.19):

A omissão legislativa na definição do conceito de publicidade talvez não tenha sido a opção mais acertada. Estaria mais afinada ao objetivo de segurança jurídica a definição legal do conceito de publicidade comercial, pois assim se extremaria de dúvidas doutrinárias a delimitação da órbita de proteção das regras reguladoras da publicidade”.

No entanto, à doutrina coube o encargo de fazer a diferenciação dos dois termos. O melhor entendimento ressalta a publicidade como uma oferta comercial e massificada, além de ser paga, ela identifica e objetiva seu patrocinador, direta ou indiretamente, com utilização de informações ou persuasão, enquanto a propaganda visa um fim ideológico, religioso, político, econômico ou social.

A propaganda pretende a educação, campanha direcionada à conscientização, politização, independente dos fins comerciais, que se prestem, portanto, á comercialização de produtos e/ ou serviços. Deve-se, então, voltar-se à educação, ao comportamento social, por exemplo, para fins de evitar práticas que se tornem nocivas para a sociedade, de maneira geral, como as campanhas

do Ministério da Saúde, com finalidade da utilização do preservativo masculino nas relações sexuais, buscando-se a diminuição da incidência de casos da contaminação do vírus HIV.

Portanto, a propaganda é definida como a propagação de princípios e teorias. Foi traduzida pelo Papa Clemente VII, em 1597, quando fundou a Congregação da Propaganda, com a finalidade de propagar a fé católica pelo mundo¹.

Já a publicidade visa exatamente levar o consumidor a adquirir ou utilizar produtos e serviços, disponibilizados no mercado de consumo, tendo a campanha publicitária como alvo, a finalização do ato, fazendo com que o consumidor efetivamente compre ou utilize determinado bem ou serviço.

Vê-se, pois, que a palavra publicidade significa, genericamente, divulgar, tornar público, e propaganda compreende a idéia de implantar, de incluir uma idéia, uma crença na mente alheia.

Hermano Durval (1975) apud Nunes Júnior (2001, p. 15), estabelece uma distinção:

Tecnicamente, os dois conceitos diferem: enquanto a publicidade representa uma atividade comercial típica, de mediação entre o produtor e o consumidor, no sentido de aproximá-los, já a propaganda significa o emprego de meios tendentes a modificar a opinião alheia, num sentido político, social, religioso ou artístico.

No mesmo sentido, ensina Paulo Vasconcelos Jacobina (2002, p.8):

Anotam os publicitários que o termo propaganda tem um caráter mais ideológico, podendo-se definir como atividades que tendem a influenciar o homem, com o objetivo religioso, político ou cívico [...]. O termo publicidade, porém, teria um sentido mais estreito, definindo-se como “a arte de despertar no público o desejo da compra, levando-o a ação”. “Teria, portanto, um caráter mais especificamente comercial – e, em sentido estrito, negocial.

¹ Deriva do latim *propagare*, que significa reproduzir por meio de mergulhia, ou seja, enterrar o rebento de uma planta no solo. *Propagare*, por sua vez, deriva de *pangere*, que quer dizer enterrar, mergulhar, plantar. Seria então a propagação de doutrinas religiosas ou princípios políticos de algum partido

Diante do exposto, é possível afirmar que no dia-a-dia, utiliza-se largamente o termo propaganda comercial, quando na verdade se referem a um anúncio veiculado na televisão que divulga determinado produto, ou umas marcas, estão diante de uma publicidade comercial.

2.2.2 Os Tipos de Publicidade

Considerando a Publicidade de consumo como gênero, dela decorrem duas espécies, a doutrina majoritária os classifica da seguinte forma:

- a) Publicidade institucional: destinada a promover a imagem da empresa como um todo, sem visar imediatamente a venda de determinado produto ou serviço.
- b) Publicidade promocional: destinada a mostrar produtos aos consumidores e conseqüentemente atingir com isso a venda desses produtos ou serviços determinados.

A publicidade institucional é aquela que busca promover a imagem da empresa como um todo, o que se anuncia é própria empresa e não seu produto. Não visa, portanto, a colocação de um produto ou serviço no mercado. Visa-se criar no consumidor a confiança tanto no fornecedor quanto na sua marca, para que aquele, futuramente, venha preferir os produtos ou serviços desta empresa quando da realização de negócios jurídicos de consumo.

Quando o anúncio visa informar genericamente o consumidor sobre um produto ou serviço, ele é considerado também como uma publicidade institucional, pois está a divulgar uma “coisa estabelecida” que é levada ao conhecimento do consumidor para que este opte por aquela quando for consumir.

Neste sentido, elucida Vasconcellos e Benjamin (1991, p.32):

Na publicidade institucional (ou corporativa) o que se anuncia é a própria empresa e não um produto seu. Seus objetivos são alcançados a mais longo prazo, beneficiando muitas vezes produtos que sequer já produzidos pela empresa.

Nunes Júnior (2001, p.43), cita dois tipos de mensagens uma da rede Globo e outra do Banco do Brasil, respectivamente: “O povo não é bobo. Prefere a Rede Globo.”, e a outra, “Funcionários do Banco do Brasil dão sangue em outro banco. O banco de sangue’.

São exemplos de mensagens publicitárias que, apesar de não divulgarem nenhum produto ou serviço, fixaram conceitos positivos para a empresa. Tiveram o objetivo de criar no consumidor o conceito de uma empresa séria, de confiança, que vive e se solidariza com as dificuldades da população.

Nesse caso, haverá a consecução de uma relação jurídica de consumo que não é caracterizada como contratual, mas que é originariamente tipificada pela própria legislação consumerista, e tem como vítimas em seu pólo passivo, conforme artigo 29 do CDC, todas as pessoas determináveis ou não, expostas a esta prática comercial.

A publicidade promocional diferentemente da publicidade institucional visa à divulgação de um produto ou um serviço. Seu objetivo principal é persuadir o consumidor a adquirir o produto ou serviço ofertado, e seu resultado é esperado em curto prazo.

Importante salientar, que com a publicidade promocional a empresa deseja que o consumidor adquira o seu produto e não o do concorrente, por essa razão, cada dia mais se depara com situações de regulamentação da publicidade, especialmente a publicidade promocional que visa diretamente a realização de negócios jurídicos de consumo. A questão modifica-se, pois ao incentivar diretamente a realização do negócio, vincula o fornecedor àquilo que foi ofertado, caracterizando este ato publicitário como um negócio jurídico.

Assim, afirma Adalberto Pasqualotto (1997, p.114), que ao “caracterizar este tipo de publicidade como um negócio jurídico unilateralmente autônomo, obriga o fornecedor a honrá-lo em seus termos e sendo considerado como uma proposta contratual”.

Sob a égide do direito do consumidor, a oferta de consumo ganha contornos de negócio jurídico semelhantes àquela presente no direito civil, a qual é também conhecida como proposta contratual, sendo a primeira definida pelo artigo 30 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.

Portanto, do ponto de vista econômico, o termo publicidade promocional traduz a atividade desenvolvida para fomentar o consumo ou para seduzir o consumidor para a aquisição de determinado produto ou serviço.

2.2.3 As Funções da Publicidade

A função primária da publicidade de consumo pode ser identificada em seu aspecto finalístico, ou seja, promover a venda de um produto ou serviço. Porém, a publicidade pode ser utilizada como meio para atingir diversos objetivos, se não for um instrumento direto de aumento de vendas, ela acaba concorrendo para isto.

Data do século XIX as primeiras mensagens publicitárias, elas visavam apenas informar os consumidores sobre as qualidades dos bens oferecidos, pois a escolha dos consumidores se baseava na confiança que eles depositavam nos fornecedores, assim as informações publicitárias assumiam o caráter de *garantia de qualidade*.

Porém, com o aparecimento das primeiras formas de concentração monopólica e transformação em mercado livre, a publicidade muda de forma, se tornando uma forma persuasiva destinada a convencer os consumidores a adquirirem os bens ofertados, convencendo-os sobre as virtualidades reais ou fictícias dos bens existentes no mercado.

Sobre a nova função da publicidade, é bastante esclarecedor o exemplo da publicidade “lendária” do guaraná Antártica, que em nenhum momento do anúncio é apresentado as qualidades ou benefícios do produto, apenas são passadas imagens de suculentas pizzas ao embalo de um alegre *jingle* que estimula o paladar do consumidor.

FIGURA 1: Imagens do comercial televisivo do guaraná Antártica



Fonte: <http://www.youtube.com/watch?v=098dt6-ZLYo>

Assim, a publicidade passou a ter a sua função atual que é estimular as necessidades e ampliar a demanda.

Para Nely de Carvalho (2003, p. 27):

A mensagem publicitária é o braço direito da tecnologia moderna. É a mensagem de renovação, progresso, Abundância, lazer e juventude, que cerca as inovações propiciadas pelo aparato tecnológico. Ao contrário do panorama caótico do mundo apresentado nos noticiários dos jornais, a mensagem publicitária cria e exhibe um mundo perfeito e idéia, verdadeira ilha da deusa Calipso, que acolheu Ulisses em sua Odisséia – sem guerras, fome, deterioração ou subdesenvolvimento. Tudo são luzes, calor e encanto, numa beleza perfeita e não perecível.

E nesse sentido, analisando as demais funções secundárias da publicidade, Nunes Júnior (2001, p. 49), propõem uma lista de outras funções com relevância para a normatização jurídica. As funções mais importantes são: de identidade, de criar prestígio, criar e fixar hábitos, de criar índices sociais relacionados ao consumo, de inovação e função de convencimento de intervenientes.

Segundo José Benedito Pinho (2002, p.74), um dos fatores da formação do reconhecimento para empresa resulta dos esforços de propaganda tendentes a conferir uma identidade própria para a instituição e uma real personalidade organizacional, estabelecida por meio de um conjunto de atributos baseados nos valores da tradição, experiência, dinamismo, profissionalismo, conhecimento, alta tecnologia, rapidez, simpatia, jovialidade, solidez, segurança, inovação, idealismo e eficiência.

Outra função da publicidade comercial é a de criar prestígio, ou seja, enaltecer o conceito do fornecedor, fixando uma imagem prestigiosa, de tal modo a incutir no público boa vontade e compreensão com relação à empresa e a seus produtos. Fixa uma imagem positiva, com repercussão, inclusive, na aceitação de novos produtos lançados pela empresa.

A publicidade comercial, utilizando técnicas argumentativas, que tocam a sensibilidade e as emoções dos indivíduos, tende a criar novas necessidades, forjadas sob as vestes de hábitos de consumo, não raro impulsionadas por desejos latentes do indivíduo, que pouca ou nenhuma correlação mantém com o produto consumido. Depois de fixado o novo hábito de consumo a publicidade comercial teria o propósito de manter o consumidor

satisfeito, levando-o a estabelecer uma relação de fidelidade com o produto. Portanto, é evidente a função de criação e fixação de hábitos da publicidade, tendo como um de seus principais instrumentos para auxiliar nessa função é o chamado merchandising.

A função de criação de índices sociais relacionados ao consumo é concretizada quando por meio da publicidade criam-se necessidades e novos padrões de consumo, num contexto em que ter ou usar um determinado produto é sinônimo de *status* e de ligação de uma pessoa com uma classe social (classes A,B..). O padrão de consumo, então, passa a servir prioritariamente como indicador da posição social do indivíduo, que, bombardeado em sua capacidade de escolha, prefere gastar mais com etiquetas e marcas do que consome, do que direcionar melhor os seus recursos, ou poupá-los para momentos de dificuldades.

Outra função importante da publicidade é a de inovação, que consiste exatamente em procurar em atribuir ao produto ou serviço uma nova finalidade. Ou seja, é um redimensionamento do produto ou do serviço, indicando novos usos, que geram aumento do consumo. Cuida-se de estratégia dirigida principalmente aos segmentos de mercado já saturados.

No caso da função de convencimento de interveniente, a publicidade é exercida sobre a qualidade do produto ou do serviço, intervenientes necessários no processo de aproximação dos chamados medicamentos éticos, que só pode ser vendidos mediante prescrição médica. Neste ponto, a publicidade assume essa função específica de convencer o médico a prescrever o medicamento a seus pacientes.

Oliviero Toscani, responsável pela criação publicitária dos polêmicos anúncios da *Benetton*, lança indagações quanto à função da produção publicitária. Diferentemente dos demais escritores nessa área, para ele, há uma urgência em se formular questões que visem recolocar em novas bases a relação publicitária como arte. Para ele, é necessário que se lance um olhar político para a publicidade, já que esta se tornou uma instituição de inegável poder (TOSCANI, 1996, p.48).

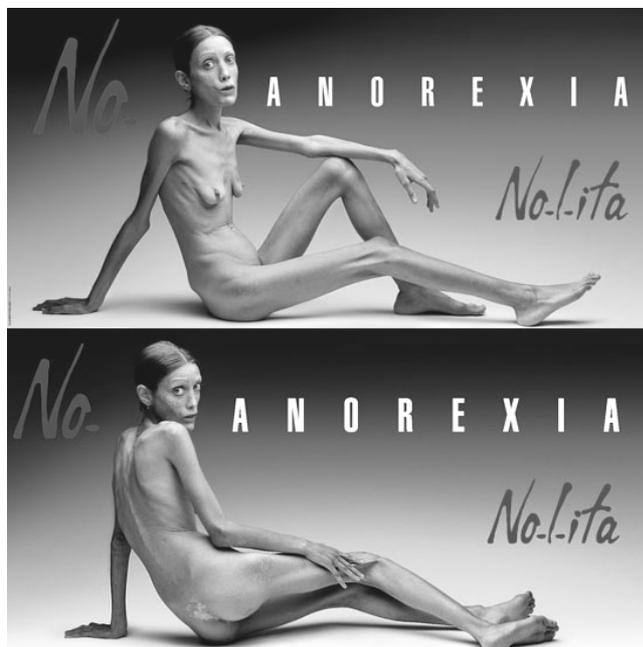
Portanto, interpretando o questionamento de Toscani, pode-se perceber que é explícita a reivindicação que ele faz para que a publicidade

resgate sua dimensão artística, e assim, a publicidade teria uma outra função, independente do seu comprometimento com o mercado, que é deter-se sobre os problemas da realidade humana, e explica:

Qualquer imagem publicitária, mesmo a mais idiota, tem uma significação sociopolítica. Não há imagens que não tenham uma mensagem, uma significação. As imagens que projetam imagens de super modelos, de super mentiras, são de qualquer forma, imagens sociopolíticas [...] Minhas imagens não são diferentes, desse ponto de vista. Só que elas andam com a realidade do mundo [...] São realidades humanas. (Toscani, 1996, p.76)

Essa visão que Toscani tem da função da publicidade é bem exemplificada pela nova campanha publicitária que ele assinou para uma famosa grife de roupas italianas, a No-lita. Na campanha, nada é apresentado sobre a coleção da grife, é na verdade um manifesto contra a anorexia, problema tão polêmico, que atualmente assola o mundo da moda.

FIGURA 2: Outdoor da grife No-lita, assinado por Toscani .



Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u331540.shtml>

Tomando como exemplo o tipo de publicidade que vende um creme de beleza, prometido à consumidora que com o seu uso a deixará tão bela quanto

a garota-propaganda, ou a que vende virilidade associada à posse de um determinado modelo de carro, Tocani questiona a responsabilidade do publicitário para com a sua produção e os consumidores das imagens que produz. Acusa os publicitários de abdicarem da atividade criadora, em prol da administração da “boa idéia”, desempenhado pelo chamado “diretor de criação”, assim, para ele:

A publicidade é hoje a mais formadora de nossa subjetividade do que o ensino escolar. Ela é maior expressão de nossa época, quantitativamente pelos investimentos que mobiliza, e qualitativamente por seu protótipo cultural, pois o consenso da razão contemporânea parece ser feito de imagens de sonho que nos convidam: “sejam como nós imagens publicitárias”. (TOSCANI, 1996, p. 119)

2.4 Merchandising

O Código do Consumidor Comentado (2001, p. 282), destaca o conceito de merchandising em técnica publicitária de “aparicação de produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem a declaração ostensiva da marca. Portanto, não deixa de ser uma comunicação subliminar.

Assim, incute-se uma mensagem dentro de outra mensagem, ou seja, ocorre a aparição de produtos sem a ostentação da publicidade sobre o produto. Oportuno frisar que, quando há a aparição de produtos sem ostentação da intenção publicitária, no tocante, por exemplo, em uma novela com merchandising juntamente com artistas, o público se identifica com eles, fazendo associação produto-artista, absorvendo a falsa segurança sobre a qualidade do produto ou serviço, influenciando de forma bastante eficiente e inconsciente, nas escolhas dos consumidores.

Em relação às peças publicitárias inseridas dentro da narrativa, isso transforma o programa em mera moldura para a indução ao consumo. Nessa técnica, o produto anunciado é utilizado ou consumido pelos atores durante a trama, induzindo o telespectador a identificá-lo com o personagem, sua classe social, sua história, seus hábitos, suas condutas. O aparecimento do produto na

trama faz parte de contrato entre a concessionária e o anunciante, mas o consumidor fica fora desse acordo, cujas regras desconhece.

No Brasil, um caso famoso de início da prática de merchandising que pode ser citado é o da novela “Dancing Days”, na qual Sônia Braga era a protagonista; nesta novela incutiram o anúncio de uma calça da marca “Staroup” dentro da trama, dessa forma passando despercebido; resultado: ocorreu um grande aumento nas vendas daquele produto.

O surgimento de tal situação pode ser verificado nas palavras de Calazaris (1992, p. 71):

[...] graças ao talento de Lívio Ragan, premiado ante a curta verba de seu cliente “Staroup”, propôs à Rede Globo uma solução inusitada de veiculação: fazer com que a marca do seu cliente aparecesse no trecho de uma novela como um gancho enquadrado no cotidiano. Nada ostensivo; muito ao contrário, um institucional leve e perfeitamente casado com a paisagem.

Um dos motivos do surgimento dessa técnica é que o telespectador, no momento das mensagens publicitárias, ou seja, nos intervalos entre uma programação e outra, acaba ficando desatento ou até mesmo muda de canal, frente tal situação a forma que se criou para oferecer o produto foi a sua inserção nos enredos das programações.

O artigo 36 do CDC dispõe que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Assim, esse artigo consolida o Princípio da Identificação da publicidade, e nesse ponto deve-se investigar se pelo volume dessa publicidade sem limite detectada no Brasil, a publicidade já não se converteu na verdadeira programação.

Assim, a identificação clara e rápida da mensagem publicitária é um pré-requisito para a livre escolha de uma mercadoria, portanto, a publicidade só é lícita se o consumidor puder identificá-la imediata (no momento da exposição) e facilmente (sem esforço). Uma simples percepção distintiva entre programas e comerciais, contudo, não providencia uma “defesa cognitiva” da criança contra as alegações e apelos da publicidade.

Quando tratamos da criança, devemos lembrar que ela somente consegue fazer uma avaliação mais crítica do conteúdo do anúncio publicitário após desenvolver a habilidade de reconhecer a intenção persuasiva da publicidade.

Como já dito, a publicidade deve ser claramente distinguida como tal, seja qual for sua forma ou meio de veiculação, portanto, o merchandising “testemunhal” dirigido a crianças e adolescentes é a prática oposta a isso, pois ele tenta esconder a natureza de anúncio comercial da propaganda, como se fosse parte do programa, como se fosse mera “informação”. A peça publicitária aparece como fala da apresentadora infantil que avaliza para as crianças os produtos que o anunciante lhe paga para endossar, confundindo-as, enganando-as e traindo sua confiança. E é esta confiança que a criança transfere para a mercadoria que a apresentadora a induz a comprar. A criança fica exposta de forma capciosa a uma propaganda, só que fora e além do intervalo comercial.

Na forma “testemunhal” de merchandising, na qual o(a) apresentador(a) afirma que consome aquele produto e enumera suas qualidades, o abuso contra a criança fica mais explícito. Imaginemos o olhar de uma criança exposta a essa publicidade que não aparece explicitamente enquanto tal: se essa criança não consegue distinguir claramente entre um programa de entretenimento e uma peça publicitária, ela está completamente vulnerável à manipulação. Como ela poderia reconhecer e se defender contra a persuasão dessa publicidade? Tal qual o assédio moral, crime invisível, mas poderoso, a publicidade diluída no entretenimento seduz a criança.

Neste contexto propõem-se a reflexão a respeito dos possíveis efeitos danosos da mega-exposição da criança à televisão, submetida às estratégias de entretenimento e aceitação de produtos veiculados pela mídia no interior da programação televisiva, já que essa técnica de venda de produtos pode despertar comportamentos e provocar condutas nos consumidores que são influenciados, muitas vezes, inconscientemente. Deve-se, então, defender o consumidor contra todos os atos abusivos da publicidade.

2.5 Princípios da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor

O Código do Consumidor, com finalidade principal de proteger o consumidor, foi norteado com alguns princípios que buscam reger as relações de consumo, visando à segurança daquele que por ser considerado parte vulnerável pode se tornar o maior prejudicado. Como disciplina Carlos Alberto Bittar (1991, p. 99):

A disciplina do Código vem ora adicionar-se a esse complexo normativo, mas sob a ática de defesa do consumidor, vedando, restringindo ou direcionando ações e, de outro lado, sancionando práticas abusivas, a fim de, garantindo a rigidez jurídica da oferta, propiciar-se um desenvolvimento harmônico dos relacionamentos entre agentes e destinatários de suas mensagens, com o respeito aos valores maiores das escalas social e individual.

De maneira geral, os princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor, que são os sustentáculos do sistema jurídico ao qual pertencem, encontram-se enumerados nos seus artigos 1º a 7º especialmente no art. 4º, que enfatiza a principiologia desse micro-sistema, o qual visa à proteção do consumidor contra práticas comerciais abusivas, por conta de sua vulnerabilidade perante os fornecedores nas relações de consumo.

De acordo com o ensinamento de José Afonso da Silva (1997, p. 410), princípios *“são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”*. No caso do Código de Defesa do Consumidor, seus princípios fundamentais são todos baseados na Constituição Federal e nos próprios princípios constitucionais.

No tocante ao aparente confronto entre o princípio da liberdade e a publicidade vale ser dito, desde logo que, mesmo em países de tradição democrática, onde há absoluta liberdade de manifestação do pensamento, existe controle sobre a publicidade.

A Suécia é um exemplo desses países, pois proíbe totalmente a publicidade dirigida à criança. Isso ocorre porque o legislador daquele país

considera a proteção ao consumidor, em casos específicos, um bem mais importante do que a liberdade da mensagem publicitária.

Nesse contexto é sábio lembrar que o princípio da liberdade é considerado uma das garantias fundamentais para a expressão do pensamento e está previsto no art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal, que determina a garantia da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Porém, no âmbito do estudo ora proposto, acerca da publicidade dirigida à criança, muitas vezes o princípio da liberdade será mitigado com vista a proteger a criança e, com isso, fazer valer a incidência de outros princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

2.5.1 Princípio da Identificação da Publicidade

O *Princípio da Identificação da Publicidade* extraído do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, visa proteger o consumidor assegurando-lhe o direito de saber clara e imediatamente que a mensagem transmitida tem caráter publicitário e, por isso, seu objetivo é promover a venda de algum produto ou serviço por meio da persuasão:

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

Assim, é proibida toda publicidade clandestina, bem como a publicidade subliminar.

O *merchandising*, que pode ser considerado uma forma de publicidade clandestina, nos dizeres de Rizzatto Nunes (2005, p.340) é uma “*técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes*”, não está expressamente proibido. Porém, se

for impossível ao consumidor identificá-lo como mensagem publicitária, será vedado por contrariar esse princípio extraído do art. 36 do CDC.

Assim, conforme a casuística, violará o *Princípio da Identificação* da mensagem publicitária toda a publicidade que tentar se ocultar para assim não ser percebida e, com isso, enganar o seu destinatário, que é o consumidor. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1991, p. 103), bem resume a problemática da publicidade que tenta se disfarçar e a conseqüente necessidade de ser repudiada pelo ordenamento:

Publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor. A mensagem publicitária deve surgir aos olhos do público identificada como tal, colocando assim os seus destinatários de sobreaviso acerca das intenções comerciais dos textos ou imagens.

2.5.2 Princípio da Veracidade

Este é um dos mais importantes princípios, consagrado pelo Código do Consumidor no art. 37, § 1º, em que proíbe e define a publicidade enganosa:

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

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

Importante ressaltar que o *Princípio da Veracidade*, tão importante norteador das mensagens publicitárias, teve seu nascedouro no próprio interesse da sociedade em evitar que informações ou comunicações de caráter publicitário venham a induzir o consumidor em erro.

Na mesma linha de raciocínio é o pensamento de Ada Pelegrini Grinover (2001, p. 288):

Em linhas gerais, o novo sistema pode assim ser resumido: não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial (“capacidade de indução ao erro”); é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganosas; o silêncio - como ausência de informação positiva - pode ser enganoso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso, deixar de ser enganosa; o “standard” de enganabilidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos).

Da mesma forma, como se nota pela transcrição do texto legal, é igualmente proibida a publicidade enganosa por omissão, a qual, de acordo com o art. 37 § 3º do CDC, é aquela que deixa de informar dado essencial do produto ou serviço e, de forma reflexa, engana.

O legislador demonstrou repúdio a esse tipo ilícito de publicidade, podendo levar o consumidor a erro a partir do pressuposto de que provoca a distorção no momento decisório da aquisição de algum produto, sendo que, se o consumidor estivesse realmente informado, possivelmente poderia não tê-lo adquirido.

Com isso conclui-se que o anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia de forma alguma, quer seja por afirmação, quer por omissão, e também, a publicidade não pode ser veiculada nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para de maneira confusa ou ambígua iludir o consumidor.

2.5.3 Princípio da Não Abusividade

Consagrado pelo Código no mesmo artigo 37, § 2º, o *Princípio da Não Abusividade* tem como objetivo reprimir desvios que possam prejudicar os consumidores. A publicidade abusiva não vem a afetar diretamente o lado econômico do consumidor, mas agride outros valores importantes da sociedade de consumo:

Artigo 37, § 2º - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1991, p.74) explica que ao contrário do que se dá com a publicidade enganosa, a abusiva não afeta diretamente o bolso do consumidor limitando-se a agredir outros valores tidos como importantes pela sociedade de consumo. Por isso, mesmo a publicidade verdadeira pode ser repudiada pelo ordenamento legal se for considerada atentatória a algum desses valores sociais.

Será abusiva, assim, toda a publicidade que não só esteja inserida na definição do aludido art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, mas, de maneira geral, ofenda a moral, a ética e a ordem pública vigente na sociedade. É ainda importante ser observado que não se faz necessário para a caracterização da abusividade ter havido um dano real, mas é suficiente, apenas, a sua potencialidade.

Especialmente no tocante às crianças, ensina brilhantemente Isabela V. M. Henriques (2007, p. 54) que:

O anúncio deve atentar para as características psicológicas da criança, respeitar a sua ingenuidade, a credibilidade, inexperiência e o sentimento de lealdade infantil, preocupar-se com a segurança da criança e ser produzido com fundamento em regras de boas maneiras. O anúncio não pode, por exemplo, transmitir, ainda que implicitamente, sentimento de inferioridade no caso de a criança não adquirir o produto ou serviço anunciado, quanto menos estimular que a criança constranja seus pais ou responsáveis a fazê-lo.

2.5.4 Princípio da Isonomia e Boa-fé

O objetivo primordial do Código de Defesa do Consumidor é regulamentar as relações de consumo por meio da criação de mecanismos que permitam restaurar o equilíbrio e a igualdade real de forças entre os sujeitos que delas participam, sempre com base na boa-fé, conforme diz o art. 4^a, inc. III, do CDC:

Art. 4^o - [...]

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 (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

O Princípio da Isonomia, sedimentado pelo *caput* do art. 5^o da Constituição Federal, nas relações de consumo deve ser observado pelo tratamento desigual dado pela lei aos consumidores no sentido de garantir-lhes a igualdade real, vez que os desiguais devem ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades.

Por isso, para garantir a igualdade foi necessário fazer valer ao consumidor diversos direitos, também no âmbito da publicidade, visto que ele é a parte mais fraca da relação de consumo.

Já o Princípio da Boa-fé na publicidade é observado nos artigos 30 e 36, entre outros, do Código de Defesa do Consumidor, e prevê, respectivamente, a necessidade de boa-fé na publicidade por meio do mandamento legal de a

oferta vincular seu fornecedor e de a publicidade ser facilmente identificada como tal. Da mesma forma, esse princípio está previsto expressamente no artigo 51, inciso IV, do CDC, quando o legislador prevê a nulidade de cláusulas contratuais incompatíveis “*com a boa-fé ou a eqüidade*”:

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

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;

Por *Boa-fé* deve-se entender uma regra de conduta a ser, obrigatoriamente, verificada no modo de agir dos participantes da relação de consumo de acordo com os parâmetros de honestidade e lealdade aceitos pela sociedade. Assim, a título exemplificativo, nas palavras de Henriques (2007, p. 57):

No caso de publicidade não veiculada de maneira facilmente identificada como tal e, portanto, em confronto com o princípio da identificação da mensagem publicitária, é patente a má-fé do fornecedor. Não há dúvidas de que a tentativa de o fornecedor ocultar do consumidor determinada mensagem publicitária, a fim de que o consumidor não perceba que está sendo alvo de uma oferta, consubstancia violação ao texto legal e denota a flagrante intenção do fornecedor de enganar o consumidor.

Portanto, podemos perceber que muitas vezes o consumidor não é capaz de realizar uma escolha sensata e madura, isto porque ele faz suas decisões influenciado pelas agressivas e abusivas técnicas do marketing que cercam em seu cotidiano. Frente á esta realidade é que se destaca a importância

e imprescindibilidade da boa-fé nas relações de consumo, principalmente como garantia do equilíbrio real entre as partes, em razão da forma ágil como são realizadas as transações comerciais.

2.5.5 O Princípio da Vinculação Contratual da Publicidade

O *Princípio da Vinculação Contratual da Publicidade* está estabelecido no art. 33 do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que toda informação ou publicidade “*suficientemente precisa*” obriga o fornecedor e integra o contrato que eventualmente venha a ser celebrado com o consumidor. É assim, previsto também no artigo 35 desse diploma legal:

Artigo 33 - 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.

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

- I - Exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II - Aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III - Reincidir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perda de danos.

De acordo com o disposto, o consumidor prejudicado, poderá exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária, sendo assim restituído por eventuais danos que a propaganda venha lhe causar.

Basicamente isso significa que a publicidade irá vincular, contratualmente, o fornecedor ao consumidor quando atingir o consumidor que a ela está exposto, ainda que não compre ou use o produto ou serviço anunciado,

ou mesmo antes que alguma dessas situações ocorra, mas desde que o consumidor aceite a oferta constante da publicidade.

Como alerta Cláudia Lima (2004) apud Henriques (2007, p.62):

A publicidade pode apresentar os elementos que desejar, porém as informações divulgadas e suficientemente precisas serão vinculantes, obrigando, a partir de sua veiculação, o fornecedor e fazendo parte integrante do contrato que vier a ser celebrado.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1994, p. 108) explica o alcance do art. 33 do Código de Defesa do Consumidor de maneira semelhante e chama atenção ao fato de que a fonte da vinculação contratual é a declaração publicitária, e não a vontade publicitária.

2.5.6 O Princípio da Inversão do Ônus da Prova

Assim, como os princípios anteriormente citados, que reconhecem a vulnerabilidade do consumidor e o protegem ante às relações de consumo, este é mais um princípio que busca assegurar maior benefício à classe consumidora.

Este princípio diz respeito ao fato de que a publicidade não só deve ser verdadeira, mas quem a patrocina deve estar apto a comprovar tal veracidade, Nelson Nery Júnior (1992, p.54), sobre o tema, chama a atenção para o fato de que a prova da veracidade da informação publicitária é sempre ônus do fornecedor. Nesse sentido, o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor determina que *“o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”*.

Isabela viera Machado Henriques (2007, p. 64) ensina que:

Nem poderia ser o contrário, pois somente quem patrocina a publicidade terá condições de apresentar tal prova, pois é quem possui todas as informações, efetivamente verdadeiras, acerca do produto ou serviço, capazes de comprovar, ou não, a veracidade da sua mensagem publicitária. Ademais, nada mais justo do que ficar a cargo do fornecedor a obrigação de comprovar as informações por ele próprio divulgadas.

Assim, a regra geral de que o ônus da prova cabe a quem alega, nessa hipótese, não seria válida, até por bom senso, independente da possibilidade aventada pelo Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, inciso VIII, acerca da inversão do ônus da prova, a qual, por suas características, deve ser determinada pelo juiz, conforme o caso, se preenchidos seus requisitos legais:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

A propósito, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1991, p. 107) diz que a inversão prevista no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, diferentemente daquela do art. 6º, inciso VIII, não está na esfera de discricionariedade do juiz, é obrigatória, e refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção.

Também nesse sentido, o § 3º do artigo 14 do Decreto 2.181, de 20.03.1997, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, dispõe que “*o ônus da prova da veracidade (não-enganosidade) e da correção (não-abusividade) da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina*”. Daí conclui-se que o ordenamento inverteu o ônus da prova, como regra, em sede de publicidade enganosa e abusiva.

2.5.7 Princípio da Correção do Desvio Publicitário

O legislador teve cuidado especial em que havendo um *desvio publicitário*, possa haver uma punição administrativa e penal, uma reparação civil e, ainda, que sejam corrigidas as informações veiculadas, assim consagrando o *Princípio da Correção do Desvio Publicitário*.

Esse princípio diz respeito à sanção subjetiva referente à atividade empresarial ou mesmo estatal dos fornecedores por conta da divulgação de publicidade considerada enganosa ou abusiva. Mais especificamente, trata da contrapropaganda, que é a sanção mais temida pelos fornecedores, prevista no ordenamento legal nos artigos 56, inciso XII, e 60 do Código de Defesa do Consumidor.

Por meio desse Princípio, a prática da publicidade enganosa ou abusiva, poderá ser corrigida pela imposição de contrapropaganda, que nada mais é senão uma publicidade divulgada pelo mesmo fornecedor daquela anterior, às suas custas e nos termos da lei, preferencialmente da mesma forma, frequência, dimensão e no mesmo veículo, local, espaço e horário da anterior.

Como estabeleceu o legislador no *caput* do artigo 60 do CDC, a intenção da contrapropaganda não é outra senão a de “*desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva*”, ou seja, corrigir o desvio publicitário antes havido.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim (1991, p. 109), justificando o acerto do legislador ao prever a contrapropaganda, diz que, ao lado da reparação civil e da repressão administrativa e penal, uma vez tendo sido verificado o desvio publicitário, impõe-se, igualmente, que os seus malefícios sejam corrigidos, ou seja, que o seu impacto sobre os consumidores seja aniquilado.

3 OS EXCESSOS PUBLICITÁRIOS COIBIDOS PELO CDC.

A publicidade interessa ao direito não só do ponto de vista da proteção do consumidor, mas também por abranger outros aspectos nos quais interfere, como por exemplo, valores sociais e culturais.

Isto porque o objetivo da publicidade é persuadir o consumidor já que apresenta forte influência sobre as pessoas, estimulando a imaginação, criando necessidades e expectativas em relação ao produto anunciado.

Por isso, a publicidade tem que ser controlada pelo Direito, especialmente na fase atual, em que deixa de ser instrumento de mera informação para se transformar em instrumento de persuasão, como verdadeiro estímulo às necessidades e promoção da demanda.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor instituiu uma regra expressa contra a publicidade enganosa e abusiva, conferindo-lhe ainda capacidade de vinculação contratual, não apenas limitando-se a estabelecer regras sobre relações contratuais, pois a publicidade, quando suficientemente precisa passa a integrar o contrato, artigo 30, e o consumidor, de acordo com o artigo 35, 1, poderá exigir que seja cumprido o que foi anunciado na publicidade, o consumidor é protegido antes de efetuar um contrato de relação de consumo.

O legislador reconheceu, então, que a relação de consumo não é apenas a contratual. Ela surge, igualmente, através das técnicas de estimulação do consumo, quando, de fato, ainda sequer se pode falar em verdadeiro consumo, e sim *expectativa de consumo*. A publicidade, portanto, como a mais importante dessas técnicas, recebeu especial atenção do Código.

Os Promotores de Justiça de Santa Catarina, Fábio de Souza Trajano e Max Zuffo demonstram que há pesquisas que comprovam que o comportamento das crianças é influenciado por aquilo que é mostrado no vídeo, conforme demonstra Gino Giacomini Filho:

Há indicadores que mostram uma forte relação do que é demonstrado no vídeo com certos distúrbios infantis; um destes estudos mostrou que as crianças adotam hábitos iguais aos do vídeo (80%) e, dependendo da faixa etária, o índice de ansiedade que a TV gera é de mais de 90%. Em outro estudo, a maioria das crianças pesquisadas, cerca de 45% em uma escola e 60% em outra, declarava ter ficado com vontade de obter esses produtos, sendo que com cerca de 2/3 delas acontecera de ter tido vontade de comprar alguma coisa porque viu na TV; dentre os produtos que despertam mais o consumo destacam-se guloseimas em geral, roupas e objetos de uso pessoal. (MPSC, 2005)

Por último, deve-se destacar que há um consciente e explícito reconhecimento do mercado publicitário, para isso podemos ver as declarações públicas de Cheryl Idell (2008) apud Canela (2008), executiva do setor de pesquisa de mercado nos EUA, dizendo que “se valer das crianças como instrumentos capazes de azucrinar (“nagging”) as famílias é caminho eficaz para que os pais adquiram os produtos em oferta”. Assim, afirmações como esta devem ser analisadas pelo direito para fazer valer suas normas de proteção contra às abusividades publicitárias.

3.1 A Publicidade Abusiva

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 coibidos.

Conforme Antônio Vasconcelos e Benjamin (1999, p. 157) “abusivo é aquilo que ofende a ordem pública (Public Policy), o que não é ético ou que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores”.

Nesse sentido o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37 §2º estabeleceu hipóteses em que se considera uma publicidade como sendo abusiva:

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

[...]

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

Pode-se observar que o nosso Código não definiu juridicamente publicidade abusiva, apenas listou alguns exemplos de forma meramente enumerativa. Ao afirmar “dentre outras”, nos remete à interpretação casuística, que deverá atrelar-se tão só a um conceito abstrato de abuso, cuja conclusão depende exclusivamente do interprete.

O mesmo ocorre com o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, que não traz uma definição de publicidade abusiva. Apenas estabelece que toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar, proibindo, desta forma, o anúncio que estimule ou favoreça qualquer tipo de discriminação, inclusive religiosa, isto é o que pode ser extraído de seus artigos 19, 20 e 21:

Art. 19 - Toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar.

Art. 20 - Nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade.

Art. 21 - Os anúncios não devem conter nada que possa induzir a atividades criminosas ou ilegais - ou que pareça favorecer, enaltecer ou estimular tais atividades.

O que temos como certo é que o abusivo transcende o dano material. Isto porque para a caracterização da publicidade abusiva não é

necessário que esta venha a causar um dano efetivo ao consumidor, pois a doutrina entende ser suficiente a possibilidade de concretização do dano em virtude da exposição do consumidor à propaganda nociva.

O CDC, portanto, ao elencar as hipóteses de publicidade que estão classificadas como abusivas está em consonância com outros diplomas legais, preservando o consumidor de prejuízos não especificamente financeiros, mas valores ainda maiores e muitas vezes irrecuperáveis.

Os meios de comunicação e a publicidade devem ajustar-se a esses parâmetros superiores, aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, em consonância a Constituição Federal, como evidencia o artigo 221, IV:

Art. 221 - A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Suzana Federighi (1999, p.72) salienta que "se aceitarmos que a publicidade pode induzir alguém a algo além de consumir, isto já será nocivo de *per si*, porque estará servindo de instrumento à criação de uma necessidade extra, além daquela à qual está social e juridicamente autorizada".

Complementando, a autora afirma que: "não fosse por este raciocínio, a publicidade, em si seria uma violência, por inverter o processo de necessidade no mercado de consumo, e não somente por criá-la, mas por inserir um comportamento padrão ainda não existente" (FEDERIGHI, 1999, p. 72).

Desta forma, Heloísa Vieira C. de Mello (2000, p.129) conclui que, "através da noção de abusividade, o legislador logrou reprimir condutas que, se não conflitam diretamente com o texto legal, inobservam valores fundamentais do ordenamento, sendo potencialmente danosas".

Podemos concluir que nenhum dos códigos que regulamentam a publicidade traz a definição da publicidade abusiva, porém por ser esta coibida tal definição é de extrema importância para os profissionais da publicidade, uma vez que estes devem se adequar aos parâmetros do interesse social.

A definição de abusivo é complexa e abrangente, pois depende da análise frente aos princípios fundamentais, a ética, a moral e à família.

3.1.1 As diferentes formas de publicidade abusiva

Será analisado nesse capítulo as hipóteses de publicidade abusiva enumeradas no artigo 37 §2º do CDC.

Uma das principais formas de publicidade abusiva coibida pelo CDC é a de *natureza discriminatória* e o fundamento pra a proibição desse tipo de publicidade está na própria Carta Magna, em seu artigo 5º “caput” trazendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. E também em seu artigo 3º, inciso IV, explicitando que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, podemos ressaltar não haver dúvidas que a discriminação é um dos fenômenos mais lamentáveis e vergonhosos que afetam as sociedades de diversas partes do mundo, não cabe a uma publicidade, portanto explorar o preconceito com objetivos comerciais, se o fizer será considerada abusiva. Fabiana Curi Uema (2008), Mestre em Direito das Relações Sociais - PUC/SP, afirma que:

Quando se consideram os numerosos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e muitos outros setores das relações humanas, percebe-se a existência de pessoas que são objeto de discriminação não por terem feito ou deixado de fazer algo, mas devido a fatores em relação aos quais elas não podem exercer nenhum controle: a cor de sua pele, a raça a que pertencem, o sexo, a religião, as convicções políticas, a nacionalidade, o aspecto físico etc.

No mesmo sentido, Benjamin explica (1998, p. 302):

É abusiva a publicidade que discrimina o ser humano, sob qualquer ângulo ou pretexto. A discriminação pode ter a ver com a raça, com o sexo, com a preferência sexual, com a condição social, com a nacionalidade, com a profissão e com as convicções religiosas e políticas.

O problema da discriminação é muito mais político, social, cultural e econômico, do que biológico isto porque alguns dos efeitos da discriminação seriam a formação de estereótipos e a representação negativa da raça ou seguimento social. Temos como exemplo a polêmica publicidade da Hellmann's, que retrata um grupo tribal de origem africana, cujos homens são negros e tratados como canibais, e a caça é representada por um homem branco. O PROCON recebeu a reclamação dos consumidores sobre esse comercial, alegaram que um produto tão consumido por todos e principalmente por crianças não pode contribuir para alimentar a segregação racial.

FIGURA 3: Cena da publicidade da Hellman's.



Fonte: <http://www.portaldapropaganda.com/aboutnews/2006/08/0018?data=2006/02>

Importante também ressaltar a publicidade abusiva que *incita a violência*, pois os mecanismos de persuasão que levam as pessoas a consumir podem transcender seus objetivos e incentivá-las a cometer a violência que foi

glamourizada por tal publicidade. Isto porque a publicidade também gera valores e cria comportamentos.

Neste sentido, claras são as palavras de Benjamin (1999, p. 302):

Violência, aqui, é sinônimo de agressividade, de utilização de força bruta. Muitas vezes aparece como mensagens relacionadas com agressões, com lutas físicas, com a morte e com a guerra. É sempre abusiva e, por isso mesmo, proibida. Também não se admite a publicidade que incita à violência, seja do homem contra o homem, seja do homem contra os animais (e até contra bens, como os públicos, por exemplo).

Todo indivíduo, em algum momento, já agiu, ou ameaçou agir, ou fez alguém pensar que seria capaz de agir de forma violenta. Podemos concluir que a violência é, então, um estado de ânimo do ser humano e que essas atitudes foram desencadeadas e encorajadas por situações da vida de cada um. Desta forma, toda publicidade que incite, instigue, estimule, provoque ou induza o consumidor a praticar ato violento, poderá ser enquadrada como publicidade abusiva.

Em contrapartida às proibições dos diplomas legais, há o interesse publicitário de explorar este natural impulso do ser humano por atos de violência, que muitas vezes são controlados pelas pessoas, mas que são bem recebidos em filmes, publicidades e também em vídeo games, sendo permitidos tão somente em seu aspecto de entretenimento. Contudo em muitos casos podem ocorrer excessos que contrariem o bem senso e a ordem social.

Considerada como uma nova corrente publicitária, a "*Trash Attitude*" consiste em utilizar mensagens visuais mórbidas, violentas, cínicas, fazendo referência à morte, à doença, aos filmes de terror. Recorda-se que há alguns meses atrás foi retirada, da maioria dos países europeus, a mais recente campanha de publicidade da Dolce & Gabbana. A polêmica publicidade exibia uma mulher sendo dominada por um homem enquanto outros assistiam à cena passivamente.

FIGURA 4: Publicidade da Dolce & Gabbana.



Fonte: <http://www.caixapreta.blog.br/?p=148>

Também se inclui como publicidade abusiva aquela que induz o consumidor a se *comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*.

Podemos ressaltar um exemplo de publicidade que valoriza um comportamento perigoso à segurança das pessoas, o anúncio publicitário é de um fabricante francês de automóveis que lançou seu último modelo de perua “off road”, aqui no Brasil.

O anúncio expõe um jovem motorista dirigindo o veículo em alta velocidade, num terreno acidentado em meio à natureza, realizando manobras radicais (derrapagens, saltos, etc.), e posteriormente encontrando uma bela mulher num cenário paradisíaco.

Assim, observa-se que publicidades desse gênero atentam contra a segurança do consumidor, lembrando que o artigo 37 §2º do CDC, fala do perigo contra a segurança do próprio consumidor, pouco importando se este se encontra no meio de um deserto, ou em uma avenida movimentada:

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

[...]

§ 2º - É abusiva, dentre outras, a publicidade [...] que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Outro marcante exemplo foi de um calçado infantil promovido por uma famosa apresentadora de TV, onde uma criança se dirigia até a cozinha de sua casa, e depositava seu calçado velho no liquidificador, triturando-o, a fim de que sua mãe lhe comprasse um novo par.

Assim, para tais publicidades serem consideradas abusivas não é necessária a comprovação de um dano efetivo, basta o simples perigo de que o consumidor venha a se comportar de maneira prejudicial à sua saúde ou segurança.

Vários doutrinadores também incluem nessa categoria de publicidade abusiva aquelas que estimulam o consumo de tabaco e bebidas alcoólicas, conveniente se faz transcrever o pensamento de Maria Elizabete V. Lopes (1992, p.175):

(...) a publicidade de tabaco e de bebidas alcoólicas seria na verdade capaz de induzir o consumidor a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde, em especial, se a mensagem é formulada de maneira tal que as pessoas associem o uso desses produtos ao melhor desempenho esportivo ou sexual, à melhoria nas relações sociais ou afetivas, etc. Nesse tipo de anúncio as cores são sempre vibrantes, as ações audaciosas, e tudo leva a crer que a atuação dos tabagistas e alcoólatras é sempre fantástica.

Portanto, é conveniente enquadrarmos aqui a publicidade de tabaco e bebida alcoólica, uma vez que está comprovado cientificamente que o uso de tabaco provoca conseqüências danosas e muitas vezes irrecuperáveis à saúde das pessoas e, o consumo de bebida alcoólica, grande prejuízo à saúde e à segurança da população.

O CDC também inclui no rol exemplificativo de publicidades consideradas abusivas aquelas que são *agressivas ao meio ambiente* ou que põe

em risco o meio ambiente, sendo este considerado um bem tutelado pela própria Constituição Federal em seu artigo 225.

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Exemplos a serem lembrados são anúncios que mostra pessoas poluindo o meio ambiente, agindo com desrespeito a bens públicos, algumas vezes para valorizar uma característica do produto, como a sensação de liberdade. Esse tipo de publicidade deve ser condenada como abusiva e retirada de circulação porque pela facilidade de persuasão que a publicidade exerce, as pessoas acabam aceitando tais agressões ao meio ambiente como sendo normais ou permitidas.

Um comercial atual da Volkswagen foi suspenso liminarmente pela Justiça de Minas Gerais sob o entendimento do Ministério Público estadual, ela estimula o desrespeito às questões ambientais.

O comercial, em questão, mostrava um homem lavando um Fox e, a partir disso, ele começa a imaginar o mundo sem danos ambientais e ao patrimônio. Mas sem isso não haveria emprego, imagina ele, e sem emprego não haveria consumo. Portanto, o homem não teria aquele carro.

E ressurgem imagens como uma explosão em uma mineradora ou pedreira, fumaças em chaminés de uma fábrica e um suposto prédio tombado pelo patrimônio histórico com a fachada coberta por outdoors, impedindo a sua apreciação.

Manifestando-se sobre o anúncio, o promotor de Defesa do Meio Ambiente, Fernando Galvão (2005) apud Luz (2008), um dos três que assinam a ação civil pública contra a Volkswagen, disse:

O comercial é uma combinação da narrativa com as imagens, deixando evidente a "violação" não apenas à lei ambiental mas também ao Código de Defesa do Consumidor e às normas do Conar.

No mesmo sentido, a juíza Mariza Porto (2005) apud Luz (2008), da 28ª Cível do Fórum Lafaiete, em Belo Horizonte, disse na sua decisão que suspendeu liminarmente o tal anúncio:

A educação ambiental integra bens constitucionalmente garantidos e que a formação de opiniões de valores éticos em busca de uma sociedade mais humana e justa é princípio básico a ser preservado no mundo.

Portanto conclui-se que qualquer publicidade que desviar a intenção de anunciar um produto utilizando-se de desrespeito á valores tão aclamados como o meio-ambiente deve ser considerada abusiva e coibida pelos meios legais de proteção ao consumidor.

3.1.2 Publicidade abusiva que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança

As crianças representam, sem dúvida, um grande nicho a ser explorado pelas peças publicitárias, que têm a seu favor o poder da criação e imaginação, utilizando-se notavelmente de personagens infantis, animais que falam e muitos efeitos especiais. Por sua inocência, hipossuficiência e por não terem ainda desenvolvido raciocínio crítico, em geral acreditam fielmente naquilo que é veiculado pela publicidade. Eis a razão pela qual o CDC classifica como abusiva a publicidade que se aproveita desta inocência para despertar um desejo incontrolável em consumir.

Conforme os dados demonstram, as crianças brasileiras estão expostas a uma grande quantidade de anúncios publicitários exibidos durante a programação infantil, uma vez que a demanda por produtos infantis é ampla e lucrativa.

Como sabemos, a tendência natural da criança é acreditar em tudo o que vê, pois dependendo da idade, elas não sabem distinguir comerciais de programas:

O RIO MÍDIA pesquisou e fez as contas: em uma semana de programação infantil matinal, três emissoras de TV aberta do país exibiram 447 comerciais, o equivalente a cerca de três horas e 45 minutos da faixa horária oferecida (8,76%). No topo da lista dos produtos anunciados estão brinquedos, remédios de emagrecimento, jogos de aposta, CDs de música, mensagens via celular, cereais e comidas *fast-food*. O levantamento analisou os intervalos das únicas emissoras comerciais de TV aberta que oferecem, pela manhã, programas destinados às crianças. São elas: Rede Globo, Rede TV e SBT. O período pesquisado foi de 31 de julho a 4 de agosto deste ano. O intervalo comercial da programação infantil.

[...]

Em uma semana, a Rede Globo transmitiu 113 comerciais. O SBT, 329. Talvez este maior quantitativo possa ser explicado pelo fato de o canal oferecer uma programação mais extensa. De segunda a sexta-feira, a faixa horária que a Rede Globo dedicou às crianças foi de 12 horas e 30 minutos. No SBT, o horário dobrou. Foram ao todo 25 horas. O intervalo comercial da programação infantil. (TAVARES, 2008, grifo nosso)

A criança por sua fragilidade e por estar em desenvolvimento é protegida pela Constituição Federal e também por outros Estatutos. Naturalmente está incluída na Lei do consumidor, por ser a mais hipossuficiente dos consumidores, no artigo 37 §2º do CDC, que coíbe a publicidade abusiva, ressaltou em proibir a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Esta especial proteção à criança também está prevista no Código de Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP) no artigo 37, alínea “b”, no qual o anúncio dirigido à criança e ao jovem deve respeitar a ingenuidade e a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade. Neste artigo há também a previsão de que não se admitirá que o anúncio torne implícita uma inferioridade da criança, caso esta não consuma o produto oferecido.

De acordo com as novas regras do CONAR, estabelecidas desde setembro de 2006, está proibido na publicidade infantil:

- Empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo por outros menores. Exemplo: “Faça como eu, use...”;
- Provocar qualquer tipo de discriminação, inclusive em virtude de não poderem ser consumidores do produto; - Utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido como notícia;- Apregoar

como peculiares características comuns a todos os produtos equivalentes;

- Utilizar-se de situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo; - Empregar como modelos crianças e jovens em anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, loterias, armas de fogo e qualquer outro produto e serviço afetados por restrição legal; - Desmerecer valores sociais positivos, tais como, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
- Provocar, deliberadamente, qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
- Associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
- Impor a noção de que o consumo do produto proporciona superioridade ou, na falta, inferioridade;
- Provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;

Paulo Vasconcelos Jacobina (2002, p.99), interpreta tal limitação da seguinte forma:

De fato é lícito à publicidade utilizar-se de símbolos próprios do imaginário das crianças, como animais que falam, fadas e coisa que tais. Deve-se evitar, porém, mensagens que levem a criança a se sentir diminuída ou menos importante caso não consuma o produto ou serviço oferecido, ou que a leve a constranger seus responsáveis ou importunar terceiros, ou promover comportamentos socialmente condenáveis à criança. Ou seja, respeitá-la na sua ingenuidade e credulidade.

O Congresso Nacional já está recebendo projetos com intuito de regulamentar a publicidade para o público infantil. Sobre esse assunto, Ana Lúcia Villela (2006) apud Cavalcanti (2008), presidente do instituto Alana em São Paulo, ressalta que não só a regulamentação está em discussão, mas também a total proibição: "seria uma alternativa. Nós buscamos, por exemplo, a proibição de comerciais em programas infantis. As crianças não têm pensamento crítico para entender aquilo".

As pesquisas mais do que comprovam o poder de indução da TV às diferentes formas de comportamento infantil, algumas positivas, mas infelizmente predominando as negativas, variando apenas o grau de periculosidade. E assim temos como exemplo o polêmico caso do garoto que após assistir a desenho de

um super-herói que usa capa, amarrou um avental no pescoço e pulo da janela do seu apartamento, o que comprova a inocência e credulidade da criança diante do que lhe é apresentado.

3.1.2.1 Alimentos e obesidade

É importante também destacar as publicidades relacionadas à produtos alimentícios destinados às crianças, pois este é um setor publicitário que teve grande aumento nos últimos anos. A preocupação quanto a este setor dos anúncios decorre dos eventuais problemas de saúde conseqüentes de uma alimentação inadequada.

Podemos observar que além de ter aumentado muito os comerciais do gênero alimentício, em sua maioria tratam de alimentos energeticamente densos, elevados em calorias, como biscoitos, doces, chocolates, batatas fritas e, que geralmente também são pobres em vitaminas e minerais, assim o maior problema ocorre que as crianças gostam desses anúncios, e consomem prontamente os produtos anunciados então, a publicidade de alimentos, especialmente os anúncios voltados para crianças, transformou-se numa importante arma para os grandes negócios.

Corinna Hawkes (2007) apud Tavares (2008), diretora do Programa de pesquisa em qualidade e mudança dos padrões de alimentação no *International Food Policy Research Institute*, de Washington (EUA) afirma que:

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

O que realmente é preocupante é que a obesidade infantil tem se tornado um dos maiores problemas de saúde em todo o mundo, e os estudos

comprovam que a obesidade está diretamente ligada ao marketing. Susan Linn (2006, p.129) demonstra como a publicidade inunda a vida das crianças:

O problema não é só que as crianças são sedentárias e não saem da frente da televisão. A sua vida é inundada pelo marketing de alimentos. Juntamente com a publicidade de brinquedos, os anúncios de alimentos representam a maior parte do marketing direcionado às crianças. Em 2002, o Burger King, o McDonald's e a Yum Brands gastaram, juntos, quase US\$ 1,4 bilhão em publicidade na televisão. A Nestlé, a Hershey e a Mars Inc. representam outros US\$ 708,2 milhões gastos. É possível que parte dessa publicidade seja direcionada aos adultos, mas muito está atingindo as crianças.

Também está comprovado que a publicidade de alimentos voltados para as crianças é bastante persuasiva, pois após assistirem à esses anúncios os pedidos das crianças aumentam, e na maioria dos produtos pedidos pelas crianças são de alto teor calórico e baixo teor nutricional, nesse sentido são as palavras de Susan Linn (2006, p. 131):

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

Frente todo esse problema atual e futuro, a única medida tomada até agora pelo CONAR foi a edição das "Novas Normas Éticas Para a Publicidade de Alimentos e Refrigerantes", que apenas diz que "A publicidade de produtos alimentícios dirigidos a crianças não deve utilizar-se de estímulos imperativos, especialmente se apresentados por pais e professores, salvo em campanhas educativas. A publicidade de produtos alimentícios destinados a crianças receberá a interpretação mais restritiva."

ANEXO H DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

Alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas

[...]

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

3. A publicidade que aludir a propriedades funcionais de produto submetido a este Anexo deverá estar baseada em dados fáticos, técnicos ou científicos, e estar em conformidade com o respectivo licenciamento oficial.

Portanto podemos concluir que o Brasil está bem atrasado em questão de legislação e punição específica para este setor publicitário que se encontra tão crescente, em outros países como o Reino Unido, onde é grande a preocupação com a boa dieta alimentar, a publicidade de alimentos em geral não pode estimular o consumo de guloseimas, nem pode, por exemplo, serem exibidas crianças consumindo duas ou mais barras de chocolates sucessivamente.

3.1.2.2 Condutas anti-educativas

Outro setor da publicidade voltada para as crianças, pouco menos discutido, mas não menos importante, é sobre a demonstração de condutas antiéticas por parte dos personagens do anúncio. Alguns setores publicitários vêm discutindo se é adequado as empresas se valerem das crianças como instrumentos capazes de apoquentar os pais para adquirir os produtos que elas pedem.

Entretanto, a realidade demonstra que a maioria das empresas investe pesado para vender seus jogos, brinquedos, roupas de marca, fast food, serviços de férias etc., e que para isso elas fazem uso ideológico dos estudos

realizados por psicólogos, cientistas sociais, antropólogos e *experts* em comunicação social, visando seduzir “cientificamente” o público infanto-juvenil.

O maior problema é que estamos diante de uma fatia do público que ainda está em fase de desenvolvimento, assim ainda não tem senso crítico completamente formado, e por isso os anúncios deveriam ser mais adequados moral e eticamente para este público em especial.

Assim, de acordo com os Princípios consagrados e com diretrizes estabelecidas pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, toda publicidade deveria se adequar às alíneas ‘e’, ‘f’ e ‘g’ do artigo 37, que estabelecem, respectivamente:

e) não se permitirá que a influência do menor, estimulada pelo anúncio, leve-o a constranger seus responsáveis ou importunar terceiros ou o arraste a uma posição socialmente condenável;

f) o uso de menores em anúncios obedecerá sempre a cuidados especiais que evitem distorções psicológicas nos modelos e impeçam a promoção de comportamentos socialmente condenáveis;

g) qualquer situação publicitária que envolva a presença de menores deve ter a segurança como primeira preocupação e as boas maneiras como segunda preocupação.

Com base nos valores éticos e princípios consubstanciados nas regras do CONAR e nas normas do Código de Defesa do Consumidor, podemos tomar como o exemplo a ação civil pública contra a Editora Abril em virtude da publicidade da Revista Quatro Rodas, veiculada em rede nacional, que foi proposta pelo o Ministério Público de Santa Catarina.

O referido comercial foi veiculado nas rádios do país, nele uma adolescente pede a seu pai autorização para trazer o namorado para dormir em casa e praticar sexo selvagem que acordasse toda a vizinhança. Em seguida, o pai concorda e exclama: "Ufa, achei que ela ia me pedir o carro!".

Na ação civil pública o promotor de justiça Fábio de Souza Trajano(2005) apud Pinheiro (2008) alegou que a publicidade em exame "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".

Pode-se assim considerar este anúncio abusivo porque mostra um pai que está muito mais preocupado com o seu carro do que com a educação moral de sua filha adolescente, assim podemos perceber que está estimulando e valorizando a sexualidade infanto-juvenil e, portanto atenta contra os princípios mais básicos da educação de crianças e adolescentes, deturpando sua formação ética e moral.

Outro exemplo evidente de publicidade que expõe uma criança à uma atitude anti-educativa, é o anúncio de um chocolate que apresenta como enredo uma criança observando o avô comer um chocolate e começa a fazer elogios até ganhar o petisco. Depois, faz o mesmo com o porteiro do seu prédio, para obter o que deseja.

FIGURA 5: Cenas do comercial do chocolate Chokito da Nestlé.





Fonte: <http://www.youtube.com/watch?v=KE9kMSH3Xm4>

Está claro que é um exemplo de uma publicidade abusiva, e que assim devia ser considerada pelos órgãos responsáveis, pois a atitude da criança está longe de ser uma brincadeira inocente, assim deve-se colocar em séria discussão os valores transmitidos pela publicidade ao público infantil.

4 O CONSUMIDOR NO CDC

Para conceituar “consumidor” é necessário, antes, tratar da relação de consumo.

A relação de consumo é formada por dois sujeitos, o consumidor e o fornecedor, assim considerados nos termos das suas respectivas definições legais apresentadas nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor:

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

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

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

§ 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

De maneira simplificada, pode-se dizer que a relação de consumo importa uma prática comercial na qual o fornecedor oferece, fornece, produz, cria, monta, constrói, distribui, comercializa, vende, importa um produto ou presta serviço ao consumidor, que simplesmente pode ter sido exposto à sua oferta. Já quanto ao termo *atividade utilizado* no artigo 3º, traduz o significado de que todo produto ou serviço prestado deverá ser efetivado de forma habitual, vale dizer, de forma profissional ou comercial.

Observa-se assim, que para identificar a pessoa como sendo fornecedora, é indispensável que a mesma detenha além da prática habitual de uma profissão ou comércio (atividade), também forneça o serviço mediante remuneração. Portanto, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que oferta

produtos ou serviços mediante remuneração com atividade, cabendo salientar que é dispensável que o fornecedor seja uma pessoa jurídica (empresa, indústria, etc), pois o artigo 3º autoriza inclusive a pessoas despersonalizadas.

Assim, para o CDC, o consumidor pode ser pessoa física ou jurídica, e conforme o *caput* do art. 2º, do Código, consumidor “*é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. No parágrafo único desse mesmo art. 2º, é estabelecido que “*equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*”.

Já o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor alarga o conceito de ‘consumidor’ para “*todas as vítimas do evento*”, ou seja, do acidente de consumo:

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

Isto significa que a lei do consumidor equiparou a vítima do acidente do consumo, ou seja, a pessoa que foi atingida pelo fato do produto ou serviço, a consumidor, isto sendo para os fins de responsabilizar o fornecedor do produto ou serviço defeituoso de forma objetiva.

Podemos exemplificar esta situação imaginando o caso de um ônibus de uma empresa de transporte coletivo, que causa lesão aos seus passageiros após brusca colisão com uma escola, ferindo diversas crianças. Na realidade o fato do acidente que causou a lesão aos passageiros foi o mesmo fato que causou a lesão nas crianças. Assim, os passageiros que são considerados consumidores, poderão valer-se das normas da lei consumerista para responsabilizar o fornecedor (empresa de transporte coletivo) pelos danos causados, utilizando inclusive a responsabilidade objetiva. E as crianças, que o CDC chama de vítimas de um acidente de consumo, por serem equiparadas a consumidores, à elas também se estende os instrumentos do CDC para serem indenizadas das lesões sofridas.

Quanto ao artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor que conceitua os consumidores equiparando-os “a todas as pessoas determináveis ou não” que forem expostas às práticas comerciais previstas no Código, observa-se que entre estas se inclui a publicidade:

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

Consoante a este entendimento é o ensinamentos de Hélio Zaghetto Gama (1997, p. 92):

Equiparam-se ao consumidor na forma do art. 29 e art.2, parágrafo único do CDC, as pessoas expostas à oferta, à publicidade, às práticas comerciais abusivas, às cobranças de dívidas e aos bancos de dados e cadastros dos consumidores, bem como as vítimas dos acidentes de consumo.

Neste sentido podemos concluir que práticas comerciais são técnicas, meios de que o fornecedor se utiliza para comercializar, vender, oferecer o seu produto ao consumidor potencial, atingindo a quem se pretende transformar em destinatário final: o consumidor. Pela sistemática adotada pelo CDC, abrange a expressão “práticas comerciais” desde a oferta do produto até as cobranças de dívidas.

Especialmente no caso da publicidade, o alargamento do conceito de ‘consumidor’ é de extrema importância, porque a publicidade, como trata-se de uma prática comercial cuidada pelo Código de Defesa do Consumidor, que não exige para que se torne perfeita a utilização ou mesmo a aquisição do produto ou serviço anunciado é, portanto, suficiente que o consumidor tenha sido exposto, de alguma forma, ainda que potencialmente, à oferta consubstanciada na publicidade em si.

A doutrina ao estudar a potencialidade de publicidade ser enganosa ou abusiva criou o conceito de *consumidor médio*. No entanto, hoje muito se questiona sobre a indevida utilização desse conceito, e até mesmo sobre sua

questionável utilidade, visto que é um termo doutrinário, e a seu respeito não há qualquer menção legal.

Para os que assim entendem, o conceito de “consumidor médio” é considerado pela maioria como sendo o homem comum, normalmente crédulo e de pouco estudo.

Outros doutrinadores em manifestação sobre o tema recomendam algumas substituições ao termo “consumidor médio”. Para alguns o ideal seria utilizar o referencial de “consumidor típico” do determinado produto ou serviço oferecido, considerando que este seria o mais vulnerável aos efeitos da publicidade dirigida a ele.

Antônio Herman V. Benjamin (1994, p. 199), um dos doutrinadores que insurgiu-se contra a utilidade do conceito de ‘consumidor médio’, alerta para a dificuldade de usá-lo vagamente para fins de controle da publicidade.

Neste sentido também é o entendimento de Fernando Gherardini Santos (2000, p. 42), que diz “dever-se utilizar, para a verificação da enganiosidade, o parâmetro do ‘consumidor hipossuficiente’, que é o conceito do mais vulnerável dentre todos os outros consumidores”.

Portanto a melhor opção é a não utilização do conceito de ‘consumidor médio’, que em muitos casos gera mais confusões do que soluções para o caso. As opções de substituí-lo por outros referenciais como o “consumidor típico”, podem até serem boas, porém podem causar injustiças e equívocos. Por isso, de todas as opções, a que deve prevalecer no âmbito da publicidade é a análise do caso concreto, com a verificação do consumidor que tenha sido ou que possa ser efetivamente atingido.

4.1 A criança no papel de consumidora

Atualmente o consumismo tem estado em destaque na vida das crianças, há um excesso de produtos prontos tomando o lugar que anteriormente era ocupado por brincadeiras de rua, pipas e bonecas. Estes novos produtos vêm

substituindo o tempo antigamente destinado às brincadeiras, sendo estas consideradas pelos especialistas como a forma mais saudável para as crianças se desenvolverem.

Ana Lúcia Vilela (2006) apud Cavalcanti (2008), presidente do Instituto Alana de São Paulo, alerta sobre o problema causado por essa falta de brincadeiras saudáveis:

A criança terá um déficit de desenvolvimento. Mais que isso, elas perdem a inocência, têm a sexualidade aflorada de forma precoce e deixam de vivenciar os valores essenciais da vida. Na cabeça dessa geração norteadada pelo consumo, você é aquilo que você tem.

Podemos observar como, atualmente, foi grande a mudança no comportamento da criança. Essas transformações, porém não ocorrem por acaso, pode-se atribuir que elas foram conseqüência das alterações no ambiente em que a família vive, pois elas vêm crescendo em uma ambiente familiar em que acabam passam mais tempo em espaços fechados e com pouco contato com outras crianças, então acabam fazendo da TV e da Internet seu principal contato com o mundo exterior.

Outro fator importante que contribui para essas transformações no comportamento das crianças é analisado por Zozivalda Cruz D. de Freitas (2008) em seu estudo, dizendo que:

[...] é que os pais passam mais tempo fora de casa, o que faz a criança ter liberdade para fazer suas próprias escolhas e optar por itens que lhe dêem a sensação de individualidade. Assim, ao mesmo tempo em que as crianças têm uma opinião formada e participam mais das decisões da família.

Neste sentido, houve uma socialização do consumidor infantil, as crianças são vistas tanto como consumidores primários, ou seja, quem adquire produtos para si própria, como também influenciadoras na decisão de compra dos pais em diversos itens, do mais acessível ao bem de consumo mais caro, como um automóvel, por exemplo, e isso desperta o interesse do mercado publicitário em conquistá-las cada vez mais.

O mesmo raciocínio é claro nas palavras de McNeal (1998) apud Beulke (2007), para ele:

O poder aquisitivo das crianças como mercado de influência, ou seja, de exercer sua vontade através dos pais, é muito maior do que como mercado primário, por isso atraem tanto os profissionais de marketing interessados em influenciar os pais através das crianças.

Por causa dessa nova visão publicitária é possível perceber nos anúncios (em especial nos comerciais de televisão) uma mudança na abordagem, cujos apelos são direcionados muito mais às crianças do que aos pais. No entanto, para se chegar aos resultados positivos os publicitários estão investindo em como penetrar no universo infantil, conhecer o mundo delas e saber do que realmente gostam e, nesse sentido, Elaine Fantini (2007) apud Beulke (2007), afirma que “esses profissionais utilizam artifícios variados para alcançarem os resultados positivos com as crianças, como jingle, ídolos infantis e o mundo da imaginação”.

Frente esta nova realidade percebe-se que os pais sentem-se algumas vezes pressionados a encherem o carrinho com produtos que as crianças desejam, e nem sempre os mesmos são de grande necessidade e como a maioria das crianças acompanha, com frequência, os pais ao supermercado, eles devem observar bem o que compram para seus filhos porque esse aumento de produtos destinados às crianças pode ser prejudicial para elas.

Nesse sentido Christiane Gade (1998, p. 205) é quem afirma que “a Influência do comportamento de compra infantil aumenta com a idade”, e então podemos observar que as crianças influenciam nas compras familiares fazendo suas próprias exigências em relação aos produtos pagos e comprados pelos pais, influenciam na escolha dos pais por produtos destinados ao consumo conjunto, por exemplo, férias familiares ou carros, ou em até mesmo produtos usados somente pelos pais.

Portanto podemos perceber que mesmo se na visão econômica a criança não é considerada consumidora por não ter poder aquisitivo, elas são um nicho de mercado muito apetitoso para os publicitários, é confirmado este

entendimento pela manifestação de Rita Ribes (2007), Doutora em Educação, em entrevista concedida a Encontros com a Mídia:

Dizer que a criança é ou não é consumidora, tendo como base a posse do dinheiro, é uma questão complexa que tem relação com a forma como as crianças habitam/vivenciam a família e a escola. Hoje a criança pode não ter dinheiro. Mas faz diferença ir ao supermercado com ela.

Por isso que atualmente quando se fala em consumidor, a primeira coisa que vem em mente são as crianças, pois na maioria, elas que são atingidas pela imensidão de produtos que são lançados com grande frequência no mercado. As embalagens, os brindes e as guloseimas causam euforia no público infantil, fazendo com que as mesmas obriguem seus pais a adquirir produtos que não estão em sua lista de compras, ou seja, materiais supérfluos para muitos cidadãos brasileiros.

Interessante destacar uma observação que Laurindo Leal Filho (2008), sociólogo e jornalista, faz em sua pesquisa, lembra ele que “na 4ª Conferência Anual de Publicidade e de Promoção para Crianças, um evento que dá prêmios aos melhores publicitários voltados para o mercado infantil, realizado em setembro de 2001, um dos participantes ressaltou o aumento da influência das crianças no consumo, dizendo que são elas hoje “o setor mais poderoso do mercado e devemos aproveitar”. Sobre ética, responsabilidade social, respeito à criança como um ser em formação, nada foi dito”.

Conclui-se, portanto que a publicidade destinada às crianças é como uma violência sutil instalando hábitos e ditando valores na vida infantil desde cedo, podendo desta forma moldar toda uma vida, pois os anúncios ensinam que só através do consumo se chega à felicidade e que a posse de determinados produtos torna algumas pessoas superiores às outras. Percebe-se, assim, que na visão do mundo publicitário mais importante que a venda atual, é a criação do consumidor do futuro, adestrando as crianças desde os primeiros anos de vida para terem determinados hábitos que o levarão, na vida adulta, a manter as mesmas linhas de consumo.

4.2 Os Limites Legais da Publicidade Dirigida às Crianças

4.2.1 Os limites constitucionais

A criança por estar em sua peculiar condição de desenvolvimento de todos os seus atributos deve ser assim considerada e respeitada, assim assevera Afonso Garrido de Paula (2002, p. 93): “evidente a especialidade da criança ou adolescente, impondo consideração permanente de seus atributos individualizados, constante transformação e em seus múltiplos aspectos: físico, mental, moral, espiritual e social”.

Para as crianças terem seu desenvolvimento completo e saudável dependem dos cuidados devidos pelos adultos, pois elas são naturalmente frágeis e vulneráveis às situações a que são impostas e, por estarem em desenvolvimento de suas capacidades físicas, emocionais e sociais, é que a proteção à criança é tão importante para o ordenamento jurídico.

Constatamos, portanto, que a completa preservação da infância depende de um contexto sociocultural. O fato de as crianças serem diferentes dos adultos gera a indeclinável responsabilidade da família, da sociedade e do Estado quanto ao seu crescimento e desenvolvimento da melhor forma possível.

A Constituição Federal, no seu Título II, elenca os direitos e garantias fundamentais de todos, assim as crianças e adolescentes também têm assegurados seus direitos individuais e coletivos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, entre outros, além dos direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, à segurança, à proteção, à maternidade e à infância.

O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, estipula que o Estado democrático de Direito se assenta sobre o princípio da dignidade humana, e assim também os demais princípios referidos nos outros incisos desse dispositivo, orientam, portanto as esferas ética, moral e legal que regem todas as outras normas de proteção da criança no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido

observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o fundamento dos direitos humanos, por ser o núcleo essencial desses direitos:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Sobre a importância dos Direitos Humanos, Isabela Viera M. Henriques (2007, p. 107) é quem ensina que “O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera em defesa dos ostensivamente mais fracos”, e assim concluindo que “nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos necessitados de proteção. Não busca obter equilíbrio abstrato as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades”.

Antônio Augusto Cançado Trindade (2006, p. 227), ao se manifestar sobre os Direitos Humanos em relação às crianças, assevera que:

[...] de fato, a garantia dos direitos fundamentais da criança é essencial forma de manifestação dos direitos humanos, pois trata da proteção dessas pessoas humanas ainda em formação, imensamente vulneráveis e, por isso, necessitadas de tratamento legal prioritário.

Ao tratar especificamente em relação à proteção à criança a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 227, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar “*com absoluta prioridade*” à criança ao adolescente os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também determina que as crianças e os adolescentes devam ser protegidos. “*de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*”.

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É importante salientar que mesmo o artigo 227 enumerando em primeiro lugar a família em segundo a sociedade, e, por último, o Estado, não quis com isso responsabilizar o Estado com menor grau de importância em seu dever em relação às crianças e adolescentes.

Por serem os direitos sociais conferidos às crianças os mesmos direitos comuns a todos os cidadãos, então todos são responsáveis igualmente pela criança e adolescente e não é obrigação exclusiva, de nenhuma dessas entidades assumirem a responsabilidade, nem pode alguma delas se eximir de assumir a responsabilidade que lhe é devida.

Nesta esfera Constitucional dos Direitos das crianças, é importante destacar a Convenção dos Direitos da Criança, que, nas palavras de Flávia Piovesan (2002, p. 206), *“acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade”*.

A Convenção sobre os Direitos da Criança é um documento que enuncia um amplo conjunto de direitos fundamentais, entre eles os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as crianças, bem como as respectivas disposições para que sejam aplicados. Tem, portanto como meta incentivar os países membros a implementarem o desenvolvimento pleno e harmônico da personalidade de suas crianças, favorecendo o seu crescimento em ambiente familiar em espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.

Esta convenção foi adotada pelas Nações Unidas, por unanimidade, em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. Assenta -se em quatro pilares fundamentais que estão relacionados com todos os outros direitos das crianças:

- a não discriminação, que significa que todas as crianças, em todas as circunstâncias e em qualquer momento, em qualquer parte do mundo têm o direito de desenvolver todo o seu potencial.
- o interesse superior da criança, ela deve ser considerada prioritária em todas as ações e decisões que lhe digam respeito.
- a sobrevivência e desenvolvimento, que afirma a importância vital da garantia de acesso a serviços básicos e à igualdade de oportunidades para que as crianças possam desenvolver-se plenamente.
- a opinião da criança, que ela deve ser ouvida e levada em consideração em todos os assuntos que se relacionem com os seus direitos.

Frente às normas constitucionais que protegem as crianças, já é possível perceber determinados limites à publicidade dirigida ao público infantil no próprio artigo 227 da Constituição, pois ao estipular o dever do Estado em assegurar *o direito à dignidade e ao respeito*, assim como *colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*, já é evidente que deveriam ser consideradas proibidas as publicidades que anunciam seus produtos exclusivamente para as crianças, ou que as utilizam como meio para convencimento de compra dos seus pais.

Isto porque a criança é considerada uma pessoa em desenvolvimento, e assim por ainda não possuir senso crítico completo, não é capaz de discernir sobre os meios utilizados pela publicidade para convencimento de compra de determinado produto, e também por serem mais vulneráveis e crédulas, acreditam plenamente que as qualidades anunciadas dos produtos são mensagens verdadeiras.

Portanto a publicidade que apóiam suas vendas na ingenuidade das crianças deveriam ser consideradas por todos uma forma de exploração, violência e opressão contra este elo mais hipossuficiente da sociedade, que são as crianças.

4.2.2 Os limites no Código de Defesa do Consumidor

Na fase atual em que se encontra, a publicidade não é mais considerada um instrumento de informação, mas sim de persuasão, e assim se tornou um estímulo às necessidades das pessoas como também acabou interferindo em valores sociais e culturais. Desse modo, a publicidade interessa muito ao direito para proteger adequadamente os consumidores, devendo, portanto ser regulada e controlada.

Como o objetivo da publicidade é persuadir o consumidor, ninguém duvida da forte influência que ela exerce sobre as pessoas, principalmente sobre as crianças, de modo que estimula a imaginação, cria necessidades e expectativas em relação ao produto anunciado, portanto, necessita sim ser controlada legalmente a fim de que sejam evitados abusos, sendo o controle justificado de diversas formas, porém muito bem esclarecido por Benjamin (1997, p.118) quando diz que *“ao estabelecer um controle, o legislador não tem por objetivo eliminar a publicidade, pois reconhece a sua importância no mundo atual, mas somente conter os abusos”*.

Porém, quando se trata da necessidade da proibição da publicidade voltada para o público infantil e que para tanto se utiliza das diversas justificativas materiais, motivos e efeitos da exposição das crianças ao mercado de consumo, é necessário chamar a atenção para um fato: a publicidade voltada a crianças já está proibida, mesmo sem a aprovação de novos textos legais que estão com propostas no Congresso. Ou seja, pela interpretação, principalmente sistemática do ordenamento jurídico atual, podemos identificar normas que proíbem ou que na pior das hipóteses, restringem a veiculação de publicidade visando a atingir o público infantil. No próprio Código de Defesa do Consumidor se claramente for feita a interpretação de seus dispositivos sobre a publicidade, se chegará a este entendimento.

Inicialmente é importante ressaltar o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, que traz em seu texto a seguinte disposição:

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

Portanto esse dispositivo deixa bem claro que toda publicidade será ilegal se ela não puder ser identificada como uma prática comercial pelo consumidor de forma clara, fácil e explícita. Para isso a lei se refere que a publicidade deva ser facilmente identificada pelo perfil do determinado grupo de consumidores à que ela é destinada, assim deve-se identificar se é razoável à esse grupo identificá-la sem fazer confusão com os outros elementos da mídia ou da comunicação.

Nesse sentido há que se considerar um aspecto importante: no caso em questão, trata-se de publicidade dirigida ao público infantil, que como já foi abordado anteriormente neste trabalho, é facilmente influenciada e possui desenvolvimento mental incompleto. Desta forma, como a criança identificará a publicidade como é estabelecido pelo CDC? Além disso, há também a questão de que a criança não consegue diferenciar claramente os anúncios publicitários dos próprios programas de televisão.

Em seguida, o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 37 estabelece:

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

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

É possível concluir, que apenas esses dois dispositivos do CDC já bastariam para justificar a proibição da publicidade dirigida às crianças, pois não está em julgamento a qualidade ou honestidade, mas sim que qualquer anúncio ao provocar sugestões de consumo em um público que não possui ainda a compreensão da lógica do mercado de consumo, estará sempre se aproveitando da deficiência de julgamento e experiência da criança, algo que já é coibido por se tratar de uma forma de publicidade abusiva.

4.2.3 Os Limites no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente é um instrumento de desenvolvimento social que garante a proteção especial a uma parte da população considerada mais vulnerável. O ECA baseou-se na doutrina proteção integral, por meio da qual a criança e o adolescente são vistos sujeitos de direitos que, em razão de sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral.

O ECA, em consonância com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, estabelece em seu artigo 1º o *Princípio da Proteção Integral*, sendo que esta proteção deva ser entendida em seu sentido mais amplo, a fim de que as necessidades da criança sejam atendidas em sua totalidade, tais como de amparo físico, material e psicológico.

Importante também ressaltar o artigo 3º do ECA que complementa o disposto no artigo 1º e norteia todo o espírito do ECA:

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

Portanto para que esse princípio seja cumprido, as crianças e os adolescente devem, com efeito, serem protegidos de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais, inclusive do artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, também é o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que repete o disposto no artigo 227 da Constituição Federal, determinando a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado de

assegurar os interesses da criança e do adolescente - e incluindo também a comunidade nesse rol dos responsáveis, destacando-a como forma de agrupamento entre pessoas de valores e costumes comuns:

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.

Parágrafo único - A garantia de prioridade compreende:

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

Assim, o artigo 6º completa todo esse entendimento de proteção integral, determinando claramente que as crianças e adolescentes são pessoas ainda em desenvolvimento, o que norteia toda essa especial proteção destinada a eles:

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

Sobre essa situação de pessoas em desenvolvimento, certas são as palavras do pedagogo Antônio Carlos Gomes da Costa (1992, p. 89), para ele não significa que *“a criança não sabe, não tem condições e não é capaz, mas que vivencia uma vida distinta da etapa adulta que, como todas as etapas deve ser reconhecida como revestida de singularidade e completude relativa. A criança e o adolescente são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na adulta”*.

Já o artigo 17, também de grande importância, estabelece o direito ao respeito, em seus termos proclama:

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

Pode-se concluir, a partir de sua interpretação, que para garantir o direito ao respeito também não deve de modo algum permitir que seja violada a integridade física, moral e psíquica da criança e do adolescente, é nesse diapasão que está incluído um dos fundamentos para se dizer que a publicidade voltada para o público infantil já é proibida pelo ordenamento brasileiro.

Complementando este entendimento, o artigo 18, em seguida, prevê como uma dever de todos da sociedade colocar as crianças e os adolescentes à salvo das formas de tratamento desumano, assim como garantido pelo artigo 227 da Constituição Federal, o direito à dignidade é o ponto inicial para se ver respeitado o Princípio da Proteção Integral:

Art. 18 - É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Tratando-se exclusivamente da legalidade da publicidade voltada para as crianças, pode-se citar o artigo 76 do ECA que é claro ao estipular que “as emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.” Assim, se as emissoras de televisão devem apenas exibir programas educativos, culturais e artísticos naqueles horários, sendo que todos têm de, previamente, passar pelo crivo do Ministério da Justiça para sua classificação, deve também a publicidade televisiva, veiculada nos intervalos desses programas, respeitar a mesma imposição legal. Neste sentido é o entendimento que Sergio Ruy David Polimeno Valente (2008) declara em seu trabalho:

Ou seja, veda-se a propaganda de produtos infantis, uma vez que a função informativa da publicidade, que existe com relação ao público adulto, não se verifica com o público infante em razão de sua limitada capacidade de compreender o que é informação e o que é sugestão. Logo, a publicidade voltada à criança, visando a sugestão de consumo, é imprópria para tais horários, não ocorrendo o mesmo com aquela voltada para o público adulto, que pode diferenciar a parte sugestiva da informativa.

É esclarecedor o exemplo de uma peça publicitária patrocinada pela Secretaria de Estado do Turismo, na qual havia uma criança recepcionando e prestando informações a turistas fazendo às vezes de “guia turístico mirim”. Este informe foi suspenso através de uma notificação encaminhada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT). Na notificação o MPT, esclarece que o informe publicitário fere de forma flagrante o ECA no sentido de estimular o trabalho infantil.

Conclui-se, portanto, que através de uma interpretação sistemática das normas de proteção às crianças e adolescentes, pode-se extrair que somente pelo que é estabelecido no ECA, a publicidade para o público infantil já está proibida, assim também aquelas que se utilizam da imagem infantil de forma inadequada e as que incluem elementos do universo infantil em produtos destinados exclusivamente para os adultos.

4.2.3.1 O conceito de criança

Ao tratar da proibição da publicidade voltada para o público infantil e tendo como base os Princípios do ECA, é necessário fazer certos esclarecimentos quanto ao conceito do que é “criança”, para que de forma certa elas possam ser protegidas dos eventuais abusos cometidos pela publicidade.

Quanto à importância de se esclarecer quando alguém deva ser tratado como criança é Jason Albergaria (1991) apud Momberger (2002, p.46), quem nos ensina que “a distinção tem grande importância. A infância é o período decisivo em que se desenvolve a pessoa humana. A socialização que se inicia na infância prossegue na adolescência para a aquisição da consciência moral”.

Portanto não podemos tratar as crianças como adultos em miniatura, pois possuem características próprias da fase em que se encontram.

No Brasil, de acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança *“a pessoa até doze anos de idade incompletos”*, e adolescente, *“aquela entre doze e dezoito anos de idade”*.

Essa classificação, contudo, não é pacífica na doutrina alguns estudiosos entendem que o limite de 12 anos é muito precoce para se definir “criança”, e defendem que esse limite deveria ser estendido pelo menos para quatorze ou quinze anos.

Esse entendimento parece ser mais certo do que o que foi estipulado pelo ECA, pois ao analisar a classificação das diversas fases de desenvolvimento das crianças e adolescentes nota-se que o Brasil ao fixar a idade de 12 anos como início da adolescência a fixou numa idade muito precoce, já que em países desenvolvidos, como, por exemplo, a Alemanha, na “Lei de Proteção à Adolescência em Lugares Públicos” (Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit (Jugendschutzgesetz-JÖSchG), define criança a pessoa menor de 14 anos, e adolescente a pessoa entre 14 e 18 anos de idade.

E neste sentido é interessante os dados estatísticos da ONU que para conceituar “criança” no parâmetro da idade-limite é variável entre vários países, porém a maioria estabelece um limite bem maior que no Brasil, assim ficou provado que em 74 países o critério cronológico se fixa em 15 anos; em 10 países em 16 anos; em 31 países em 18 anos e em 6 países, mais de 18 anos.

Sobre a classificação da idade brasileira, Paulo Lúcio Nogueira (1998) apud Momberger (2002, p.46), expressa a seguinte opinião: “Assim, parece-nos que a fixação da adolescência aos doze anos completos contraria inclusive as regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de menores [...]”

A importância em se estabelecer um parâmetro justo para conceituar criança também é um direito abrangido pelo Princípio da proteção integral, pois elas devem ser protegidas em todos os aspectos.

E ao se tratar da proteção contra a publicidade abusiva destinada ao público infantil, é mister destacar que é um dever do Estado, da sociedade e de

todos os demais responsáveis pelas crianças. Assim, torna-se necessário observar se as crianças e adolescentes realmente estão sendo protegidos de forma integral e se as diversas fases e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento são observadas e respeitadas quando se trata de publicidade dirigida à elas.

4.3 Liberdade de expressão frente aos princípios de proteção à criança

Através do artigo 5º da Constituição Federal é assegurado a todos os direitos e garantias fundamentais. No inciso IX é consagrado o princípio da liberdade de expressão, ele é considerado uns dos preceitos fundamentais para a expressão do pensamento sem qualquer tipo de censura, é expresso na Constituição da seguinte forma:

Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Quando se fala que a expressão do pensamento é livre de qualquer tipo de censura, deve-se entender que é proibido ao Estado criar mecanismos que empecem a circulação de idéias sem nenhum critério realmente justo. Para Bastos (1989, p.59) que considera a censura um instrumento abominável, a define da seguinte forma: “Censura vem a ser todo procedimento pelo qual os Poderes Públicos visam impedir a circulação de certas idéias. Há portanto uma pauta de valores que uma vez agredidos suscitam o desencadeamento de um processo impeditivo da sua consumação.”

Porém o mesmo escritor, em compensação escreve que para defender padrões mínimos de moralidade o Estado pode exercer o controle, assim se expressando:

[...] é forçoso admitir que ao Estado é sempre lícito exercer um controle sobre a expressão da atividade intelectual, artística etc., sobretudo quando feita por intermédio dos meios de comunicação de massa. Toda a sociedade tem que defender padrões mínimos de moralidade, e o Estado, diretamente por delegação, tem de exercer este mister. O que se pode admitir é que por meras razões de moralidade uma obra não venha a ser terminantemente proibida, mas é inegável que cabe ao Estado o designar o local onde se pode dar a sua comunicação, assim como as cautelas que devem cercá-la. (BASTOS, 1989, p. 59)

Outrossim, há que se pensar nas hipóteses em que o exercício da liberdade de pensamento acaba por ferir outros direitos constitucionalmente assegurados, e neste caso, não se pode dizer que qualquer regramento da publicidade afronta o direito de livre manifestação e criação. Não é o direito em si que é regrado, é o seu excesso que se torna objeto da regulamentação.

Além do que, a mensagem publicitária não pode, por si só, ser considerada uma expressão de pensamento ou opinião, pois ela nada mais é do que um momento da atividade econômica produtiva da empresa, ou seja, é uma prática comercial, e sendo assim é disciplina pelo prisma da proteção ao consumidor e não pelo Princípio da Liberdade de Expressão que é uma garantia individual e coletiva.

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

Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

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

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

Assim, é claro que os dispositivos que regulamentam a publicidade não têm por objetivo bani-la, mas somente conter seus abusos para que os consumidores, considerados os entes vulneráveis nas relações de consumo, não

sejam prejudicados. Sobre o regramento da publicidade Benjamin (1994, p. 114) assim se manifesta:

Países democráticos, onde há absoluta liberdade de manifestação de pensamento exercem controle sobre a publicidade. Como exemplo, pode-se citar a Suécia que proíbe totalmente a publicidade de produtos de fumo e de bebidas alcoólicas, no rádio, na televisão, e na mídia impressa. Os legisladores consideraram que a proteção do consumidor é mais importante que a liberdade da mensagem publicitária. Esta lei é a The Freedom of the Press Act Chapter 1. On the Freedom of the Press Art. 9.

Desta forma, o Princípio da Liberdade de Expressão mesmo sendo garantida pela constituição como direito fundamental e livre de censura deve ser relativizado quando trata-se de publicidade, pois como já foi visto ela não pode ser considerada uma manifestação de pensamento, e neste caso ela pode ser controlada pelo poder público frente aos Princípios de proteção à infância e a juventude, que são bens de maior valia para a sociedade.

A criança e a juventude gozam de certos princípios inerentes a eles, entre os quais podemos iniciar citando o Princípio da Proteção Integral.

A *proteção integral* diz respeito ao conjunto de direitos próprios dos cidadãos em formação e está expressamente estatuída no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e assim é considerada um dever da sociedade para que toda criança tenha o direito de viver dignamente como criança enquanto criança for.

Com isso, tem-se que as crianças e os adolescentes são considerados sujeitos de direitos plenos, tendo, aliás, mais direitos do que os outros cidadãos, na medida em que lhes são dados direitos específicos, em conformidade com sua peculiar condição de pessoas em formação.

Também importante é o princípio da prioridade, que não deixa de ser uma complementação ao Princípio da Proteção Integral, na medida em que, para se garantir a proteção integral das crianças, muitas vezes será imprescindível garantir-se a sua prioridade no tratamento, como forma de se dar efetividade aos direitos que lhes são garantidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Oriunda do direito fundamental previsto constitucionalmente, a tutela jurisdicional diferenciada nada mais é senão a própria expressão do Princípio da Igualdade, que se traduz no tratamento igualitário aos iguais e diferenciado na medida das diferenças existentes entre os indivíduos.

A tutela jurisdicional diferenciada, garantida pela Constituição Federal, é, como se verifica, valioso instrumento de defesa dos direitos e interesses das crianças, pois permite que elas sejam tratadas da forma diferenciada que seu estado natural de desenvolvimento determina quando comparadas aos adultos, propiciando, assim, a possibilidade de serem integralmente defendidas.

Frente a esses princípios que protegem especialmente as crianças é esclarecedor destacar as palavras de Edgar Rebouças (2006) apud Valente (2007), professor da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE):

O temor da censura e a exaltação da “liberdade de imprensa” fazem parte de um discurso que acaba servindo como escudo dos grandes grupos de mídia para minar qualquer tentativa de crítica da sociedade sobre o que é transmitido. Em que momento foi dado cheque em branco para que as empresas, grupos ou conglomerados falem o que quiserem em nome de todos?

É neste sentido que se pode destacar que mesmo a publicidade tendo um papel importante para a economia ela não passa de um dos elementos que compõem o “jogo do consumo”, e assim é claro que em todo jogo deve existir regras, e deve-se levar em conta a capacidade dos participantes para que se tenha uma “disputa” justa. Em outras palavras, o que se deseja estabelecer é que no “jogo” denominado mercado de consumo, as crianças e os adolescentes não têm a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto e, portanto, não estão em condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo.

Portanto o que se busca com essa explicação é esclarecer que a proteção as crianças e a juventude envolve uma preocupação essencial com o desenvolvimento de uma população infanto-juvenil menos voltada para o

consumo, com maior capacidade de decisão e conscientes de que a posse de determinados bens não muda o que elas são.

Quando se trata de “colocar na balança” o peso de garantir integralmente a liberdade de expressão ou os Princípios de Proteção à Infância e a Juventude, deve-se optar por preferir uma programação televisiva livre de conteúdos publicitários direcionados a crianças e adolescentes, pois só assim se estará colocando os direitos dessas populações acima de outros interesses. É optar por tratá-los como cidadãos em processo de desenvolvimento ao invés de consumidores e consumidoras

É realmente fazer valer o artigo 227 da Constituição, pois crianças e adolescentes são prioridade absoluta, e numa situação que coloca os interesses das crianças em lado oposto ao dos anunciantes, precisa-se ter plena clareza sobre qual prato da balança deve pesar mais.

5 OS MEIOS DE CONTROLE DA PUBLICIDADE

Antes dos Direitos dos Consumidores serem consolidados, entendia-se que a publicidade era uma consequência a ser suportada pela sociedade, em razão do desenvolvimento das atividades econômicas e em favor do ilimitado princípio da livre iniciativa, assim, a publicidade não gerava consequências jurídicas a quem dela se utilizasse ou mesmo abusasse.

Com a alteração dos mecanismos do mercado livre, a publicidade passa por um processo de transformação, deixa de ser um mero informe sobre produtos e converte-se em meio de persuasão, destinado a convencer os consumidores sobre as qualidades reais ou fictícias dos bens existentes no mercado.

Com o fato da publicidade, após décadas de incremento técnico, ter adquirido o poder de persuasão, conclui-se que muitas publicidades acabam determinando um consumo que não correspondia com a real vontade do consumidor.

Portanto, diante da importância que a publicidade apresenta para o mercado e para a vida dos consumidores, Maria Suely O. e S. Maran (2003, p.133) diz, então que:

[...] surge a necessidade de seu regramento pelo Direito, com fins de coibir seus efeitos nocivos sobre a sociedade e proteger os consumidores de informações falsas, imprecisas, que não especificam corretamente quantidade, qualidade, preço e serviços oferecidos.

Percebe-se que a sociedade moderna passa por um problema de administração de tempo, pois é visível como está cada vez mais escasso na vida das pessoas. Por conta disso, o consumidor, no momento de sua escolha, ou, muitas vezes, também por falta de escolhas, acaba confiando, cada vez mais, na publicidade como única forma de superar a deficiência de informação que possui acerca dos produtos e serviços existentes no mercado.

E assim, o consumidor também apresenta ter muito pouco controle sobre a publicidade que lhe é apresentada é dessa forma que se mostra imprescindível proteger o consumidor e para isso é necessário controlar a publicidade, que, segundo Benjamin (1991, p. 206):

[...] tem o intuito de favorecer a concorrência entre os diversos agentes econômicos e garantir a correta divulgação de informações sobre produtos e serviço evitando-se, com isso, abusos no exercício do poder de persuasão da publicidade e limitando-se o potencial da publicidade de modificação dos padrões culturais.

É importante destacar que atualmente todos os países democráticos do mundo controlam, de alguma forma, a publicidade, isso porque a publicidade não interessa ao Direito sob o único ângulo de proteção ao consumidor, interessa também sob múltiplos outros aspectos em razão do extraordinário alcance de sua ação e da grande proporção de valores com que interfere.

Portanto podemos dizer que de forma genérica a função do controle é verificar a regularidade da publicidade de consumo, aplicar as respectivas sanções cabíveis quando da ocorrência de um ato publicitário ilícito, sendo que essas funções são atribuídas por disposição legal ou auto-regulamentar, e assim,

a função sancionatória vem como um complemento á função verificatória do controle, contribuindo para sua efetividade.

5.1 Os sistemas de controle da publicidade

Quando se analisa os sistemas de controle da publicidade é importante ressaltar alguns aspectos: primeiro que não é obrigatório ao fornecedor anunciar seu produto ou serviço, é pois uma faculdade oferecida á ele e então, aquele que se utiliza deste meio para divulgar seu produto, precisa seguir as regras mínimas estabelecidas na legislação, como qualquer outra atividade humana.

Segundo, que já está superado o entendimento de que a publicidade é uma simples forma de promoção de vendas, da qual não resulta nenhum compromisso ou responsabilidade ao fornecedor, e assim é evidente que publicidade vem despertando nos países mais desenvolvidos enorme preocupação, no sentido de se evitar a veiculação de publicidade enganosa e abusiva.

E que atualmente é pacífico o entendimento de que a publicidade deve ser controlada, existindo três sistemas de controle: sistema exclusivamente estatal, sistema exclusivamente privado e o sistema misto.

5.1.1 Sistema exclusivamente privado

O sistema exclusivamente privado de controle da publicidade consiste no controle interno realizado exclusivamente por órgão privado e ligado ao setor publicitário, onde a auto-regulamentação ou autodisciplina é promovida pela edição de códigos de ética ou de conduta e desta forma ao Estado não caberá intervir ou opinar sobre essas normas, sua aplicação e possíveis sanções

Para os que defendem esse sistema, sustentam ser este o mais adequado porque afirmam que o próprio mercado tem interesse em que uma publicidade não seja veiculada com desvios, vez que, a própria concorrência faria este controle forçando para que os anunciantes forneçam informações precisas sobre seus produtos e serviços ou denunciem através dos canais de comunicação os anúncios enganosos veiculados pelos seus concorrentes, dessa forma, também alegam que o Estado não tem nenhum papel legítimo a cumprir no regramento da publicidade.

Dentro dessa perspectiva de exclusão do Estado, essa corrente alega que a auto-regulamentação apresenta-se como solução adequada para correção das falhas dos incentivos do mercado no saneamento dos desvios publicitários.

Alguns autores, defensores desse sistema, ao apresentar suas vantagens elencam como sendo a principal, a garantia que ele dá ao consumidor de solucionar o conflito mediante arbitragem e a composição, evitando-se custos e morosidade do procedimento judicial

Contudo, não resta dúvida de que a auto-regulamentação é importantíssima, sendo uma tendência internacional.

Embora reconhecendo a grande importância da auto-regulamentação publicitária, diversos autores apontam objeções contra o sistema de controle exclusivamente privado, entre eles Benjamin (1998) apud Maran (2003, p.148), dizendo que:

[...] na prática concepções exclusivamente desta natureza não tem sido confirmadas, pois há sempre um momento em que nem os incentivos do mercado, nem os seus substitutos privados funcionam exigindo assim, intervenção estatal.

No mesmo sentido Maria Elizabete Vilaça Lopes (1992, p.153), defende a necessidade da intervenção estatal, e diz “que a autodisciplina, embora com méritos incontestáveis é insuficiente, haja vista não terem suas normas força obrigatória, uma vez que é incontroverso que só a cogência da norma jurídica intimida e vincula.”

Portanto verifica-se a necessidade da intervenção estatal porque a autodisciplina feita pelo setor privado, não vincula todos, apenas aqueles que aderiram voluntariamente à autodisciplina.

Verifica-se ainda que desse modo o controle não é feito através de uma norma jurídica, não obriga a todos, não tem influência sobre os que não aderiram, além do que não se autodisciplina com os olhos do consumidor, mas apenas dos operadores da publicidade, deixando aquele, parte vulnerável no mercado, sem a devida proteção.

Além disso, esse controle é feito depois que a publicidade já foi veiculada, deixando, portanto, o consumidor exposto ao que já foi anunciado e, em nosso entendimento é uma instância ética, subsidiária e interpretativa, que não pode substituir a regulamentação legal.

No Brasil a publicidade foi disciplinada no âmbito privado, com a criação do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação publicitária (CONAR) e com a edição do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP), que foi editado com o propósito explícito de impedir a interferência governamental na atitude publicitária.

5.1.2 Sistema exclusivamente Estatal

No sistema exclusivo estatal de controle da publicidade, somente o Estado pode exercer o controle da publicidade, ditando normas, implementando-as e aplicando as devidas sanções, não tendo, assim, nenhuma participação no plano da autodisciplina, ou seja dos agentes ou órgãos publicitários.

Manifestando-se a favor desse sistema Benjamin (1994, p. 51) diz que “as vantagens desse sistema de controle são o poder coercitivo do Estado, segundo o qual a inobservância das normas de ordem pública acarreta sanções de natureza jurídica e, ainda, a capacidade de analisar continuamente o mercado”.

Para seus defensores, esse seria o melhor sistema uma vez que o Estado tem condições de aparelhar-se e, através de seu poder de polícia, impedir que as regras sejam descumpridas

No entanto, a experiência de diversos países tem revelado que o sistema exclusivamente estatal acaba impedindo o florescimento de todos os aspectos positivos inerentes à autodisciplina, já que o Estado não está envolvido diretamente no funcionamento do mercado publicitário.

Portanto com a crítica aos dois sistemas até agora analisados percebe-se que o mais adequado é a participação conjunta do Estado e de órgão privados, sendo então formado o sistema misto, que passa a analisar abaixo.

5.1.3 Sistema misto

Trata-se de um sistema que aceita e incentiva ambas as formas de controle, o estatal e o privado, coexistindo o controle voluntário da publicidade por organismos auto-regulamentadores e os procedimentos judiciais e administrativos impostos pelo Estado.

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro adotou esse sistema, conjugando auto-regulamentação (CONAR) e a participação da Administração e do Poder Judiciário.

Na opinião de Benjamin (1994, p. 159), é um modelo bastante adequado, uma vez que: “[...] abre-se, a um só tempo, espaço para os organismos auto-regulamentares (como o CONAR e o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária), no Brasil e para o Estado (seja a administração pública, seja o Judiciário).

Esse sistema funciona de forma que o Estado estabelece normas gerais e o setor privado, normas mais detalhadas, específicas para cada atividade. O setor privado, através de uma organização específica como o CONAR, tem poder de fazer cessar a publicidade que desatende as regras, também o Estado, através de órgãos específicos e do próprio Judiciário, tem o

poder de coibir publicidade que não esteja de acordo com as regras pré-estabelecidas. Aos dois setores, estatal e privado, cabe a interpretação da publicidade e, seu enquadramento ou não às regras de proibição.

5.2 Órgãos que atuam no controle da publicidade no Brasil

5.2.1 Estrutura Privada de Controle da Publicidade no Brasil – O CONAR

O CONAR surgiu primeiramente como Comissão Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, que foi criada, à época da aprovação do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária em 1978, com intuito de viabilizar a aplicação do Código. Em maio de 1980, o nome da Comissão foi modificado para Conselho, permanecendo assim até hoje.

O CONAR é uma entidade civil sem fins lucrativos, com sede em São Paulo e com autorização estatutária para manter representações em todas as unidades da Federação. Os seus objetivos sociais estão delineados no art. 5º dos Estatutos Sociais, e não se limitam às atividades de arbitragem e julgamento ético, sendo esta, no entanto, a atividade principal.

É formado por agentes do mercado publicitário que, espontaneamente, aderem ao seu quadro social, abrange a grande maioria das entidades de caráter nacional envolvidas com o meio publicitário, incluindo aqueles que patrocinam, aqueles que criam e veiculam os anúncios publicitários.

A sua estrutura interna é formada por cinco órgãos: a *Assembléia Geral*, que tem funções deliberativas, a *Diretoria Executiva*, com funções administrativas, o *Conselho Fiscal*, órgão de controle interno, o *Conselho Superior*, consultivo e com funções executivas das decisões do órgão, e o *Conselho de Ética*, sobre o qual cabe uma palavra mais demorada.

O Conselho de Ética pode ser considerado o órgão central, pois é onde estão concentradas as atividades-fins da entidade, sendo assim, o responsável pela efetiva aplicação do CBARP.

O Conselho de Ética é formado pelo Presidente e Vice-Presidente do CONAR, e mais 31 membros titulares, com igual número de suplentes, com a formação estabelecida pelo art. 40 dos Estatutos Sociais. São, basicamente, membros do próprio Conselho Superior, representantes dos consumidores e de associações profissionais dos operadores de publicidade.

As funções do Conselho de Ética estão previstas no art. 42 dos Estatutos Sociais, e consistem em:

- a) receber, processar e julgar as representações por infrações ao CBAR e seus recursos, observadas as disposições dos Estatutos e do Rice — Regimento Interno do Conselho de Ética. Esse Regimento faz às vezes de um verdadeiro código processual interno. Os processos são distribuídos originalmente para as câmaras julgadoras, em número de três, e os recursos dirigidos ao órgão pleno, em caso de decisão não unânime da câmara;
- b) atuar como mediador entre anunciantes, entre agências, entre aqueles e estas e os veículos de comunicação, em todos os casos de disputas, promovendo tentativas de conciliação das partes;
- c) aplicar as medidas e providências previstas no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária aos infratores das normas nele estabelecidas. Vale ressaltar, porém, que o órgão encarregado da execução das medidas é o Conselho Superior, e não o Conselho de Ética.

O Estatuto prevê, também, uma *medida liminar de sustação de publicidade*, cuja atribuição é do membro do Conselho de Ética, quando entende que o anúncio fere o CBAR. A medida é tomada *ad referendum* da Câmara ou do Pleno, desta forma a medida liminar pode ser determinada quando houver receio de que o aguardo do pronunciamento da Câmara ou do Pleno, caso deferida, possa resultar ineficaz, ou quando o anúncio venha a provocar clamor social

capaz de atentar contra a ética da atividade de propaganda comercial, seu conceito e o bom nome do CONAR.

No Estatuto está estipulado que O CONAR apresenta os seguintes objetivos sociais:

- a) zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas de propaganda, fazendo observar as normas do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária sobre quaisquer outras;
- b) funcionar como órgão julgante nos litígios éticos que por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas;
- c) oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas sempre que solicitada;
- d) divulgar os princípios e normas do Código Brasileiro regulamentação Publicitária, visando a esclarecer a opinião sobre a sua atuação regulamentadora de normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida toda a atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como a proteger instituições, conceitos e idéias;
- e) atuar como instrumento de concórdia entre veículos de comunicação e anunciantes, e salvaguarda de seus interesses legítimos consumidores.

Acima se notam especificamente as funções principais deste sistema de controle privado da publicidade, que são zelar, divulgar, assessorar, conciliar e salvaguardar os interesses do meio publicitário e dos consumidores, juntamente com a função repressiva julgante presente na alínea “b” supracitada.

Assim, a atuação do CONAR é regida pelas leis nacionais, por seus estatutos sociais e pelo Código Brasileiro de auto-regulamentação Publicitária. (CBARP)

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária é importante fonte subsidiária de interpretação para o direito estatal, sendo dessa forma reconhecido pelos próprios destinatários da norma. Aliás, o próprio Código

de Auto-Regulamentação esclarece que, embora seja essencialmente um diploma de disciplina ética da conduta, é também destinado ao uso das autoridades e tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetados pelo anúncio.

As normas estabelecidas no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária sujeitam os infratores a certas penalidades, conforme dispõe o seu artigo 50, que são:

- a) advertência;
- b) recomendação de alteração ou correção de anúncio;
- c) recomendação aos veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio;
- d) divulgação da posição do CONAR com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não-acatamento das medidas e providências preconizadas.

A imposição de tais sanções tem caráter somente moral, haja vista que o CONAR não tem poderes para determinar que a publicidade infratora deixe de ser veiculada e conceder ressarcimento aos prejudicados; poderia no máximo, sugerir recomendar que a veiculação do anúncio publicitário seja suspenso ou alterado para que este não cause mais danos ao consumidor, sem qualquer via de coercibilidade.

Sobre a efetividade, para muitos estudiosos da área da publicidade, o CONAR obtêm grande êxito no acatamento de suas deliberações, nesse sentido são as palavras de Luiz Figueiredo (1983, p.111):

Aceito pela grande maioria dos veículos publicitários, signatários de um documento de adesão, de muitas agências de publicidade e de um grande número de anunciantes, especialmente aqueles que mais utilizam a publicidade, o Código tem conseguido expressivos êxitos quanto ao acatamento de suas decisões.

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

No entanto, apesar de toda a efetividade que é atribuída ao CONAR, esta não permite que, diante das premissas do Estado Social de preservação do interesse social e da ordem pública, estabelecidas na Constituição Federal e no artigo 1º do CDC, seja descartada a adoção do sistema público de controle da publicidade.

A adoção do sistema público é criticada pelo meio publicitário em razão de que o sistema privado já estaria por garantir eficazmente este controle. Paradoxalmente, se realmente a atuação do sistema privado de controle da publicidade no Brasil é plenamente efetiva, não haveria razão para a existência generalizada do “temor” que o sistema público causa ao meio publicitário, já que este vem somente para complementar a atuação daquele.

É nesse sentido as palavras de Benjamin (2007, p.258):

A precisão e o caráter técnico do CBARP, assim como a boa vontade e esforços dos seus implementadores não foram suficientes para impedir, isoladamente, toda sorte de abusos praticados contra os interesses dos consumidores.

Dessa forma, a maioria dos doutrinadores reconhece a existência do sistema misto de controle da publicidade no Brasil, fato que, como já foi explanado, pode ser verificado pela efetiva atuação do CONAR até os dias atuais.

Constata-se, também que o CDC não abre a possibilidade de suspensão da atuação do sistema público de controle da publicidade, sendo, todavia, saudável, garantir-se a atuação do sistema privado de controle da publicidade em primeiro lugar, desde que, de forma ágil e eficaz.

Logo, há a adoção do sistema misto de controle da publicidade no Direito brasileiro, porém sua prevalência fica sem dúvida a cargo do sistema

público, cuja existência para o controle da publicidade negocial de consumo se faz essencial, já que, somente o Estado possui os meios necessários para obrigar o particular a cumprir seu comprometimento quando da realização de um ato publicitário com um conteúdo de oferta.

Na seqüência, serão analisados os órgãos componentes deste sistema e sua efetividade, iniciando pela atuação do PROCON e finalizando com a efetividade do Ministério Público.

5.2.2 Estrutura Pública de Controle da Publicidade

5.2.2.1 Atuação do PROCON

Com pioneirismo no Brasil, em maio de 1976 começaram os estudos do grupo de trabalho da Secretaria dos Negócios Metropolitanos do Estado de São Paulo para a criação de um órgão com função de defesa e proteção do consumidor, sendo que até aquele momento não havia legislação com mecanismos de proteção a consumidor

Somente em 1978 foi criado o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor com o advento do Decreto n. 7.890, e em seguida com a entrada em vigor da Lei Estadual 1.903, em 20 de dezembro de 1978, complementou a formulação e a institucionalização da política de defesa e proteção do consumidor no Estado de São Paulo, pois assim foi criada a Procuradoria de Defesa do Consumidor, conhecida como PROCON, posteriormente transformada em Fundação.

Após isto, a sigla PROCON ganhou repercussão nacional, representando, juntamente com a Procuradoria Federal do Consumidor do México (PROFECO), os maiores órgãos público de defesa do consumidor da América Latina.

A sua presença é atualmente verificada em vários estados brasileiros e quanto à estrutura e funcionamento dos PROCONs, não é possível demonstrar padrões homogêneos, pois pode-se dizer que cada estado, ou até mesmo cada município, possui a sua própria organização interna de funcionamento. O que é possível dizer é que o PROCON se caracteriza, como um órgão de natureza jurídica de direito público, pertencente à administração direta dos estados ou dos municípios, e que visa atuar em defesa dos interesses dos consumidores.

Como órgão integrante do sistema estatal de controle da publicidade, o PROCON tem uma atuação especial em face da ocorrência patológica da publicidade negocial de consumo, sendo incumbido de aplicar as sanções administrativas, propor ações coletivas e, principalmente, atuar diante das reclamações individuais dos consumidores, quando pretensamente lesados pelo não-cumprimento do conteúdo ofertado em uma publicidade deste tipo, atividade que se dá mediante um procedimento conciliatório com vistas ao cumprimento do que foi ofertado ou a reparação dos danos causados aos indivíduos participantes das relações de consumo.

O PROCON também tem importante atuação no campo preventivo, sendo que no estado de São Paulo isso se evidencia com a preocupação que o órgão tem de levar até o consumidor o conhecimento dos seus direitos básicos, as formas lesivas de publicidade de consumo e a maneira pela qual este pode se defender delas, para tanto promove palestras públicas, divulga notícias nos veículos de comunicação social e emite cartilhas explicativas de distribuição gratuita aos consumidores, assim cumprindo exemplarmente, o princípio da educação que norteia a ação dos sistemas de controle da publicidade, esta atitude serve para ampliar a efetividade desse órgão, pois previne os consumidores dos efeitos lesivos que uma publicidade patológica possa lhes causar.

Também atua no campo repressivo, pois o PROCON possui legitimidade ativa para a propositura de ações coletivas, no estado de São Paulo o órgão tem atuado muito no sentido de propor algumas ações civis públicas e encaminhar outras denúncias sobre a ocorrência de publicidades ilícitas ao

Ministério Público, e também dispõe de competência para aplicação de sanções administrativas.

Dentre suas competências, o PROCON brasileiro, também pode impor a realização da publicidade corretiva e sanções pecuniárias; todavia, este não está legitimado a ordenar a suspensão da veiculação de uma publicidade de consumo que viole as normas do CDC, em razão da estrutura do Direito brasileiro que destina tal ação coercitiva somente ao poder judiciário.

Para exemplificar a atuação do PROCON, é bastante emblemática citação do processo administrativo que o PROCON do Paraná instaurou em 2004 contra a Elma Chips. À empresa foi aplicada multa cautelar no valor de 2 milhões de Ufirs (R\$ 2,128 milhões) por indícios de infração ao Código de Defesa do Consumidor, os especialistas do órgão entenderam que havia indução ao consumo de bebida alcoólica na embalagem do salgadinho "Pingo D'Ouro Agito".

Reforçando o entendimento do órgão, o coordenador do PROCON, Algaci Túlio afirmou que "O público infante-juvenil é especialmente atingido pela publicidade deste tipo de produto que tem na sua embalagem e no site do fornecedor ilustrações de bebida alcoólica numa clara indução ao seu consumo" (TÚLIO apud CAMPOS, 2008), em seu pronunciamento também enfatizou que a fiscalização encontrou o produto em gôndolas de supermercados com outros salgadinhos da Elma Chips, estando disponíveis para o público infantil e adulto.

No processo administrativo instaurado, o PROCON defendeu a necessidade do cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que os artigos 4 e 79 impedem a veiculação de ilustrações e fotografias de bebidas alcoólicas em publicações infante-juvenis. O coordenador do PROCON, ainda em seu pronunciamento ressaltou que o Conselho Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR) já havia se manifestado pela suspensão da divulgação dos anúncios do salgadinho, e nada havia sido modificado.

5.2.2.2 Atuação do Ministério Público

De forma revolucionária, em 1982 ficou estipulado na lei orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, que em cada comarca fosse designado um promotor responsável pela defesa do consumidor em âmbito administrativo, fato que representou um grande avanço na defesa contra as publicidades ilícitas.

Porém outra mudança bastante significativa só veio a ocorrer em 1985, com a edição da Lei 7.347/85 que criou a ação civil pública, e com ela concedeu-se legitimidade para o Ministério Público atuar no âmbito judicial, pois anteriormente à esta lei o promotor responsável pela defesa do consumidor só podia atuar no âmbito administrativo.

E, de forma complementar, com a edição da Lei 8.078/90 que criou o Código de Defesa do Consumidor, deu-se então origem ao sistema público de controle da publicidade de consumo.

Dessa maneira, somente com o advento do CDC é que o Ministério Público pôde passar a atuar judicialmente na defesa dos interesses dos consumidores em face da ocorrência lesiva das publicidades de consumo, embora já possuísse o instrumento judicial necessário para tanto desde 1985.

Nos dias atuais, por suas atribuições exclusivas como fiscal da aplicação da lei e como defensor da cidadania, o Ministério Público é o órgão naturalmente incumbido de pleitear em juízo, em nome da coletividade, contra a ocorrência lesiva de uma publicidade de consumo.

Sobre a importância do Ministério Público atuar judicialmente, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (1993, p. 62) afirma, “que além de o Ministério Público ser a instituição mais habilitada para a defesa dos interesses da coletividade, ele também pode ser considerado o destinatário natural dessas normas, embora não exclusivo”.

Nota-se que o Ministério Público como parte integrante do sistema público de controle da publicidade tem sua atuação complementada por outros

órgãos, como o PROCON e as associações dos consumidores, não devendo ser considerado como principal órgão deste sistema, mas sim, o mais habilitado e estruturado para a propositura de ações coletivas, que por esta razão detém majoritariamente esta função.

Nesse sentido, sobre a importância da ação civil pública, é a manifestação de Wilson Rodyz (1993, p. 68):

O instrumento mais importante de controle da publicidade ilegal é a ação civil pública, para a qual estão ativamente legitimados tanto o Ministério Público como as Associações de proteção de consumidores.

O Ato nº 60/91 da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo reconhece que o inquérito civil e a ação civil pública são uma das principais atribuições do Promotor de Justiça na área de proteção ao consumidor.

Por isso que a ação civil pública é o único e importantíssimo instrumento postulatório disponível para a legítima atuação jurisdicional do Ministério Público em face do sistema público de controle da publicidade, na defesa coletiva dos consumidores. Sem ela, não seria possível a existência deste sistema de controle da publicidade, já que não haveria meios postulatórios para a defesa jurisdicional dos interesses coletivos *lato sensu*, visando suspender a veiculação de uma publicidade considerada como patológica e responsabilizar os seus responsáveis pelos danos causados.

Além da ação civil pública, destaque também deve ser dado a outro instrumento fundamental de atuação do Ministério Público, em face do sistema público de controle da publicidade, que também consta da Lei 7.347/85: o inquérito civil. Tal instrumento de natureza inquisitorial e informativa, possibilita a verificação da ocorrência de infrações nos atos publicitários, prestando-se, segundo Milare, a “fornecer provas e demais elementos de convicção que fundamentem a ação do Ministério Público na defesa de valores, direitos e interesses meta-individuais”.

Como complementação de tal raciocínio é importante destacar a utilidade do inquérito civil, que além de servir para a coleta de elementos com a finalidade de instruir a eventual propositura de uma ação civil pública, também

tem uma função preventiva e intimidativa. Concluindo sobre o assunto, assim diz Rita Tomasso (1995, p. 115):

O inquérito civil, peça administrativa e informativa a cargo do Ministério Público, revela-se extremamente útil para a defesa dos interesses difusos e coletivos, quer porque possibilita a colheita de material probante suficiente para a propositura da ação civil pública, quer porque, intimidando o autor da lesão, exerce papel preventivo que, em se tratando dos direitos que visa tutelar, afigura-se de rigor.

Quanto á função preventiva e intimidativa do inquérito civil, supracitadas, é importante destacar que ele exerce uma “influência de natureza psicológica” sobre o fornecedor que, pressionado por estar prestes a figurar como réu em uma ação civil pública, acaba por possibilitar a solução conciliada da lide de consumo, independente da propositura daquela ação, fato que possibilita a célere resolução dos conflitos, contribuindo ainda mais para a efetividade da atuação deste órgão como parte integrante do sistema público de controle da publicidade.

Sobre esse papel importante do inquérito civil, Ester Evangelista da Costa (1993, p. 173) explica que:

A Promotoria de Justiça do Consumidor, ainda atuando como um pretório, ao receber denúncias que possam vir a resultar em ações civis públicas, de forma coerente busca apurá-las efetivamente, e somente com o esgotamento dos meios persuasórios é que toma medidas judiciais.

Dessa maneira, a efetividade da atuação do Ministério Público, como parte integrante do sistema público de controle da publicidade, é buscada com a utilização integrada destes dois instrumentos postos a sua disposição para o controle da publicidade, possibilitando a obtenção de céleres soluções para as lides de consumo, em face da ocorrência patológica dos atos publicitários, em âmbito coletivo, muitas vezes sem a necessidade da instauração do procedimento judicial que, só em último caso é adotado após se esgotarem todas as formas conciliadas de solução do conflito.

Outro aspecto da atuação do Ministério Público que merece destaque é quando trata-se de interesses das crianças e adolescentes, nesse caso, o Ministério Público atua consoante o disposto no artigo 200 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e observando a competência que lhe foi dada pelo artigo 201 desse diploma. Assim, ele age na defesa contra as publicidades de produtos nocivos à saúde e à segurança das crianças e adolescentes, e também quando elas forem abusivas:

Art. 201 - Compete ao Ministério Público:

[...]

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no Art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;

[...]

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

Assim, mesmo quando o Ministério Público não for parte, mas estiver “em jogo” interesses de menores, ele obrigatoriamente atuará na proteção e defesa dos direitos e interesses individuais, coletivos ou difusos da criança e do adolescente como *custos legis*, conforme previsto no artigo 202 do ECA:

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

Quanto á esse assunto, Hugo Nigro Mazzilli (2008) observa a vigência do Princípio da Prioridade Absoluta com relação à criança e ao adolescente, bem como a indisponibilidade dos direitos ligados a proteção da infância e da juventude, “o que torna o Ministério Público naturalmente legitimado à sua defesa, sem prejuízo da existência de outros co-legitimados” Ao enumerar as hipóteses de ações civis públicas na área de proteção da infância e da juventude, esse autor cita, expressamente, aquelas “*destinadas a proteger crianças e*

adolescentes enquanto destinatários de propaganda ou na qualidade de consumidores, especialmente em relação ao uso do tabaco e do álcool”.

A atuação do Ministério Público, no âmbito da proteção dos direitos e interesses da criança e do adolescente, nos termos do que preceitua a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, observará os direitos fundamentais, tais como a vida, liberdade, saúde, educação, respeito, dignidade e lazer, esporte, convivência familiar e comunitária, proteção ao trabalho e profissionalização.

CONCLUSÃO

Inicialmente é importante ressaltar alguns pontos: sobre o *marketing* há de se lembrar que é uma prática comercial que envolve desde a elaboração de um produto, a análise de mercado, a possibilidade de distribuição, o preço, a distribuição do produto incluindo também a publicidade do produto ao consumidor que será veiculada em um meio de comunicação, assim, o *marketing* é essencial para venda de produtos de uma empresa.

Outro ponto é a publicidade, que embora muito confundida com propaganda, não são a mesma coisa. O melhor entendimento ressalta a publicidade como uma oferta comercial e massificada, além de ser paga, ela identifica e objetiva seu patrocinador, direta ou indiretamente, com utilização de informações ou persuasão, enquanto a propaganda visa um fim ideológico, religioso, político, econômico ou social.

A publicidade, ponto especial de estudo desse trabalho, visa exatamente levar o consumidor a adquirir ou utilizar produtos e serviços, disponibilizados no mercado de consumo, fazendo com que o consumidor efetivamente compre ou utilize determinado bem ou serviço.

Como ela é um meio de persuasão, que cria necessidades, muitas vezes, que antes não existiam, e ainda incute valores sociais e morais, é por isso que ela interessa tanto ao Direito.

Procurou-se deixar claro como, hoje em dia, a publicidade faz parte da vida cotidiana das pessoas, estando presente nas emissoras de rádio, nas revistas, nos jornais e é claro na rede de televisão. Todos são capazes de facilmente se lembrarem de um anúncio engraçado ou com um bom *jingle*, porém a publicidade não é tão inocente, ela está elaborada de forma a produzir boas vendas para o fornecedor do produto.

O trabalho dedicou-se em dar especial enfoque às novas estratégias de marketing que está vendo as crianças como a mais valiosa fatia do mercado, e está investindo pesado em fazer produtos destinados especialmente para elas, e assim surgiu todo um ramo publicitário voltado para vender esses produtos.

Não satisfeitos em fazer publicidade de brinquedos, materiais

escolares, guloseimas e outros atrativos infantis, os publicitários também estão se dedicando em colocar elementos do mundo infantil em anúncios de produtos voltados exclusivamente voltados para adultos, pois pesquisas demonstraram que as crianças influenciam nas compras dos pais em até 80% de suas escolas.

Porém, o trabalho dedicou-se em analisar que o CDC proíbe as publicidades que se enquadrem como abusivas, no rol do artigo 37 se inclui como abusiva aquela que se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal.

De forma complementar ao artigo supra, foi analisado o Princípio da Identificação da Publicidade, estando este, dentre os Princípios norteadores da produção publicitária, assim é assegurado ao consumidor o direito de saber clara e imediatamente que a mensagem transmitida tem caráter publicitário.

Analisando as duas premissas supracitadas, com a informação de especialistas de que crianças de até 12 anos de idade não tem desenvolvimento crítico completo para entenderem a intenção publicitária, e muitas não conseguem nem diferenciar a publicidade do programa que está assistindo, então é clara a conclusão que qualquer publicidade de qualquer produto voltada para crianças menores de 12 estará sendo abusiva e, portanto, ilegal e proibida.

Esse é o grande problema da publicidade voltada ao público infantil no país, que a torna intrinsecamente carregada de abusividade e ilegalidade, porquanto o marketing infantil se vale, para seu sucesso, ou seja, para conseguir vender os produtos que anuncia e atrair a atenção desse público alvo, justamente da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Outro aspecto importante, porém pouco discutido, é que o artigo 76 do ECA prevê as normas a serem seguidas pelas emissoras de rádio e televisão no tocante à programação, a fim de que dêem preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas que respeitem os valores éticos e sociais da pessoa e da família, e assim também deveria ser seguida a publicidade que é veiculada durante a programação infantil, portanto, nesse sentido já está proibido todo tipo de publicidade que apresente crianças com comportamento anti ético, mal educado, ou forçando seus pais a adquirirem determinado produto.

E nesse aspecto da boa educação por parte dos apresentadores do anúncio, é totalmente independente de da faixa etária a que se destina o produto

pois a norma é do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, deve-se respeitar em publicidades veiculadas em programação destinadas à faixa etária de até 16 anos.

No tocante a publicidade de alimentos de alto teor calórico e baixo teor nutricional, o trabalho dedicou-se em reforçar a importância da norma constitucional, o artigo 227 da carta magna estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar “com absoluta prioridade” à criança e ao adolescente os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também determina que todas as crianças e adolescentes devem ser protegidos de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente fixa os direitos dessas pessoas em desenvolvimento e o respeito à sua integridade inclusive com relação aos seus valores, nos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 17, 18, 53, dentre outros.

Assim, quanto à publicidade de guloseimas, deve-se considerá-las uma violência “muda” contra as crianças e adolescentes, pois a obesidade infantil já é considerada a doença do século em muitos países, e as estratégias de vendas usam de todos os meios mais persuasivos possíveis, principalmente elementos do imaginário infantil, e lembrando que são pessoas em desenvolvimento, que ainda não possuem senso crítico e acreditam fielmente naquilo lhes apresentam. Portanto esse tipo de anúncio já está proibido em nosso ordenamento, só falta colocar em prática os verdadeiros fundamentos do Estado Democrático de Direito, em defesa do elo mais hipossuficiente: as crianças.

Conclui-se, portanto, que no Brasil, pela interpretação sistemática da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, pode-se dizer que toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil é proibida, mesmo que na prática ainda sejam encontrados diversos anúncios voltados para esse público.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários À Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**, 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Das Práticas Comerciais. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da Publicidade**. São Paulo: Revista de direito do Consumidor, n. 9, jan/mar. 1994.

BEULKE, Carla Simone. **Consumidor Infantil Sobre os Pais na Tomada de Decisão de Compra de Produtos Alimentícios**. Disponível em: <<http://reposcom.portcom.intercom.org.br/dspace/bitstream/1904/17144/1/R1528-1.pdf>> Acesso em: 08 dez. 2007

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, 05.10.1988

BRASIL. Lei 8.078 de 11.09.90. **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, setembro de 1990.

CAMPOS, Deise. **Procon do Paraná multa Elma Chips em R\$ 2,1 milhões**. Disponível em: <http://www.forumdoconsumidor.org.br/Boletim_new.asp?Num=28>. Acesso em: 30 jan. 2008

CANELA, Guilherme. **Que crianças queremos formar?**. Disponível em: <http://www.criancaconsumo.org.br/debate_folha.html>. Acesso em: 04 jan. 2008

CARVALHO, Nely de, **Publicidade: a linguagem da sedução**, 3ª Ed. São Paulo: Ática, 2003.

CAVALCANTI, Vítor. **Entidades alertam para o consumismo infanto-juvenil**. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/materias/brasil/2408501-2409000/2408670/2408670_1.xml>. Acesso em: 08 jan. 2008.

CONAR. **Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária**. Apresenta textos, jurisprudências, orientações sobre controle de publicidade. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 02 jul 2007.

CONAR. **Estatutos Sociais**. Registrado no 2º Cartório de Registro de Títulos e Documentos da Cidade de São Paulo sob o nº 56/8.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

COSTA, Ester Evangelista da. **O consumidor e a publicidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: PUC, 1993.

COSTA, Éster Evangelista da. **O consumidor e a publicidade no direito brasileiro**. São Paulo: PUC, 1993.

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

FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Editora Positivo, 2004.

FIGUEIREDO, Luiz C. de Piratininga. **O CONAR – Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária como expressão de uma nova consciência ética na publicidade brasileira**. São Paulo: USP-ECA, 1983.

FREITAS, Zozivalda Cruz Duarte de. **A influência das embalagens no comportamento de compra do consumidor infantil**. Disponível em: <http://www.artigocientifico.com.br/uploads/artc_1162836219_37.pdf> Acesso em: 05 jan. 2008.

FUJINOHARA, Ricardo Akiora. **O controle da publicidade no código de defesa do consumidor**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**. São Paulo: EPU Editora, 1998.

GARBELOTTO, Patrícia. **Publicidade enganosa e abusiva no código de defesa do consumidor**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **O Ministério Público e a defesa do consumidor**. In: Revista de Direito do Consumidor, nº 7. São Paulo: RT, 1993.

GRINOVER, Ada Pelegrine et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

Hélio Zaghetto Gama. **Direitos do Consumidor, Código de Defesa do Consumidor Referenciado e Legislação Correlata**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2007.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forenses, 2002.

KOTHER, Philip. **O marketing sem segredos**. Porto Alegre: Bookman, 2005.

LEAL Filho, Laurindo. **Propaganda e crianças**. Disponível em: <http://www.secsp.org.br/secc/revistas/revistas_link.cfm?Edicao_Id=202&Artigo_ID=3159&IDCategoria=3411&reftype=2> Acesso em: 22 jan. 2008.

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

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. **O consumidor e a Publicidade**, Revista de Direito do Consumidor, nº1. São Paulo: RT, 1992.

LUZ, Cláudio Eugenio. **Pensando bem o comercial da Volkswagen**. Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org/es/blue/2005/03/310661.shtml>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

MARAN, Mara Suely Oliveira e Silva. **Publicidade & proteção do consumidor no âmbito do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo & Propedêutica do Controle**. Curitiba: Juruá,

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/1995EF1CFA2A715CE040A8C027014290>>. Acesso em: 25 jan. 2008.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva**. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 9, n. 35. São Paulo: RT, 2000.

MICHAELIS. **Michaelis Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. Melhoramentos: 2007

MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições**. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002.

MP obtém suspensão de publicidade abusiva da empresa Claro. **Site do Ministério Público de Santa Catarina**. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalle.asp?Campo=4031&secao_id=139>. Acesso em: 20 jan. 2008.

MPSP. **Ministério Público do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, n. 3, set/dez 1992.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. 1. ed. São Paulo: RT, 1997.

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

PINHEIRO, Aline. **Juiz proíbe propaganda considerada ofensiva à família**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/38226,1>>. Acesso em: 06 jan. 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5 ed. São Paulo: Max Lemonad, 2002.

PROCON. **Fundação de proteção ao consumidor**. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2007.

RABONE, Juliana Stábile. **Publicidade enganosa e abusiva**. Presidente Prudente, 2002. 53 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2002.

RIBEIRO, Júlio. **Tudo que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência de explicar**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

RIBES, Rita. **Infância, televisão e publicidade**. Disponível em: <http://www.cvl.g12.br/04_pvcler_art_070213_2.asp> Acesso em: 05 dez. 2007.

RICHERS, Raimar. **O que é marketing**. 15. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ROCHA, Angela da; CHRISTENSEN, Carl. **Marketing: teoria e pratica no Brasil**. São Paulo: Atlas, 1999.

RODYZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade**. In: Revista de Direito do Consumidor, nº 8. São Paulo: RT, 1993.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 7.ed. São Paulo: Pioneira, 2002.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 13ª Ed. Malheiros Editores, 1997.

SISSORS, Jack Zanville; BUMBA, Lincoln. **Planejamento de mídia**. São Paulo: Nobel, 2001.

TAVARES, Marcus. **O intervalo comercial da programação infantil**. Disponível em: <<http://www.educamidia.unb.br/03-noar/comercialinfantil.dwt>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

TOMASSO, Rita. **Inquérito civil**. In: Revista de Direito do Consumidor, nº 16. São Paulo: RT, 1995.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Humanização do Direito Internacional**. São Paulo: Delrey, 2006.

UEMA, Fabiana Curi. **Publicidade Abusiva de Natureza Discriminatória**. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud9/pub_abusiva.htm>. Acesso em: 06 jan. 2008.

VALENTE Jonas. **Conteúdo audiovisual será submetido a novas regras**. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=11631> Acesso em: 05 jul. 2007.

VALENTE, Sergio Ruy David Polimeno. **O lobo perde o pêlo?** Disponível em: <http://www.valente.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=64&Itemid=30> Acesso em: 24 jan. 2008.

ANEXO A - Cartilha Laranja do CONAR

Novas Normas Éticas da Publicidade de Produtos Destinados a Crianças e Adolescentes - Entendam a nova redação da seção 11 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária

SEÇÃO 11 – CRIANÇAS E JOVENS

Artigo 37

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

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

- a) desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
- b) provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
- c) associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
- d) impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;
- e) provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;
- f) empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a

participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;

- g) utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
- h) apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, na verdade, são encontradas em todos os similares;
- i) utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

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

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

Parágrafo 1º

Crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o

consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição, tais como armas de fogo, bebidas alcoólicas, cigarros, fogos de artifício e loterias, e todos os demais igualmente afetados por restrição legal.

Parágrafo 2º

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

ANEXO B – Cartilha do CONAR para alimentos

Novas Normas Éticas Para Publicidade de Alimentos e Refrigerantes, Entenda a Nova Redação do anexo H do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

ANEXO H

Alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas

Este Anexo disciplina a propaganda comercial de alimentos, refrigerantes, sucos, achocolatados, bebidas não-carbonatadas e as isentas de álcool a elas assemelhadas, assim classificados pelos órgãos da administração pública, e, obviamente, não exclui o atendimento às exigências das legislações específicas.

1. Disposições Gerais – Além de atender aos preceitos gerais deste Código, os anúncios de produtos submetidos a este Anexo deverão:

- a)** compatibilizar-se com os termos do respectivo licenciamento oficial. Adotarão terminologia com ele harmonizada, seja para designar qualidades como “diet”, “light”, “não contém açúcar”, “não contém glúten”, seja para descrever quaisquer outras características distintivas que orientem as escolhas do consumidor;
- b)** evitar qualquer associação a produtos farmacêuticos;
- c)** valorizar e encorajar, sempre que possível, a prática de exercícios físicos e atividades afins;
- d)** abster-se de encorajar ou relevar o consumo excessivo nem apresentar situações que incentivem o consumo exagerado ou conflitem com esta recomendação;
- e)** abster-se de menosprezar a importância da alimentação saudável, variada e balanceada;
- f)** abster-se de apresentar qualquer produto como substituto das refeições básicas (desjejum, almoço e

- jantar), a menos que tal indicação esteja embasada em responsável opinião médica ou nutricional, reconhecida pela autoridade sanitária;
- g)** limitar afirmações técnicas relativas aos benefícios à saúde e à nutrição às que forem compatíveis com o licenciamento oficial e amparadas em responsável opinião médica ou nutricional. Neste caso, tais afirmações deverão ser apresentadas em linguagem acessível ao consumidor médio;
- h)** apresentar corretamente as características de sabor, tamanho, conteúdo/peso, benefícios nutricionais e de saúde;
- i)** evitar a exploração de benefícios potenciais derivados do consumo do produto, como a conquista de popularidade, elevação de status ou êxito social, desempenho escolar, esportivo, entre outros;
- j)** abster-se de desmerecer o papel dos pais, educadores, autoridades e profissionais de saúde quanto à correta orientação sobre hábitos alimentares saudáveis e outros cuidados com a saúde;
- k)** ao utilizar personagens do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a este público-alvo, fazê-lo apenas nos intervalos comerciais, evidenciando a distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo editorial ou da programação;
- l)** abster-se de utilizar crianças muito acima ou muito abaixo do peso normal, segundo os padrões biométricos comumente aceitos, evitando que elas e seus semelhantes possam vir a ser atingidos em sua dignidade.

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

3. A publicidade que aludir a propriedades funcionais de produto submetido a este Anexo deverá estar baseada em dados fáticos, técnicos ou científicos, e estar em conformidade com o respectivo

licenciamento oficial.

4. A publicidade de bebidas não-alcoólicas deverá abster-se de gerar confusão quanto:

- a)** à qualidade, natureza e tipo de produto;
- b)** ao valor calórico do produto;
- c)** à sua natureza (natural ou artificial), bem como quanto à presença de aditivos, quando for o caso.

5. Na publicidade dos produtos submetidos a este Anexo adotar-se-á interpretação a mais restritiva quando:

- a)** for apregoado o atributo “produto natural”;
- b)** o produto for destinado ao consumo por crianças.