



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA

A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL

DISSERTAÇÃO

Recife
2013



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



PPGD

RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA

A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL

DISSERTAÇÃO

Recife
2013

RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA

A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.
Área de concentração: Direito Privado

Orientador: Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal

Recife, 2013

Catalogação na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

B238r

Barbosa, Raíssa Alencar de Sá

A regulação da publicidade infantil / Raíssa Alencar de Sá Barbosa. – Recife:
O Autor, 2013.

154 folhas : graf., tab.

Orientador: Larissa Maria de Moraes Leal.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito,
2013.

Inclui bibliografia e anexo.

1. Publicidade abusiva - Regulamentação - Brasil. 2. Anúncios e crianças -
Brasil. 3. Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (Brasil) (Conar).
4. Defesa do consumidor - Brasil. 5. Brasil. [Código de defesa do consumidor
(1990)] - Art. 37, §2º. 6. Menores - Projetos de lei - Brasil. 7. Persuasão
(Psicologia). 8. Publicidade (Direito) - Brasil. 9. Infância - Aspectos sociais. 10.
Direito do consumidor. 11. Direitos fundamentais. 12. Direitos das crianças - Brasil.
13. Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989). 14. Brasil. [Estatuto
da criança e do adolescente (1990)]. 15. Menores - Estatuto legal, leis, etc. - Brasil.
I. Leal, Larissa Maria de Moraes (Orientador). II. Título.

343.81071 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2013-021)

RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA

A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.
Área de concentração: Direito Privado

Orientador: Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Paulo Luiz Netto Lôbo, Dr. USP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Profa. Fabíola Santos Albuquerque, Dra. UFPE

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Marcos Ehrhardt Júnior, Dr. UFPE

Julgamento: _____ Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL: _____

A Eneide Alencar de Sá, Natássia Alencar de Sá
Barbosa e Eduardo Matos Oliveira

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que participaram da minha vida acadêmica, com as quais pude partilhar um dia a dia rico em aprendizado.

Agradeço à minha família - o suporte primordial -, e aos amigos, que comemoraram comigo a aprovação na seleção do mestrado e trouxeram sabedoria para enfrentar as dificuldades da pós-graduação.

Agradeço especialmente a Eduardo Matos Oliveira, sem dúvida, a pessoa mais presente em todos os momentos da elaboração da minha dissertação. Foi aquele que mais me apoiou e que mais acreditou no resultado do meu trabalho, nunca deixando de me incentivar a buscar o meu melhor. Espero, um dia, poder retribuir todo o amor e carinho que recebi, sem os quais eu não teria conseguido transformar o projeto de mestrado em dissertação!

Agradeço a Larissa Maria de Moraes Leal, professora que me orientou no presente trabalho, por ter me aceito como orientanda; por sempre estar aberta às discussões sobre o tema e, sobretudo, por ter feito colocações muito pertinentes, as quais ampliaram bastante a minha visão sobre o assunto.

RESUMO

BARBOSA, Raíssa. *A regulação da publicidade infantil*. 2013. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

RESUMO:

A publicidade é essencial para promover o escoamento da produção, pois aproxima as partes da relação de consumo e, de acordo com o art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, não deve se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança. Acontece que algumas práticas publicitárias, no Brasil, contradizem essa norma, já que utilizam recursos variados para se dirigir à criança, impingindo-lhe o consumo. Essa realidade ensejou a pesquisa bibliográfica tanto na seara jurídica quanto em outras áreas do conhecimento, para averiguar como uma regulação da atividade publicitária eliminaria a veiculação de mensagens prejudiciais ao desenvolvimento infantil. Para estudar o tema, tomamos como *corpus* da pesquisa alguns episódios da telenovela “Carrossel”, exibidos pelo Sistema Brasileiro de Telecomunicações em 2012; resultados de pesquisas do Instituto Datafolha sobre publicidade nas escolas e comerciais de alimentos, e também sobre consumismo infantil; decisões do Conselho de Autorregulamentação Publicitária; ações civis públicas ajuizadas no Brasil; projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional; iniciativas do Instituto ALANA e dados do Yale's Rudd Center for Food Policy and Obesity. Verificamos que a publicidade, como vem sendo desenvolvida, afronta os artigos 36 e do 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, circunstância grave em vista de o destinatário da mensagem ser pessoa em desenvolvimento. Ao final, propomos mecanismos de contenção da publicidade, de molde a evitar que redunde em mensagem abusiva.

Palavras-chave: Publicidade; criança; regulação.

ABSTRACT

BARBOSA, Raíssa. *Regulation of advertising aimed at children*. 2013. 154 p. Dissertation (Master's Degree of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

ABSTRACT:

Advertising can be considered the main way to promote the sales of products and services, and it is a very important tool to manage the contact between buyers and sellers. Despite the fact that it is an essential activity to capitalism, the advertisement, especially when aimed at children, may be developed carefully. For example, it cannot undermine children's abilities to defend themselves from the messages that are made in order to attract their attention. Yet, many commercials in Brazil have been displayed with the aim of transforming children into sales' agents whatsoever. Due to this situation, this research took place with a view to analyze some ideas of regulation, in order to reduce the negative effects in children's development. The bibliography consisted of reviews on the subject in, for example, Marketing and Laws, with the purpose of concluding how a regulation of advertising aimed at children could avoid children's exploitation.

Keywords: Advertising; children; regulation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAP. 1 - A PUBLICIDADE	
1.1 De informação a persuasão: a publicidade como verdadeiro estilo de vida.....	12
1.2 O surgimento do Conselho de Autorregulamentação Publicitária e a edição do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária: o sistema de controle pelos próprios agentes do mercado publicitário.....	19
1.3 Normatização do tema a partir da Constituição Federal de 1988: a publicidade sob o ângulo da livre iniciativa, da liberdade de expressão e de comunicação.....	24
1.4 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a colisão entre a veiculação da publicidade e a defesa do consumidor.....	33
CAP. 2 – A CRIAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE A INFÂNCIA E O CONSUMO	
2.1 A tutela da criança: breve incursão histórica.....	39
2.2 A formação do mercado de consumo infantil a partir da experiência da indústria de roupas americana: a mercantilização da infância.....	43
2.3 A criança como sujeito de direitos: apontamentos sobre a proteção internacional dos direitos humanos, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente.....	49
CAP. 3 – A PUBLICIDADE INFANTIL	
3.1 Por que não regular a publicidade infantil?.....	57
3.2 Por que regular a publicidade infantil?.....	63
3.2.1 A interferência da atividade publicitária no exercício do poder familiar.....	63
3.2.2 Mecanismos adotados para elaborar publicidade infantil: o uso da psicologia, a criação de livros infantis, o licenciamento e a veiculação de mensagens publicitárias nas escolas.....	73
3.2.3 Iniciativas adotadas para combater a veiculação de publicidade infantil abusiva.....	81
CAP. 4 - A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL	
4.1 Efeitos nocivos da publicidade infantil: a mercantilização da violência, a fidelização às marcas, a obesidade infantil e o estímulo ao consumo de produtos nocivos à saúde.....	90
4.2 A insuficiência da contrapublicidade como sanção para publicidade infantil ilícita e o problema do merchandising infantil.....	102
4.3 Regular é censurar?.....	114
CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS.....	124
ANEXO A.....	134
ANEXO B.....	144
ANEXO C.....	151
ANEXO D.....	152

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetivou analisar a necessidade de regulação das práticas publicitárias dirigidas às crianças na realidade brasileira, a partir dos referenciais postos no ordenamento jurídico brasileiro desde 1978, ocasião em que foi editado o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP).

Para tanto, foram estabelecidos como objetivos específicos: a) estudar a efetividade das normas que disciplinam a publicidade infantil; b) analisar se os mecanismos de controle têm sido eficazes; c) verificar a ocorrência algumas conseqüências da publicidade abusiva.

Inserido no modelo cultural referido por Antônio Herman Benjamin (BENJAMIN, 1994, p. 47), que considera a publicidade um instrumento de controle social, essa dissertação vislumbrou estudar a efetividade das normas já estabelecidas, sejam jurídicas, a exemplo da Constituição Federal de 1988 (CF/88), do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC), sejam meramente éticas, como é o caso do CBAP. Nessa senda, pretendeu analisar os mecanismos, estatais ou privados, empregados com vistas a debelar a situação de abuso, bem como os efeitos práticos que tem produzido.

Também se afiguraram essenciais as conseqüências mais evidentes da publicidade abusiva, quais sejam: a mercantilização da violência; a fidelização às marcas, que culmina na opção pelo consumo de determinado produto desde tenra idade, prejudicando, portanto, a formação de senso crítico sobre o que se está adquirindo; a obesidade infantil e o estímulo ao consumo de produtos nocivos à saúde, como é o caso de cigarros e de bebidas alcoólicas.

Para a consecução do fim proposto pelo presente trabalho, seguiu-se o método hipotético-dedutivo, que se iniciou com uma análise da realidade de uma forma geral, consistente na explicação dos conceitos mais relevantes da publicidade, e atingiu-se um ponto específico, qual seja, a abordagem jurídica da publicidade infantil no Brasil, sendo empregadas técnicas de pesquisa bibliográfica utilizando elementos da Teoria do Direito do Consumidor.

Assim, no primeiro capítulo, tratou-se da publicidade de forma geral, de molde a permitir ao leitor a familiarização com o tema. Nessa senda, após a explicação de conceitos como marketing, propaganda e publicidade, procedeu-se à explanação da transição por que

passou a publicidade – de informação a persuasão – salientando-se os efeitos nefastos dessa modificação na forma de elaborar a mensagem publicitária, problemas que são acentuados quando se está diante de publicidade abusiva.

Após as considerações sobre os modelos de controle da publicidade, quais sejam, exclusivamente privado, estatal e misto, chegou-se ao Conselho de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), criado, no Brasil, em 1980. Apresentadas as vantagens e desvantagens do modelo privado, elucidou-se a importância de uma atuação concertada entre o órgão autorregulamentar e o Estado.

Também se procurou inserir o leitor no debate sobre a proteção da atividade publicitária no viés da livre iniciativa, da liberdade de expressão e de comunicação, trazendo-se, para tanto, opiniões de juristas renomados, tanto a favor quanto contrariamente à tutela da publicidade como direito fundamental. Feitas essas anotações, passou-se à discussão sobre a solução de eventual colisão entre o direito de anunciar e o direito do consumidor, com base na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo, por sua vez, voltou-se à criação da relação entre a infância e consumo, tendo como sustentáculo as considerações de Joel Bakan acerca da mudança de perspectiva sobre a criança, que culminou na edição de legislações para protegê-la, bem como de Daniel Thomas Cook sobre a ascensão da indústria de roupas infantis nos Estados Unidos, cuja experiência serviu de exemplo para o surgimento de outros ramos exclusivamente voltados para o público infantil. As lições de Daniel Thomas Cook ofereceram um suporte para os apontamentos sobre tutela da criança como sujeito de direitos, em um contexto de proteção internacional dos direitos humanos.

A publicidade infantil foi efetivamente abordada no terceiro capítulo, no qual se buscou dar espaço tanto para quem não vislumbra na veiculação da comunicação mercadológica às crianças um problema quanto para aqueles que enxergam efeitos perniciosos nessa atividade. Para tanto, refletiu-se, de um lado, sobre o papel dos pais na formação dos hábitos de consumo das crianças, assim como sobre a atuação do CONAR, operacionalizada pela regulação levada a cabo pelo CBAP, e de outro, sobre as técnicas adotadas pelos publicitários, e que escapam ao controle dos pais, como é o caso do uso da psicologia, da criação de livros infantis, do licenciamento e da veiculação de publicidade nas escolas.

Nesse capítulo, buscou-se estabelecer um liame entre o arcabouço teórico formado até o momento e os resultados práticos observados em pesquisas elaboradas pelo Instituto de Pesquisas Datafolha, a pedido do Instituto ALANA. Para tanto, foram trazidas à baila a percepção dos pais acerca da publicidade dirigida às crianças, notadamente quanto à influência nas compras e à necessidade de regulação, e também a opinião da população brasileira sobre a veiculação de publicidade nas escolas, sempre sob uma perspectiva crítica.

Além disso, buscou-se noticiar as iniciativas que vem sendo adotadas com o fito de combater os abusos verificados na publicidade. Dessa forma, foram tecidas considerações sobre a atuação do Yale's Rudd Center for Food Policy and Obesity, sobre ações civis públicas ajuizadas no Brasil a fim de frear anúncios que desrespeitam a condição de pessoa em desenvolvimento da criança, e também sobre projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e em alguns Estados da federação brasileira.

O quarto capítulo, então, teve como mister a apresentação dos efeitos nocivos da publicidade infantil, especialmente a partir: a) dos dados divulgados pelo Yale's Rudd Center for Food Policy and Obesity nos relatórios "Trends in television food advertising: progress in reducing unhealthy marketing to young people?", elaborados em 2010 e 2011, mormente em razão de a publicidade, atualmente, ser desenvolvida de forma mundializada; b) da ausência de resultado prático do Children's Food and Beverage Advertising Initiative (CFBAI), firmado em 2006 por companhias de alimentos, com vistas a reduzir a exposição de crianças à publicidade de produtos não saudáveis; c) da pesquisa levada a cabo pelo Instituto Datafolha, com o mister de investigar qual a opinião dos pais sobre a publicidade de alimentos de baixo teor nutricional.

A condição de pessoa em desenvolvimento da criança, por sua vez, foi ressaltada quando se tratou da ineficácia da contrapublicidade, bem como do merchandising infantil, objetivando-se, dessa feita, reforçar a argumentação sobre a necessidade de uma regulação estatal da atividade. No que pertine ao merchandising infantil, elaborou-se pesquisa com base em episódios da telenovela "Carrossel", exibida pelo Sistema Brasileiro de Telecomunicações (SBT), a fim de apurar se o programa estaria veiculando publicidade disfarçada, preocupação que surgiu após críticas formuladas pelo movimento "Infância Livre do Consumismo" e pelo Instituto ALANA.

Por fim, buscou-se refletir se a regulação da publicidade infantil pode ser considerada como censura, especialmente em vista da existência e do funcionamento do sistema de

proteção dos direitos do consumidor existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa ocasião, foram tecidas considerações sobre uma eventual regulação do tema empreendida pelo Estado.

A pesquisa estruturou-se sob as formas bibliográfica e empírica. A primeira, que contou com o balanço dos resultados obtidos até o presente momento na doutrina jurídica, nos casos decididos pelo CONAR e em tramitação na Justiça brasileira, foi fundamental no desenvolvimento dos objetivos vislumbrados. A análise das obras existentes apresentou-se como o ponto principal da pesquisa, sendo basilares o levantamento e estudo das obras que tratam do tema proposto.

A pesquisa empírica, por sua vez, teve como mister analisar quantitativa e qualitativamente 10 (dez) episódios da telenovela infantil “Carrossel”, a fim de apurar se estaria ocorrendo veiculação de merchandising. Estabelecidos critérios para a análise, assistiu-se aos episódios e, então, elaborou-se tabela, de sorte a sistematizar os dados e permitir uma melhor visualização dos resultados.

A pesquisa proposta estrutura-se sob a concepção exploratória, baseada em dados primários, isto é, colhidos pela própria autora do presente trabalho quando da análise dos capítulos da telenovela “Carrossel”, bem como secundários, ou seja, reflexões críticas acerca de resultados encontrados por outros pesquisadores. A rotina, na fase inicial da pesquisa, constou da leitura da bibliografia geral coletada, com a produção de fichamentos; análise em periódicos, permitindo discussão recente da matéria, comparação e análise crítica, notadamente a partir do mapeamento e confronto dos argumentos a favor e contra a publicidade dirigida às crianças. Em seguida, foram sistematizados dados obtidos, tendentes à formação do arcabouço teórico, para, ao final ser feita uma análise qualitativa da bibliografia, permitindo-se, dessa feita, a formação de uma opinião acerca da necessidade de regulação da publicidade dirigida às crianças.

CAP. 1 - A PUBLICIDADE

1.1 De informação a persuasão: a publicidade como verdadeiro estilo de vida

O tema que será analisado insere-se na área de Direito do Consumidor, com vínculos estreitos com a Teoria dos Direitos Fundamentais. Pressupõe que a publicidade direcionada ao público infantil implica a formação de hábitos de consumo e, embora conte com mecanismos existentes e adotados para debelar a situação de abusividade, algumas situações ainda não foram devidamente normatizadas. O estudo parte da realidade conjuntural brasileira, considerando como marco temporal inicial o ano de 1980, a partir de quando foi possível destacar uma primeira normatização.

Antes de adentrar propriamente no tema, são necessárias algumas distinções conceituais entre marketing, propaganda e publicidade. Essa diferenciação faz-se mister em vista de preocupações com a terminologia correta, contudo, não é raro encontrar autores que se utilizam das palavras como sinônimos. O próprio constituinte, conforme assinalado por Clèmerson Merlin Clève, menciona a mensagem publicitária como propaganda comercial, no art. 220, §4º, da CF/88, e como publicidade, no art. 37, §1º, da CF/88 (CLÈVE, 2005, p. 276).

O marketing, se comparado com a propaganda e a publicidade, pode ser caracterizado como um processo mais abrangente de elaboração de mensagem, uma vez que se afigura como um método de analisar as necessidades do consumidor, e a partir de então, delimitar que produtos ou serviços irão ao encontro dessas demandas. Assim, consubstancia mecanismos de estudo do mercado consumidor, abarcando tanto momentos prévios à criação quanto posteriores à utilização do produto ou serviço, realizando verdadeiro acompanhamento do bem ofertado. Dessa feita, pode-se inferir que a publicidade configura uma etapa desse processo mais geral que é o marketing (LOPES, 1992, p. 150).

Por sua vez, entende-se por propaganda a disseminação de ideia com vistas a incentivar alguma preferência de cunho político, social ou religioso. É de salientar que não se volta à prestação de informações acerca das características de produtos ou serviços, o que, de outra parte, consiste em papel da publicidade (DENARI, 1992, p. 135).

A publicidade, então, como espécie do marketing, configura uma etapa importante da promoção do produto ou serviço no mercado, já que se apresenta como uma forma de ofertar,

comercialmente e de forma massificada, uma mensagem por intermédio de um veículo de comunicação. Objetiva, primariamente, a divulgação da existência bens no mercado de consumo, e para tanto, demanda a criação de uma comunicação mercadológica por uma agência publicitária.

São essenciais na elaboração da publicidade, portanto, o fornecedor ou anunciante, já que patrocina a formulação da mensagem publicitária; a agência publicitária, que recebe a incumbência de transmutar o produto ou serviço em mensagem; e, por fim, o veículo de comunicação, cujo papel é promover a disseminação da mensagem publicitária (BENJAMIN, 1994, p. 30-31). Resta evidenciado, portanto, o caráter eminentemente comercial da publicidade, o que permite distingui-la da propaganda, que carece desse interesse de lucro (CLÈVE, 2005, p. 276).

Feitas essas considerações, cumpre discorrer sobre a publicidade como informação. Dado que a publicidade anuncia um produto ou serviço, ela é vista, frequentemente, como aspecto do direito à informação, previsto na CF/88 no art. 5º, XIV, cujo teor é o seguinte: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (CLÈVE, 2005, p. 258). E isto ocorre em vista da grande importância da informação para proteção dos direitos do consumidor, tanto que chegou a ser erigida pelo art. 6º, III, do CDC como direito básico, conforme se observa a seguir:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

E tal não poderia ser de outra forma. Com efeito, a informação afigura-se como algo essencial para o exercício do direito de escolha no mercado, notadamente em vista da distorção informacional fática entre consumidor e fornecedor, a qual é acentuada pela crescente evolução tecnológica dos produtos e serviços. Essa circunstância contribui para o agravamento da disparidade de conhecimento entre as partes da relação de consumo, demandando, portanto, o preenchimento da lacuna informacional de forma mais contundente, especialmente em vista da possibilidade de criação de sérios riscos ao consumidor, por conta da sua vulnerabilidade, que se reveste, dentre outros, de caráter técnico (LÔBO, 2001, p. 66-68). Nessa senda, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin considera o direito a

informação como um dos mais importantes assuntos relativos à tutela consumerista (BENJAMIN, 1994, p. 29).

É importante ter em mente que a informação deve ser vista sob as óticas de ambos participantes da relação de consumo, ou seja, do fornecedor e do consumidor. Sob a primeira perspectiva, revela-se uma autorização do ordenamento jurídico de veicular comunicação mercadológica acerca de produto ou serviço lícito, uma permissão lógica, principalmente em vista de a publicidade apresentar-se como etapa essencial para que o bem chegue ao conhecimento do consumidor e desperte a intenção de consumo, permitindo, dessarte, a circulação de riquezas numa economia de mercado.

Não se deve olvidar, contudo, que dito direito de anunciar também ocasiona o surgimento de um dever de informar, oriundo do princípio da boa-fé objetiva, com vistas a orientar condutas pautadas na lealdade e na confiança, empreendendo, dessarte, uma proteção do consumidor mais completa (LÔBO, 2001, p. 66-68).

A segunda perspectiva, de outra parte, denota um direito à informação adequada, que não se revista de enganosidade ou abusividade, de modo a proporcionar a participação na relação de consumo com autonomia. Esse direito também envolve aspectos relativos ao conhecimento do produto, cuja importância é inegável para o exercício da liberdade de escolha de forma mais completa; ao paralelismo entre anúncio e produto ou serviço adquirido, denotando transparência na relação; e também à divulgação da mensagem como algo inequivocamente voltado para a promoção de determinado produto ou serviço, isto é, com caráter eminentemente comercial (CLÈVE, 2005, p. 273), em respeito ao princípio da identificação da mensagem publicitária, previsto no art. 36 do CDC, a seguir colacionado: "Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal". O direito do consumidor à informação, portanto, volta-se a uma conduta que pode ser exigida do fornecedor (LÔBO, 2001, p. 62).

É interessante ter em consideração que a publicidade afigura-se como um emblema da sociedade de massas e da informação (CLÈVE, 2005, p. 273-274), denotando uma despersonalização das relações, num ambiente em que vigora o anonimato (MELLO, 2000, p. 123). Está intimamente relacionada com a transformação no contato entre vendedor e comprador, que deixou de ser predominantemente travado diretamente, com discussão dos direitos e obrigações de ambas as partes, para se desenvolver em um ambiente mais abrangente, no qual há a propagação da oferta a adquirentes em potencial, demandando,

portanto, a comunicação de massa para a formação da relação.

O estudo da publicidade, todavia, não deve estar adstrito apenas ao seu aspecto informativo numa sociedade de massas, isto é, não se deve vislumbrar no fenômeno publicitário uma mera forma de proporcionar informações sobre produtos e serviços. Com efeito, é de suma importância a análise dos danos que podem ser causados pela comunicação mercadológica, haja vista o fato de se consubstanciarem em ofensas difusas, ou seja, dispersas por toda a sociedade, não se podendo, portanto, divisar com precisão quem são as vítimas da conduta danosa.

E não é por outro motivo que o CDC, inaugurando o capítulo que versa sobre as práticas comerciais, as quais abarcam a publicidade, dispõe no 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". Esse comando normativo está assim redigido em vista de serem utilizados os veículos de comunicação de massa para a disseminação da mensagem publicitária, o que denota a necessidade de uma tutela difusa. Sobre esse assunto, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin anota que a publicidade ilícita, geralmente, acarreta danos a toda a coletividade (BENJAMIN, 1994, p. 29).

Cumprе salientar que a prevenção e repressão de danos na seara publicitária está compreendida, consoante lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, num processo mais geral de tutela da dignidade da pessoa humana, notadamente em razão de a atividade se desenvolver em um espaço despersonalizado, elemento que não pode ser ignorado pela ordem jurídica, bem como por se tratar de relação em que há presunção de desigualdade entre os sujeitos, o que demanda, portanto, a correção da distorção e consequente realização do equilíbrio material (LÔBO, 2001, p. 60-61).

Dentre os danos que podem ser causados pela publicidade ilícita, inserem-se aqueles relacionados a um viés da publicidade que vem ganhando corpo desde os anos 1920, isto é, o de persuasão. Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin ensina que dessa década a 1950, houve modificação importante na forma de elaboração da mensagem publicitária, que adquiriu, então, um caráter de incitação ao consumo, sendo conhecida como "lifestyle advertising" ou publicidade de estilo de vida. É interessante observar que, a partir de então, o fenômeno publicitário vem adotando técnicas que enfatizam a imagem em detrimento da informação, a emoção frente à razão e, dessa forma, o desejo em face da necessidade (BENJAMIN, 1994, p. 27-28).

De forma bastante perspicaz, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin identifica um paradoxo na veiculação da publicidade na era da informação, já que, em seu entender, ocorreu um verdadeiro abandono da informação, a qual foi colocada em segundo plano pela persuasão. Uma frase resume bem a ideia do autor: "é a era da publicidade plena de sugestão e escassa de informação" (BENJAMIN, 1994, p. 47).

Sobre a distinção entre publicidade e informação em sentido estrito, Paulo Luiz Netto Lôbo leciona que a primeira objetiva a atração e o incremento no consumo, ao passo em que a segunda vislumbra exteriorizar dados que proporcionem o conhecimento dos produtos e serviços (LÔBO, 2001, p. 71), com o que concorda Heloísa Carpena Vieira de Mello, para quem a publicidade tem um claro viés de fomento ao consumo, mais do que informativo (MELLO, 2000, p. 124).

Pode-se asseverar, portanto, que a publicidade, hodiernamente, ultrapassa o simples mister de informação, chegando a ter grande relevância para a análise dos padrões de comportamento da sociedade contemporânea, dado o seu poder de sugestão. E é tamanha a importância do fenômeno publicitário para esse estudo que Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin aduz que "onde existir sociedade de consumo presente também estará a publicidade". Bastante ilustrativas sobre a ubiquidade do fenômeno publicitário, nesse sentido, são as formas de disseminação da publicidade, encontrada, exemplificativamente, nos veículos de comunicação social, nas vias públicas, nos esportes (BENJAMIN, 1994, p. 28).

Insta salientar que as considerações sobre o poder persuasivo da publicidade não restam adstritas à seara doutrinária. Com efeito, fazem parte, por exemplo, da argumentação utilizada pela Procuradoria Geral da República (PGR) em manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria contra o art. 3º, §§2º, 3º, 4º e 5º da Lei n.º 9294/96, que disciplina a publicidade do tabaco. Nessa peça, a PGR afirma que o consumo decorre dos valores da sociedade, bem como que a publicidade tem por mister influenciar a demanda por determinado produto ou serviço a partir de uma interferência nesses valores¹. Ou seja, para além de meras reflexões de caráter teórico, a persuasão na publicidade tem impacto prático, pois é, inclusive, reconhecida em processos cuja relevância social é evidente, o que denota a sua importância para o estudo do controle da

¹ Ministério Público Federal. **Manifestação da Procuradoria Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcesoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 3 ago. 2012. p. 770-771.

publicidade.

Não se deve olvidar que a disseminação da publicidade por todos os espaços sociais, assim como a despersonalização do mercado e a utilização de métodos altamente persuasivos contribuem para uma fragilização do consumidor frente aos danos que podem ser causados por essa atividade, notadamente em razão da impossibilidade de defesa individual, bem como ante a ineficácia dessa defesa solitária. Daí exsurge a importância do papel do Estado para a tutela do mercado consumidor, de molde a imprimir uma proteção coletiva (BENJAMIN, 1994, p. 36).

E já que a publicidade deve ser controlada por causar danos, convém tecer considerações sobre que aspectos importa levar em conta para que essa regulação seja feita. Há quem entenda que a publicidade deve ser controlada com vistas a permitir a concorrência entre os fornecedores, ótica que recebe o nome de modelo concorrencial. Vê-se, contudo, que se trata de visão limitada, pois coloca em primeiro plano o interesse dos fornecedores, buscando o saneamento do mercado em homenagem ao interesse empresarial, o que, entretanto, apenas reflexamente interessa ao direito do consumidor, razão pela qual goza de maior relevância na seara do direito empresarial.

De outra parte, alguns doutrinadores veem no controle da publicidade uma forma de assegurar a circulação de informações sobre produtos e serviços, perspectiva que é conhecida como modelo informativo. Todavia, está-se diante de argumentação insuficiente para subsidiar uma regulação mais consentânea com os desafios contemporâneos, em vista das considerações feitas acima sobre o poder de persuasão da publicidade.

A persuasão, por sua vez, é enfatizada por dois modelos, quais sejam, o de manipulação de preferências e o cultural. Para o primeiro, deve-se vislumbrar a mitigação de abusos no uso do poder de persuasão, enquanto que, para o segundo, objetiva-se controlar a publicidade ante a possibilidade de alteração de padrões culturais (BENJAMIN, 1994, p. 42).

A persuasão na publicidade afigura-se como algo que lhe confere grande poder social, de acordo com os ensinamentos de Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, especialmente em vista da utilização de mecanismos refinados para alcançar o objetivo de convencimento (BENJAMIN, 1994, p. 30). Dito poder, sob a ótica do modelo cultural da publicidade, é manifestado pela capacidade de influenciar a sociedade culturalmente, alterando padrões, como é o caso, por exemplo, da construção e reforço de estereótipos.

Esse dado cultural ganha relevo quando se está diante de publicidade abusiva, a qual,

como se verá, ofende valores caros à sociedade. A construção de padrões culturais conduz a dificuldades de avaliação crítica sobre as mensagens, configurando, assim, argumento importante para disciplinar a publicidade (BENJAMIN, 1994, p. 47).

É interessante observar que a preocupação com o controle da publicidade afigura-se como uma característica do direito privado contemporâneo que, no Brasil, decorre diretamente de imposição constitucional, como será visto mais adiante. Conforme anota Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, o direito privado clássico carecia de institutos que proporcionassem a tutela mais efetiva do consumidor em face do fenômeno publicitário (BENJAMIN, 1994, p. 39). Em consonância com essa lição, Paulo Luiz Netto Lôbo anota que a publicidade não mereceu maiores preocupações até que se formulasse o direito do consumidor como disciplina jurídica autônoma, principalmente por se conceder relevo, na ocasião, ao princípio da livre iniciativa e, dessarte, ao fomento das atividades do mercado, sendo o fenômeno publicitário encarado apenas como algo que atraía o consumidor (LÔBO, 2001, p. 71).

Todos os fatores que vem sendo apontados ao longo deste tópico – modificação na forma de contratação, despersonalização do mercado, transformação da informação em persuasão, influência na mudança de padrões culturais – contribuem para a ideia de que o consumidor precisa ser protegido face ao fenômeno publicitário. Por essa razão, o CDC estatuiu regras para tutelar a parte presumidamente mais fraca da relação, exigindo que a publicidade, para ser lícita, seja adequada, suficiente e veraz, conforme previsão contida no art. 31, trazido à baila:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Ilícita será a publicidade enganosa ou abusiva. Por enganosa, entende-se a comunicação mercadológica em que o produto ou serviço diverge da realidade; e abusiva, quando há ofensa a valores morais ou discriminação a determinadas pessoas ou grupos (LÔBO, 2001, p. 71). Vale, nesse momento, transcrever o teor do art. 37 do CDC, que disciplina essas situações:

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

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

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

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

Não é demais ressaltar que a abusividade guarda pertinência com o desrespeito a valores da sociedade em que a publicidade será disseminada, e não com o dever de informação. Com efeito, pode haver respeito a dito dever e, simultaneamente, ofensa a esses elementos morais (MELLO, 2000, p. 127).

As reflexões feitas até o presente momento serviram para evidenciar que a publicidade, um discurso eminentemente comercial, para além de informação, possui, atualmente, um manifesto mister persuasivo, que não pode ser ignorado pela ordem jurídica, notadamente pelo fato de o fenômeno publicitário gozar de poder de influir culturalmente na sociedade, bem como de causar danos difusamente. Após, serão empreendidas considerações sobre a forma de disciplina da publicidade.

1.2 O surgimento do Conselho de Autorregulamentação Publicitária e a edição do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária: o sistema de controle pelos próprios agentes do mercado publicitário

Assentado que a publicidade precisa ser controlada, resta analisar em que moldes deve se ocorrer essa disciplina. Existem três modelos de regulação do fenômeno publicitário, quais sejam: privado, estatal e misto. Após as considerações sobre cada um, será apontado qual deles adotou-se primeiramente no Brasil e qual está em vigor atualmente.

O primeiro modelo consiste em mecanismo por intermédio do qual são estatuídas regras pelos próprios agentes do mercado publicitário, razão por que é chamado de modelo

privado ou autorregulamentar, já que as normas a que se submetem os publicitários e veículos de comunicação emanam de uma organização não-estatal. Consoante as lições de Mario Frota, para empreender a autodisciplina, os agentes editam códigos de comportamento, os quais são aplicáveis apenas a um setor ou a outros setores afins, que guardem pertinência com a atividade que está sendo regulamentada (FROTA, 1992, p. 44). Sobre o assunto, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin anota que esse controle interno consiste em uma tentativa de conferir proteção a situações que ensejaram o surgimento do movimento consumerista e, dessa forma, afastar a regulamentação estatal do setor (BENJAMIN, 1994, p. 49).

Mario Frota aponta algumas vantagens da autodisciplina, a saber: a flexibilidade dos processos na solução dos conflitos e a possibilidade de o Estado empreender esforços em outras áreas que estejam mais necessitadas de tutela. Não deixa, entretanto, de identificar desvantagens, a exemplo do exercício de atribuições estatais por entes privados, configurando verdadeiro abandono da função legiferante, bem como a possibilidade de não se oferecer uma defesa efetiva contra os abusos perpetrados no mercado publicitário (FROTA, 1992, p. 46-47).

Pelo segundo modelo, a normatização e a fiscalização do setor publicitário são realizadas pelo Estado, sem qualquer participação, portanto, de entes privados. Nessa senda, eventuais códigos de conduta estatuídos por esses entes não-estatais carecem de importância para a solução de controvérsias no mercado publicitário.

Por fim, há o modelo misto, em que se combinam as atuações de entes privados e do Estado. De acordo com Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, o Brasil, afinado com vários outros países, optou por esse sistema de tutela contra abusos no setor publicitário após a CF/88 (DIAS, 2010, p. 41).

Antes da edição da CF/88, houve a adoção, no Brasil, do modelo privado, com a elaboração do CBAP em 1978, por ocasião do III Congresso Brasileiro de Propaganda, e com a criação do CONAR em 5 de outubro de 1980, contando com a participação de anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação (DIAS, 2010, p. 41-42).

É de salientar que inauguração do CONAR vislumbrou impedir que fosse empreendida uma forma de censura à atividade publicitária (OLIVETTO, 2011, p. 11), já que havia rumores de o governo federal tencionava criar uma lei que impusesse a necessidade de uma avaliação prévia à veiculação dos anúncios, com a criação de um departamento

específico para controlar a publicidade². Trata-se do primeiro órgão criado com esse objetivo na América Latina, tendo servido de exemplo para outros países, como é o caso do México, Chile, Colômbia, Costa Rica, Paraguai e Uruguai (COUTINHO, 2011, p. 32-33).

À época de sua instalação, o CONAR consubstanciava verdadeira reação à possibilidade de supressão da liberdade de expressão comercial, tendo como mister, ademais, a fiscalização do setor para velar pela ética, pelos interesses dos profissionais e dos consumidores (DIAS, 2010, p. 41). Nessa senda, o CONAR recebe denúncias dos consumidores, de autoridades, de seus associados ou da própria diretoria do CONAR (TOFFOLI, 2011, p. 68), decidindo sobre elas com base em seu CBAP, e afigura-se, de acordo com Clèmerson Merlin Clève, um exemplo de autogoverno digno de nota (CLÈVE, 2005, p. 260).

Havendo o recebimento de denúncia, o Conselho de Ética, órgão máximo de fiscalização e julgamento, delibera, proporcionando a oportunidade de o acusado de veicular publicidade em desacordo com as normas do CBAP se defender. Decidindo pela procedência da denúncia, o CONAR possui três alternativas, quais sejam: realizar advertência ao anunciante e à agência publicitária; propor a suspensão da difusão da mensagem publicitária aos veículos de comunicação; recomendar ao anunciante e à agência publicitária que modifiquem a publicidade.

O CONAR ressalta que, desde a sua criação, processou mais de 7 (sete) mil denúncias, efetuando várias conciliações entre associados. Sobre a sustação da veiculação, existe a possibilidade de o CONAR fazê-lo liminarmente, caso seja detectada ofensa flagrante ao CBAP, suspensão que pode ocorrer em poucas horas após a denúncia³.

A atuação do CONAR, ademais, é interessante por configurar um controle especializado, uma vez que seus julgadores, por serem integrantes do setor publicitário, possuem conhecimentos técnicos para analisar a adequação da publicidade aos preceitos do CBAP.

É importante ter em consideração, contudo, que o modelo de controle privado não é indene de críticas. Mario Frota, por exemplo, entende que proteção guarda íntima relação com regulamentação por intervenção legislativa, sendo a autorregulamentação expressiva de uma

² CONAR. **Uma breve história do CONAR.** Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/>>. Acesso em 17 ago. 2012.

³ *Idem, ibidem.*

preocupação direta com o saneamento da concorrência no mercado e, apenas de forma reflexa, com a tutela dos consumidores, cuja defesa pode não corresponder exatamente àquela demandada para as empresas (FROTA, 1992, p. 42-45). Para Iain Ramsay, por sua vez, a regulação privada da publicidade consubstancia mais uma questão política do que de conhecimento técnico (RAMSAY, 1992, p. 36).

A opinião de Daniel Sarmento sobre o assunto merece atenção especial, por fazer uma ponte entre a produção de normas e a legitimidade democrática. Em seu ponto de vista, o modelo autorregulamentar denota uma flexibilização no monopólio estatal da produção de normas, uma vez que uma instância privada, cujo poder social é inegável, arvora-se da prerrogativa de estabelecer regras de comportamento sem, todavia, passar pelo crivo dos instrumentos de legitimação democrática das leis, prejudicando, dessa forma, o controle dessas normas pela população. O autor salienta que essa atuação, que conta com a conivência do Estado, pode ser encarada como um risco para os direitos humanos, notadamente por serem toleradas novas formas de opressão (SARMENTO, 2010, p. 60).

A crítica de Daniel Sarmento afigura-se bastante pertinente, já que o CBAP normatiza um setor que possui influência importante sobre a sociedade, especialmente sob o ponto de vista cultural, conforme visto no tópico anterior, não tendo sido, no entanto, votado democraticamente como a CF/88 e o CDC, mas sim discutido no seio do próprio setor publicitário. Está-se diante, portanto, de uma regulamentação privada de interesses que afetam a sociedade sem, entretanto, a participação desta.

Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, a seu turno, afirma que a publicidade regulada pelo próprio mercado apresenta-se como característica apenas dos países menos desenvolvidos, além do que a autorregulamentação não tem se mostrado como algo efetivo. Em acréscimo, anota que o controle privado pode ser considerado como uma mera garantia ilusória dos direitos do consumidor, isto é, apenas simbólica, não gozando de crédito perante muitos juristas, especialmente por não se afigurar eficaz quando se trata de publicidade abusiva (BENJAMIN, 1994, p. 47-50).

Uma crítica bastante comum à autorregulamentação diz com a ausência de cogência das normas autorregulamentares. De fato, o CBAP, por não ser lei, não goza de obrigatoriedade para todos os agentes do mercado, mas somente para os integrantes do CONAR, sendo, portanto, simplesmente "interna corporis", motivo pelo qual muitos doutrinadores vislumbram limitação em sua eficácia, como é o caso de Evelena Boening

(BOENING, 1992, p. 206) e de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (DIAS, 2010, p. 43).

É de ressaltar que Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin leciona que a edição do CBAP não exclui o papel do Estado, entendendo mais consentânea com a tutela do consumidor uma atuação concertada, ou seja, a adoção de um controle misto (BENJAMIN, 1994, p. 51-52), com o que concordam Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (DIAS, 2010, p. 43) e Mario Frota (FROTA, 1992, p. 49).

Carlos Alberto Bittar, de outra parte, salienta que, embora o CONAR venha praticando, desde 1980, ações com vistas ao estabelecimento de padrões éticos no mercado publicitário, sua atuação não foi suficiente para evitar a veiculação de várias mensagens que desrespeitaram o CBAP em todos os meios de comunicação, motivo pelo qual a adoção do modelo misto, a partir da promulgação da CF/88 e da edição do CDC, afigurou-se imperativa. As normas legais, nesse passo, permitem que haja controle da publicidade desde o momento inicial, isto é, desde a sua gestação na agência publicitária, evitando-se, assim, que sejam elaboradas comunicações mercadológicas ilícitas. Outra vantagem evidente do modelo misto reside na possibilidade de responsabilização civil, por intermédio dos mecanismos permitidos pelo direito do consumidor (BITTAR, 1992, p. 127-128).

E o atrativo do modelo misto está justamente na possibilidade de diversificação das formas de tutela, bem como na chance de combinar os aspectos positivos dos sistemas autorregulamentar e estatal. Quanto às formas de tutela, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin ensina que pode ser repressiva, reparatória ou preventiva, haja vista contar com a participação do Poder Judiciário, circunstância que autoriza a concessão da proteção mais adequada ao caso concreto (BENJAMIN, 1994, p. 52).

Enquanto que o modelo de controle privado é interessante por ser técnico, já que empreendido por profissionais que atuam na área publicitária e versados nas técnicas de persuasão adotadas pelo setor, o estatal possui obrigatoriedade, não dependendo, dessa feita, da adesão dos agentes a um código de ética.

1.3 Normatização do tema a partir da Constituição Federal de 1988: a publicidade sob o ângulo da livre iniciativa, da liberdade de expressão e de comunicação

Conforme assinalado no tópico anterior, a adoção do controle misto da publicidade no Brasil ocorreu com a promulgação da CF/88, denotando uma sensibilização do Estado em relação às consequências dessa atividade para os consumidores, especialmente em vista de seu caráter difuso e, conseqüentemente, da possibilidade de causar danos a toda a sociedade. Com efeito, a Carta Magna estatuiu, no art. 5º, XXXII, que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", dispositivo que, combinado com o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), cujo teor é "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor", determinou a edição do CDC.

Claro está, portanto, que o CDC é decorrência de imposição constitucional. Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, baseando-se nas lições de Fábio Konder Comparato, leciona que essa preocupação estatal reflete o mister de transformação da ordem jurídica brasileira, com vistas a despi-la do caráter de individualismo anárquico que lhe era peculiar até o advento da CF/88 (BENJAMIN, 1994, p. 41).

Além disso, é relevante ter em consideração que a atuação do CONAR demonstrou ser insuficiente para tutelar os direitos do consumidor de forma condizente com as demandas contemporâneas, já que, conforme anota Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, no seio do controle exclusivamente privado, inexistia a possibilidade de reparação dos danos sofridos em decorrência da veiculação de publicidade ilícita, notadamente por conta de o procedimento resumir-se ao estabelecimento de advertência, de suspensão ou de correção da mensagem publicitária, sanções, portanto, limitadas.

Assim, com a edição do CDC, surgiu a possibilidade de, a partir do disposto nos arts. 30 e 36 a 38, que minudenciam em que termos deverá se dar a atividade publicitária lícita, tutelar o consumidor administrativa, penal e jurisdicionalmente, invocando a aplicação, respectivamente, dos arts. 55 a 60, arts. 66 a 69 e art. 82 do diploma legal (DIAS, 2010, p. 41-44).

Não se deve olvidar que o CDC proporcionou a organização da disciplina jurídica

sobre a publicidade, uma vez que, antes de sua elaboração, a legislação sobre o assunto era variada, não contava com uma sistematização, assim como dispunha apenas sobre determinados pontos, não abarcando, dessarte, a dimensão do fenômeno publicitário de forma satisfatória (MELLO, 2000, p. 124).

É importante ter em mente que a defesa do consumidor foi erigida, pela CF/88, em direito fundamental. Nesse momento, então, afigura-se pertinente discorrer sobre a definição de direitos fundamentais.

Consoante as lições de Paulo Luiz Netto Lôbo, direitos fundamentais são aqueles que encontraram agasalho na Constituição, bem como nas leis que a complementam (LÔBO, 2001, p. 62). Refletem, de acordo com Daniel Sarmiento, a opção por determinados valores, os quais culminam com sua disseminação por toda a ordem jurídica, gozando de influência, exemplificativamente, na atuação dos poderes constituídos. Assim, por dizerem respeito a valores morais coletivos, devem configurar preocupação de toda a sociedade, e não somente do ente estatal (SARMENTO, 2010, p. 131), notadamente por expressarem um aspecto da dignidade (BARCELLOS, 2011, p. 132).

Sobre o assunto, Ana Paula de Barcellos assinala que a doutrina divide os direitos fundamentais em 3 (três) espécies, quais sejam, direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais. Os direitos individuais guardam relação com a liberdade, voltando-se ao estabelecimento de um espaço imune à interferência estatal, sendo elucidativos dessa proteção, por exemplo, os direitos à liberdade religiosa, à liberdade civil e profissional, à liberdade de opinião, de expressão e de reunião (BARCELLOS, 2011, p. 134).

Todavia, essa dimensão de liberdade afigurou-se como insuficiente para tutelar as demandas da população por dignidade, notadamente em vista do desenvolvimento das relações no âmbito do mercado capitalista, que passaram a ser vistas como predatórias, ante a ausência de regulamentação. Por essa razão, a consagração de direitos que guardassem pertinência com a superação da opressão – identificada, a partir de então, também nos agentes sociais – tornou-se urgente. Nessa senda, inserem-se os direitos sociais, cuja proteção começou a ser empreendida entre o fim do século XIX e o início do XX (BARCELLOS, 2011, p. 135-136).

Cumprе salientar, neste passo, que os direitos fundamentais gozam de historicidade, sendo bastante abertos à mutação dos padrões culturais, conforme leciona Juan María Ubillos. Isto significa que atravessam grandes modificações – no tempo e nas sociedades – pois há

frequentes transformações na realidade sócio-política, além do que surgem continuamente novas ameaças (UBILLOS, 2008, p. 220).

Assentado, portanto, que o direito do consumidor como direito fundamental reflete a humanização de relações transindividuais, a fim de corrigir as distorções de relações desenvolvidas no âmbito do mercado (LÔBO, 2001, p. 60), denotando, então, uma busca por dignidade. Feitas essas anotações, é chegado o momento de discutir se o exercício da publicidade pode ser inserido na categoria de direito fundamental, com base nas disposições constitucionais que frequentemente são invocadas para se tratar da matéria.

Primeiramente, cumpre tecer considerações sobre a relação entre a publicidade e a livre iniciativa. A publicidade, conforme assinalado anteriormente, constitui mecanismo por intermédio do qual os participantes da relação de consumo entram em contato, na medida em que o fabricante de produto ou fornecedor de serviço faz chegar ao conhecimento dos consumidores a existência do bem que pode oferecer. Nesse sentido, objetiva proporcionar a circulação de riqueza, sendo, dessa feita, importante instrumento da livre iniciativa, cuja tutela está prevista no art. 170 da CF/88:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; *VII - redução das desigualdades regionais e sociais;*

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A livre iniciativa, por sua vez, consubstancia fundamento da ordem econômica, e para

Clèmerson Merlin Clève, a atividade publicitária afigura-se como essencial para o exercício da liberdade de iniciativa e da livre concorrência (CLÈVE, 2005, p. 275), não existindo livre concorrência sem atividade publicitária (CLÈVE, 2005, p. 263), com o que concorda Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, cujo entendimento é no sentido de enquadrar a atividade publicitária como algo essencial para o funcionamento do mercado, viabilizando a competição (DIAS, 2010, p. 35).

Contudo, importa ressaltar que a livre iniciativa não se afigura como algo destituído de limites. De fato, deve ser exercida tendo em vista, dentre outros princípios, a defesa dos consumidores, erigido simultaneamente à categoria de direito fundamental, conforme salientado anteriormente, e à de princípio limitador da ordem econômica, como se depreende do artigo colacionado acima. Nessa senda, consoante ressalta Vidal Serrano Nunes Júnior, há a permissão para que espaços sejam conquistados no mercado, no entanto, também existem limitações para essa atividade (NUNES JÚNIOR, 2008, p. 842-843).

É sabido que, para se concretizar, a publicidade requer a participação da agência de publicidade, a qual desenvolve a comunicação mercadológica que será disseminada pelo veículo de comunicação, razão pela qual também envolve considerações sobre a liberdade de expressão e de comunicação. Cumpre ter em mente, entretanto, que a consagração da atividade publicitária como liberdade de expressão e, portanto, direito fundamental, se trata de tema polêmico, consoante advertência de Heloísa Carpena Vieira de Mello (MELLO, 2000, p. 126).

Vejamos, então, como tem sido travado o debate. Por um lado, há aqueles que consideram que a publicidade está amparada pelo manto da liberdade de expressão, como é o caso de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, para quem a publicidade é protegida por consistir em manifestação do intelecto, podendo, inclusive, ser considerada como atividade artística, uma vez que, “embora apresentem finalidade comercial, as peças publicitárias são expressões de arte, consubstanciando-se em retrato cultural, crítico ou descritivo do comportamento e senso estético do indivíduo em uma determinada sociedade” (DIAS, 2010, p. 37). Ademais, a autora leva em consideração o fato de que o art. 220 da CF/88, que trata da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, regulamenta a publicidade de produtos nocivos em seu §4º (DIAS, 2010, p. 39).

Esse entendimento é, igualmente, esposado por Clèmerson Merlin Clève, para quem a publicidade também está albergada pelas liberdades de informação, de expressão da atividade

intelectual e de manifestação do pensamento (CLÈVE, 2005, p. 271). O autor admite, todavia, restrições a esse direito, notadamente as que constam do art. 37 do CDC, haja vista existir a necessidade de compatibilização entre a defesa do consumidor e a livre iniciativa (CLÈVE, 2005, p. 259).

Os agentes do mercado publicitário também consideram a publicidade como faceta da liberdade de pensamento, de criação e de expressão, sendo bastante elucidativa a respeito do assunto a opinião de Gilberto Leifert, presidente do CONAR, divulgada na Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, durante audiência pública realizada em 2005 acerca do Projeto de Lei 5921/2001 (PL 5921/2001), cujo mister é proscrever a publicidade infantil. Em seu entender, as restrições aplicáveis à publicidade seriam tão somente aquelas previstas pelo art. 220, § 4º, da CF/88, assim redigido:

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.

(...)

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Isto significa que, para Gilberto Leifert, caso não se esteja diante de produto ou serviço que se enquadre nesse dispositivo constitucional, seria vedada a proibição por intermédio de lei (LEIFERT, 2005).

De outra parte, é relevante ter conhecimento de que há quem vislumbre no direito de anunciar não propriamente o exercício da liberdade de expressão, mas em realidade, uma extensão dessa liberdade. Nesse sentido, a opinião de Virgílio Afonso da Silva, para quem não existe uma garantia expressa, na CF/88, da publicidade, o que não impede, entretanto, que essa atividade seja tutelada por meio de outros direitos fundamentais, pois ditos direitos gozam de vastos suporte fático e âmbito de proteção. Assim, o direito à publicidade estaria baseado no art. 5º, incisos IV, que versa sobre a liberdade de expressão, e IX, o qual tutela a liberdade de comunicação, bem como no art. 220, cujo teor protege a liberdade de imprensa, podendo ser inferido também a partir do art. 170, que agasalha a livre iniciativa (SILVA, 2012, p. 16). O autor, contudo, não deixa de ter em mente que esse posicionamento não é pacífico, bem como se afigura mais benéfico para os anunciantes, tendo emitido essa opinião

em parecer exarado na ADI n.º 3.311⁴.

Apesar de existir um direito de anunciar, não sendo necessário que a CF/88 aponte expressamente quais produtos e serviços lícitos podem ser ofertados no mercado, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, está-se diante de caso de direito "prima facie", ou seja, não definitivo, podendo, desse modo, ser limitado (SILVA, 2012, p. 17). Quanto às restrições a que a publicidade está sujeita, a seu turno, notadamente em decorrência do art. 220, §4º, da CF/88, Virgílio Afonso da Silva tem posição diametralmente oposta à de Gilberto Leifert, pois entende que o referido parágrafo funciona como simples cláusula de restrição.

Na ótica de Virgílio Afonso da Silva, o objetivo dessa cláusula não é estancar as possibilidades de limitação do direito, mas sim eliminar a necessidade de o legislador evidenciar que a regulação da publicidade dos produtos elencados no dispositivo é constitucional. Considerando que a própria CF/88 oferece as balizas em que deve se dar a atuação legislativa, a referida cláusula reduz o ônus argumentativo do legislador, sendo, dessa feita, perfeitamente possível que ocorram restrições em relação a outros produtos e serviços. Entretanto, caso o legislador opte por disciplinar a publicidade de determinado produto ou serviço, deverá demonstrar que é constitucional, recaindo sobre ele, assim, esse ônus argumentativo (SILVA, 2012, p. 19-20).

O autor ainda salienta que eventual restrição à publicidade não denota limitação total a um direito fundamental, pois, em seu entender, a liberdade de expressão ou a livre iniciativa são os direitos fundamentais dos quais decorre o direito de anunciar. Nessa senda, ainda que houvesse a proscrição da publicidade de determinado produto ou serviço, a limitação à liberdade de expressão ou à livre iniciativa seria apenas parcial, não significando, dessa forma, uma ofensa grave a esses direitos fundamentais (SILVA, 2012, p. 24), uma vez que são muito mais amplos⁵.

É interessante observar que Virgílio Afonso da Silva, apesar de aduzir que o direito de anunciar pode ser atribuído à liberdade de expressão, não descarta da existência de argumentação que defende a prevalência em abstrato dos direitos à vida e à saúde⁶, o que

⁴ Silva, Virgílio Afonso da. **Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 3 ago. 2012. p. 28.

⁵ *Idem, ibidem.*

⁶ *Idem, ibidem.* p. 32

permitiria a imposição de limitações à publicidade também sob esse ponto de vista.

É importante destacar que a cláusula de restrição mencionada por Virgílio Afonso da Silva funciona como o estabelecimento, pelo constituinte, de uma primazia em abstrato dos direitos à vida e à saúde sobre o direito de anunciar. Trata-se de prevalência em abstrato porque o próprio constituinte decidiu o conflito previamente à veiculação de qualquer anúncio, autorizando, então, que o legislador estabeleça padrões de comportamentos futuros para a indústria, tendo em mente, em especial, os potenciais destinatários das comunicações mercadológicas, quais sejam, crianças e adolescentes – os futuros fumantes.

Também são de grande relevo para o debate as noções trazidas pela PGR no bojo da ADI 3.311, já que ampliam o debate sobre a dualidade entre publicidade e defesa do consumidor. Não se deve deixar de ter em mente, contudo, que o raciocínio da PGR denota o reconhecimento da publicidade como liberdade de expressão, motivo pelo qual a posição desse órgão pode ser inserida dentre aquelas que reconhecem na publicidade um direito fundamental.

E esse fato já pode ser constatado a partir da leitura inicial da manifestação ministerial. Com efeito, para atingir o objetivo final de defesa da constitucionalidade de dispositivos da Lei 9294/96, a PGR parte da modificação da visão sobre os direitos fundamentais, que deixaram de ser tidos como proteção do sujeito contra a interferência estatal, para chegar à funcionalização desses direitos, no sentido de que devem ser concebidos em um panorama social, vislumbrando na atuação estatal o cumprimento de um dever, notadamente por envolver o direito à saúde.

Apoiada nas lições de Peter Häberle, a PGR afirma que se deve levar em consideração a função social das liberdades de comunicação e publicidade, enxergando-se, assim, a possibilidade de limitação a esses direitos, por se objetivar a defesa dos valores culturais vigentes numa visão de conjunto⁷, isto é, de forma harmônica e consentânea com fomento dos projetos estabelecidos pela CF/88.

Para a PGR, garantida a veiculação de informação ao consumidor sobre o produto ou serviço, estará assegurado o direito à comunicação e à informação. Em sentido contrário, havendo óbice a essa divulgação de informação, existirá violação a esse direito. Dito de outro

⁷ Ministério Público Federal. **Manifestação da Procuradoria Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.º **3.311**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 3 ago. 2012. p. 780-782.

modo: com a permissão de que o consumidor escolha entre um ou outro produto, por intermédio das informações prestadas pelos fornecedores, haverá respeito ao direito fundamental em questão⁸.

Ponto de vista bastante interessante sobre autonomia é trazido pela PGR, já que, em seu entender, a legislação discutida não proscree a atividade de fumar, mas apenas impõe restrições ao anúncio dos produtos fumíferos. Nessa senda, caso alguém se decida pela utilização do tabaco, esse direito não será afetado pela Lei 9294/96, cujo mister, assim, não é proibir o fumo, mas sim cuidar para que crianças e adolescentes não entrem em contato com o produto, tornando-se, portanto, usuários precoces dessa droga lícita, o que denota preocupação com a saúde pública, cuja responsabilidade é do Estado⁹.

Para a PGR, a intervenção estatal na seara publicitária está amparada no parágrafo único do art. 170, transcrito a seguir: "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei". Assim, seria fraqueado ao legislador o poder de disciplinar a publicidade, limitando, então, a atividade econômica, de sorte a redesenhar o espaço público em que ela pode ser desenvolvida e, logo, alcançar o bem comum¹⁰.

Por fim, convém trazer à colação os pontos de vista de Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem e Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, que não concordam com a proteção do discurso comercial sob o manto da liberdade de expressão, não vislumbrando na atividade publicitária, dessa feita, um direito fundamental.

O Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) solicitou a Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem que emitissem parecer na ADI 3.311. Os juristas, então, iniciam a peça refutando a ideia de que a livre iniciativa é um direito fundamental, embora esteja intimamente relacionada ao direito de liberdade e prevista como princípio da ordem econômica no art. 170 da CF/88. Além disso, lecionam que é indispensável uma distinção entre liberdade de expressão, vista sob a ótica de direito fundamental, de garantia do Estado Democrático de Direito e de liberdade de informação jornalística, e a liberdade relacionada à criação e à informação comercial. Para tanto, analisam o conteúdo do art. 220,

⁸ Ministério Público Federal. **Manifestação da Procuradoria Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 3 ago. 2012. p. 784.

⁹ *Idem, ibidem.* p. 786.

¹⁰ *Idem, ibidem.* p. 788-789.

"caput" e parágrafo primeiro, da CF/88, trazidos à baila:

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.

Em primeiro lugar, cumpre anotar que a própria CF/88 admite restrições à manifestação do pensamento, à expressão e à informação, de molde a compatibilizá-la com os demais direitos previstos na Carta Magna. Não se está diante, então, de direitos absolutos, mas sim de um sistema em que se busca a harmonização em diversos aspectos da vida social.

A liberdade de expressão em sua feição jornalística, por sua vez, estaria sujeita somente às restrições previstas na CF/88, sendo, então, imune a limitações legais, sob a ótica de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, enquanto que o discurso comercial, cujo mister é fomentar o consumo, estaria adstrito à observância de "valores sociais positivos", de restrições impostas pela CF/88 e também pela legislação. E essa distinção ocorreria, principalmente, porque a publicidade não guarda pertinência com manifestação política, cultural ou religiosa, mas com a sim a livre iniciativa econômica, cujos limites a CF/88 desenha¹¹.

Os juristas também salientam que a liberdade de expressão está intimamente relacionada à garantia do Estado Democrático de Direito, por viabilizar o pluralismo político e os demais direitos e garantias agasalhados pela CF/88. Pluralismo político por permitir que sejam divulgadas informações e opiniões em público, bem como assegurar a participação na conformação da vontade política do Estado, sendo, portanto, essencial para o bom funcionamento da democracia. Além disso, a liberdade de expressão guarda pertinência com a liberdade de pensamento, cuja tutela ocorre com vistas a evitar coações de caráter moral¹².

Ao longo do parecer da lavra de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, as referências à liberdade de expressão são feitas totalmente afastadas de qualquer interesse

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 3 ago. 2012. p. 1856-1859.

¹² *Idem, ibidem*. p. 1861-1863.

comercial, notadamente porque os juristas entendem que não se trata de liberdade acessória à livre iniciativa econômica¹³, mas sim de direito profundamente ligado à essência do Estado Democrático de Direito. Nesse momento, é relevante fazer conexão com as lições de Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, para quem o disciplinamento da publicidade, e inclusive sua proscrição em determinados casos, não configura ofensa às garantias constitucionais do Estado Social Democrático (BENJAMIN, 1994, p. 54).

Com efeito, para Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, a liberdade de comunicação e de expressão tem por finalidade salvaguardar o discurso do indivíduo ou da coletividade, vez que intimamente relacionado ao exercício da cidadania. Cidadania, portanto, emerge como a palavra chave no pensamento do autor, e por essa razão, ele questiona a proteção da publicidade sob a ótica dessas liberdades, principalmente em vista de o interesse comercial preponderar na atividade publicitária. Ademais, não se trata de simples veiculação de informação, conforme visto anteriormente, e tampouco de discurso marcadamente intelectual, artístico e científico. Assim, já que a criação intelectual ou artística apresenta-se como mero instrumento a serviço do mister comercial, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin não considera a publicidade como um direito fundamental (BENJAMIN, 1994, p. 54-55).

Digna de nota é a reflexão que o autor faz sobre a atribuição dessas liberdades à seara publicitária. Em sua ótica, dita atribuição seria indevida, pois apenas os cidadãos gozariam dessas garantias, e admitir opinião em contrário denotaria conferir ao mercado a mesma importância dos valores mais caros à civilização. Além disso, o autor não negligencia o fato de que a publicidade existe como consequência da proteção do direito de propriedade e da tutela da livre iniciativa (BENJAMIN, 1994, 55-56).

1.4 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a colisão entre a veiculação da publicidade e a defesa do consumidor

Antes de adentrar propriamente no tema, importa tecer considerações sobre o "caput" do art. 220 e seu §4º, da CF/88. O primeiro trata da liberdade de manifestação de pensamento,

¹³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 3 ago. 2012. p. 1863.

da criação, da expressão e da informação, enquanto que o segundo discorre sobre a publicidade de produtos nocivos, como visto no tópico anterior.

No nosso entender, os anúncios publicitários estão inseridos no capítulo que versa sobre a comunicação social somente porque se valem dos veículos de comunicação de massa para a disseminação da mensagem, não sendo o dispositivo suficiente para reconhecer a publicidade como direito fundamental. Nesse particular, entendemos mais coerente a posição abraçada por Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem e Antônio Herman Benjamin, uma vez que o mister de incitação ao consumo na publicidade emerge como a característica principal dessa atividade, enquanto que a utilização do talento pessoal na elaboração da comunicação mercadológica apresenta-se como meramente acessória, tendo-se em conta também o viés de persuasão e de transformação de padrões culturais de que é dotada a publicidade.

Não descuramos, contudo, do fato de que é bastante frequente o reconhecimento da publicidade como liberdade de informação e de expressão, óbices repetidamente invocados para uma regulação da atividade. Por essa razão, entendemos ser pertinente discutir como se daria a solução da colisão entre a veiculação da publicidade e a defesa do consumidor, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. E isto porque se estaria diante de dois direitos fundamentais, sem qualquer prevalência em abstrato que pudesse ser invocada na solução de outros casos semelhantes, conforme lição de Andréa Galiza (GALIZA, 2011, p. 125).

Uma vez que a publicidade como liberdade de expressão e de comunicação serve aos propósitos da livre iniciativa, a elaboração e a veiculação da mensagem publicitária também estão limitadas pela defesa dos consumidores. Contudo, como se pode estabelecer essa restrição sem que haja supressão do direito de anunciar?

Primeiramente, afigura-se essencial ter presente que os direitos fundamentais, originalmente, foram concebidos como limites que o cidadão poderia invocar em face do Estado (UBILLOS, 2008, p. 219), entretanto, transformações na sociedade demandaram a construção da teoria da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, já que ficou patente que as ameaças a esses direitos não advinham unicamente do ente estatal. Restou evidenciado que essas ameaças poderiam ser geradas também por particulares (SARMENTO, 2010, p. 209), especialmente por aqueles com capacidade para subjugar os demais, fazendo prevalecer a sua vontade.

Trata-se do caso dos poderes privados, que consistem em um aspecto importante a ser

levado em consideração (GALIZA, 2011, p. 36), dada a sua disseminação pela sociedade e também a importância que tem adquirido (UBILLOS, 2008, p. 220-221), especialmente tendo-se em vista os mecanismos adotados para o exercício desse poder. De fato, os poderes privados espalham sua influência, exemplificativamente, por intermédio dos veículos de comunicação de massa, e também gozam, não raro, da possibilidade de formular uma normatização no seio das atividades que desempenham, contando com o beneplácito da ordem jurídica. Nesse contexto, uma maior desigualdade gera uma maior necessidade de tutela da parte mais fraca, já que a ausência de proteção desse sujeito torna a sua vulnerabilidade um obstáculo ao desenvolvimento de suas ações com autonomia (SARMENTO, 2010, p. 284-285).

Tendo esse panorama em consideração, Daniel Sarmento entende que a aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações consumeristas deve ser empreendida de forma firme, principalmente em vista do pressuposto de proteção do consumidor, qual seja, a sua vulnerabilidade. Para subsidiar sua argumentação, o autor invoca a aplicação do princípio da igualdade material, extraído da combinação entre o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, "caput", da CF/88, e a redução das desigualdades sociais, insculpida no art. 3º, III, da CF/88, os quais autorizam, em seu entender a tutela do direito fundamental da parte presumidamente mais fraca (SARMENTO, 2010, p. 286).

Outra razão que Daniel Sarmento aponta para que se empreenda a aplicação da teoria às relações de consumo é o fato de que a discussão sobre a incidência dos direitos fundamentais nessa seara tem, tradicionalmente, se limitado aos direitos individuais, não tendo o assunto sido abordado de forma suficiente, no Brasil ou no exterior, no que tange aos direitos transindividuais. Para o autor, trata-se de um verdadeiro "silêncio constrangedor", que tenta defender algo que, em seu entender, é infundado, ao menos com base no ordenamento jurídico brasileiro - a ausência de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARMENTO, 2010, p. 211). Em adição, Daniel Sarmento não identifica motivos para afastar a aplicação dos direitos fundamentais transindividuais às relações entre particulares (SARMENTO, 2010, p. 341).

É interessante observar que Daniel Sarmento não descarta de possíveis críticas em relação à adoção da teoria, principalmente no que toca a uma eventual ausência de segurança jurídica. Para o autor, a segurança não se apresenta como valor absoluto em nosso ordenamento e, em seu ponto de vista, tampouco configuraria o mais importante. Dessarte,

uma redução nessa segurança poderia culminar com um aumento na justiça substancial, o que lhe parece vantajoso (SARMENTO, 2010, p. 266).

Além dos poderes privados, outra questão de relevo subsidia a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, qual seja, a amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais, denotando a constatação de que as normas sobre direitos fundamentais possuem um conteúdo principal muito aberto, o que gera a ampliação do seu espectro de atuação por vários campos (UBILLOS, 2008, p. 224).

É importante salientar, contudo, que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais enfrentou algumas resistências, notadamente quanto à interferência na liberdade de outro particular, que poderia significar, dessa feita, ofensa à sua dignidade. Além disso, a questão relativa aos poderes privados afigura-se apenas como um indício de que deve ser dada uma atenção especial ao caso, não sendo suficiente, dessa feita, para justificar a adoção da teoria. Consoante advertência de Andréa Galiza, não se trata de relações homogêneas, o que pode significar implicações diversas, a depender dos sujeitos envolvidos e também de outros fatores, razão pela qual devem ser observadas as nuances de cada caso concreto, cuja solução pode até mesmo demandar a não aplicação da teoria (GALIZA, 2011, p. 141).

Por essas razões, a noção de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais deve ser vista com temperamento, de forma adaptada, a fim de que não redunde em eliminação dessa liberdade. A receita para a aplicação da eficácia horizontal, como se verá adiante, é a ponderação (SARMENTO, 2010, p. 168).

Em linhas gerais, está apresentada a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nesse momento, cumpre tecer considerações sobre a solução da colisão entre a veiculação da publicidade e o direito do consumidor, já que ambos estão fundados na dignidade da pessoa humana, demandando, portanto, a definição de restrições recíprocas (BARCELLOS, 2011, p. 184), de modo que não ocorra o sacrifício total de um dos direitos fundamentais.

E para que não se chegue a uma ofensa tão grave a um desses direitos, afigura-se útil a utilização da técnica da ponderação, na esteira do pensamento de Robert Alexy, com o mister de otimizar os bens jurídicos conflitantes por intermédio de uma imposição de limitações de forma proporcional (SARMENTO, 2010, p. 181-182). Ana Paula de Barcellos aconselha, no emprego desse método, a adoção de uma visão de conjunto sobre os direitos fundamentais em colisão, uma vez que ambos consubstanciam aspectos da dignidade humana e promovem

interferências mútuas (BARCELLOS, 2011, p. 240), com vistas a permitir a harmonização do sistema.

E essa sugestão tem em conta o fato de que o conflito entre princípios simboliza a colisão entre valores ou opções políticas (BARCELLOS, 2011, p. 116), ocorrendo na dimensão do peso, e não da validade, circunstância que revela a necessidade de imposição de limitações recíprocas no caso concreto por meio da ponderação, que deve, ademais, ser proporcional (SARMENTO, 2010, p. 89). É oportuno ressaltar que a colisão que autoriza a adoção da técnica da ponderação pressupõe a ausência de primazia entre os direitos invocados, assim como a possibilidade de emergência de resultados opostos (GALIZA, 2011, p. 108-109).

A proporcionalidade, por sua vez, consubstancia, de acordo com Clèmerson Merlin Clève, uma parte do "limite dos limites", permitindo que a compatibilização entre os direitos fundamentais ocorra de forma controlada (CLÈVE, 2005, p. 290). Assim, a proporcionalidade culminará no estabelecimento de uma prevalência no caso concreto, a qual, contudo, não se converterá em regra para a solução de situações futuras, consoante posicionamento abraçado por Andréa Galiza (GALIZA, 2011, p. 128).

Virgílio Afonso da Silva assinala que a proporcionalidade pressupõe um juízo sobre a necessidade e a adequação da medida adotada, bem como de um balanceamento entre os direitos envolvidos, que demanda, a seu turno, a avaliação acerca das limitações impostas a cada um desses direitos. Em sua ótica, para que a atuação restritiva seja proporcional, faz-se mister que tenha a capacidade de estimular as finalidades a que se propõe; a impossibilidade de se alcançar essas metas de outra forma, com a mesma eficiência e menor restrição; e, então, a proporcionalidade em sentido estrito – a perspectiva de efetivação de um direito justifica a limitação do outro (SILVA, 2012, p. 23), que não significa, necessariamente, o cumprimento dessa finalidade no caso concreto¹⁴.

Tem-se, então, que a solução do conflito, para Andréa Galiza, ocorrerá de forma casuística, pois dependerá das circunstâncias que conformam a situação concreta, não sendo estabelecida, a partir desse resultado, qualquer regra para a resolução de casos futuros.

¹⁴ Silva, Virgílio Afonso da. **Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 3 ago. 2012. p. 24.

Virgílio Afonso da Silva, por outro lado, admite a possibilidade de o legislador empreender restrições legais que culminem no estabelecimento de uma prevalência em abstrato entre os direitos, desde que se trate de atuação proporcional, o que denota a possibilidade de imposição de restrições à publicidade por intermédio de lei. O autor, ainda, não considera imperativa a probabilidade de cumprimento das metas estabelecidas pela lei, mas apenas uma possibilidade de incentivo.

CAP. 2 – A CRIAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE A INFÂNCIA E O CONSUMO

2.1 A tutela da criança: breve incursão histórica

Joel Bakan leciona que a forma como lidar com as crianças e a infância foi e tem sido uma questão importante para todas as sociedades, durante o curso da história. Ensina que, na Idade Média, não se considerava a infância como um período único e vulnerável da vida, motivo pelo qual as crianças careciam de proteções ou benefícios e participavam, junto com os adultos, dos mundos do trabalho, da vida social, e mesmo do sexo. Em adição, afirma que essa situação se estendeu pelos períodos históricos seguintes, haja vista no final do século XVIII, haver relatos de crianças retiradas de orfanatos para trabalhar na incipiente indústria têxtil inglesa.

Entretanto, esse panorama de trabalho infantil, consoante Joel Bakan, não era exclusividade da Inglaterra, pois, nos Estados Unidos, notadamente após a Guerra de Secessão, crianças com, ao menos, 5 (cinco) anos de idade, trabalhavam longos turnos em terríveis condições. O progresso da industrialização apenas mudou a forma de trabalho, que passou da indústria têxtil para as fábricas e minas, onde as condições eram, não raro, ainda piores (BAKAN, 2011, p. 7-13).

É interessante observar que os laços familiares, pelo menos até o século XVIII, não se estreitavam muito com as crianças, conforme assinala Daniel Thomas Cook, a menos que atingissem a idade de 6 (seis) anos, em vista das altas taxas de mortalidade infantil. Assim, existia certa dificuldade no estabelecimento de ligações emocionais com os filhos, sendo representativa dessa tendência a prática de dar o mesmo nome a dois filhos vivos, pois se pensava que talvez um pudesse morrer. Esse quadro foi alterado a partir das conquistas na ciência médica e sanitária, após o que mais crianças sobreviviam, podendo, então, os pais construir laços de afetividade com seus filhos (COOK, 2004, p. 25).

Além disso, iniciou-se, no século XIX, uma perspectiva de preocupação em relação às crianças, momento em que passaram a ser encaradas numa ótica sentimentalizada, sendo crucial a atuação da mãe na formação moral e cultural. As mães de classe média, por sua vez, utilizaram-se dessa prerrogativa de proteção da moral em ações políticas na conhecida “Progressive Era” (1890-1920), ocasião em que vários movimentos foram desenvolvidos no

sentido de melhorar a saúde e o bem-estar das mães e das crianças (COOK, 2004, p. 22-23).

Com o advento de um amplo movimento de proteção às crianças, modificações expressivas tiveram lugar. Assim, no século XX, “o século da criança”, como foi batizado por Ellen Key em 1909 (COOK, 2004, p. 21), a maioria das nações modernas já considerava que as sociedades, por intermédio de seus governos, eram obrigadas a proteger as crianças e cuidar de seus interesses (BAKAN, 2011, p. 7-13).

A saída das crianças das classes média e trabalhadora do trabalho coincide, de acordo com Daniel Thomas Cook, com a defesa, pela Igreja e pelos reformadores, da noção de uma criança economicamente e produtivamente sem utilidade, em torno da qual deveriam gravitar preocupações de ordem moral, e não instrumental (COOK, 2004, p. 8).

Nessa senda, houve uma reforma em escala global dos sistemas legais, de molde a refletir essa ideia, vindo as crianças a serem reconhecidas como pessoas vulneráveis, com direitos e demandas especiais. Joel Bakan menciona avanços decorrentes dessa nova mentalidade, a exemplo do banimento do trabalho infantil e da imposição de restrições à publicidade de produtos para adultos, como tabaco, álcool e pornografia, tendo sido desenvolvidas leis para prestar atenção especial à segurança do produto e à publicidade dirigida às crianças. Salienta, ademais, que pais, bem como outros adultos, passaram a ser considerados criminalmente responsáveis por negligenciar e explorar crianças. A maioria das nações modernas adotou essas reformas, as quais também foram abraçadas pelo direito internacional, quando as Nações Unidas proclamaram a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959 (BAKAN, 2011, p. 7-13).

Daniel Thomas Cook adverte, contudo, que o século XX também merece o rótulo de século da criança consumidora, pois foi a partir dele que a infância passou a ser compreendida e estruturada em termos mercantis, surgindo um entendimento que situa as crianças não à margem, mas como indispensáveis para o aparecimento, a reprodução e a transformação da cultura de consumo (COOK, 2004, p. 21). Bastante elucidativo a esse respeito é o fato de a criança ter tido espaço reconhecido no varejo, na escolha das roupas, nas pesquisas de mercado, enfim, tido participação no mundo dos bens como indivíduos antes mesmo da positivação de direitos mínimos (COOK, 2004, p. 12).

Na visão de Joel Bakan, apesar de falhas e limitações, as reformas do “século da criança” são memoráveis, em vista de seu objetivo e impacto. Ressalta que, por volta da metade do século, não poderia haver dúvida de que a sociedade estava comprometida com o

dever de proteger as crianças e investir em seu futuro, ajudá-las a viver, ser saudáveis e florescer como seres humanos (BAKAN, 2011, p. 7-13).

Entretanto, consoante lição de Joel Bakan, o progresso do século foi abalado por volta dos anos 1980, quando a ascensão de Ronald Reagan e Margareth Thatcher ao poder trouxe uma nova ideologia, o neoliberalismo, tendo como sustentáculo a ideia de que mercados livres são a maneira mais adequada de assegurar o melhor para os indivíduos e para a sociedade, circunstância que ia de encontro às reformas empreendidas durante o “século da criança”. Sob essa perspectiva, a sociedade deveria interferir pouco nos indivíduos e possuir reduzidas responsabilidades para ajudá-los, ao passo em que famílias e outros atores privados, incluindo as corporações, deveriam ser deixados livres para fazer suas próprias escolhas e decisões.

De acordo com Joel Bakan, a liberdade proporcionada pelo neoliberalismo era e continua parcial e problemática, pois, em nome dela, corporações livraram-se de regulações, permitindo-se que passassem por cima dos interesses de outros, configurando, dessarte, uma ameaça a uma gama de interesses sociais, inclusive o bem-estar das crianças.

E cumpre salientar que esse bem-estar era precisamente a proposta das reformas do “século da criança”, conforme explica Joel Bakan. Essas reformas estenderam-lhes direitos de proteção e benefícios, pela adoção do princípio do melhor interesse da criança na lei, bem como as reconheceram como pessoas carentes de proteção especial. Entretanto, durante o mesmo período, as corporações também passaram a ser consideradas pessoas, tendo o princípio do “melhor interesse das corporações” sido abraçado em lei para proteger-lhes os interesses.

Tornou-se inevitável, na ótica de Joel Bakan, que as duas novas pessoas, e os princípios que as protegiam, entrassem em conflito, tendo os últimos trinta anos de neoliberalismo revertido a prioridade. Livre de amarras regulatórias, as corporações agem de forma perigosa e destrutiva, inclusive em relação às crianças (BAKAN, 2011, p. 7-13).

Joel Bakan salienta que tradicionalmente, os governos estabeleceram regras para as corporações, por entenderem que as suas características puramente egoísticas impediam que elas mesmas se contivessem. Exemplo dessas restrições são limites legais que foram impostos, bem como a criação de agências para reforçá-los. Ditas medidas foram compreendidas como necessárias para proteger a saúde e o bem-estar das crianças, juntamente com outros importantes interesses da sociedade, tendo sido essa a tônica por trás das reformas do século da criança. Ocorre que, durante os últimos trinta anos, os governos, enfeitados

pelo neoliberalismo, mudaram de atitude, deixando de regular as corporações (BAKAN, 2011, p. 7-13).

Sobre as lições de Joel Bakan, insta anotar, inicialmente, que as reformas do “século da criança” estão inseridas numa perspectiva de mudança do Estado, de liberal para social, isto é, de transição de relações sociais mediadas exclusivamente pelo mercado, nas quais cabia ao Estado apenas garantir os chamados direitos de primeira geração – de liberdade, de igualdade formal, de propriedade - para relações em que a participação estatal se afigura como essencial para a correção de distorções, notadamente com vistas a implementar transformações na sociedade. De acordo com Andréa Galiza, a mudança do papel do Estado advém de uma demanda para tutela de direitos fundamentais (GALIZA, 2011, p. 36), num contexto de reconhecimento da possibilidade de ofensa, pelos indivíduos, a esses direitos, notadamente em vista da emergência dos poderes privados, o que, em seu entender, denota uma crítica à tutela da igualdade meramente formal dos indivíduos (GALIZA, 2011, p. 39).

Assim, esse Estado mais presente volta-se à proteção de direitos cuja tutela era inexistente na configuração anterior, principalmente por se considerar que a atuação estatal significaria invasão indevida, verdadeira usurpação de esfera, como é o caso do direito do consumidor e da proteção à infância. Para Zygmunt Bauman, o significado do Estado social tem como mister impedir a corrosão da solidariedade humana em um espaço governado pelo mercado e pelo consumo (BAUMAN, 2008, p. 181).

É interessante observar que o direito do consumidor emerge nesse contexto de transformação da feição estatal, vislumbrando a tutela de situações com vistas a se alcançar o interesse público social. Nessa senda, a disciplina tem em consideração o fato de que as relações consumeristas possuem inegável característica transindividual, isto é, podem afetar pessoas alheias a essas relações, revelando, de acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, a criação de um espaço de humanização (LÔBO, 2001, p. 60).

Por mais que a doutrina neoliberal represente um abalo na crença no Estado social, especialmente por pregar a contração das atividades estatais na seara econômica, Paulo Luiz Netto Lôbo anota que as discussões sobre o direito do consumidor não estão obsoletas, mas, em realidade, afiguram-se como bastante pertinentes, denotando, assim uma resposta à liberdade de mercado destituída de limitações (LÔBO, 2001, p. 60).

E isto porque o direito do consumidor, classificado como direito fundamental de terceira geração no final do século XX, por produzir o espaço de humanização

supramencionado, vislumbra a superação da ótica do consumidor como um ente despersonalizado, isto é, despido de sua dimensão humana. Dessa forma, a disciplina objetiva levar em consideração as demandas reais da parte mais fraca da relação, bem como as ameaças que sofre, notadamente em vista criação de necessidades por intermédio da utilização maciça da publicidade (LÔBO, 2001, p. 62-63).

Essa nova ótica estatal foi abraçada pela CF/88, na medida em que há interferência do Estado em atividades privadas, principalmente quando o interesse social é um dado importante a ser considerado. Nesse sentido, a CF/88 erigiu, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, além de prever como direito fundamental a proteção à infância, em seu art. 6º, por considerá-la como decorrência lógica daquele fundamento.

Entretanto, o Brasil não parece ter escapado ao “feitiço neoliberal” mencionado por Joel Bakan, haja vista existirem sérias resistências à discussão sobre a regulação da publicidade direcionada ao público infantil, como se observará adiante.

2.2 A formação do mercado de consumo infantil a partir da experiência da indústria de roupas americana: a mercantilização da infância

Daniel Thomas Cook afirma que uma cultura de consumo da infância está muito presente hoje em dia, haja vista imagens de crianças serem utilizadas com frequência na publicidade, ocasião em que são veiculados papéis sociais comercial e cuidadosamente fabricados, a fim de chamar a atenção da criança (COOK, 2004, p. 1).

A criança consumidora, assim, aparece durante o século XX na sociedade americana, notadamente a partir do surgimento, crescimento e especialização da indústria de roupas infantis nos Estados Unidos, de 1917 a 1972. Daniel Thomas Cook se utiliza da indústria de roupas infantis como aporte histórico e como ponto de partida na teorização sobre a relação entre infância, cultura de consumo e modernidade, de forma mais geral, já que se trata de uma indústria que influenciou o surgimento de outros segmentos voltados para o público infantil, pois passou a se reconhecer como tal de forma pioneira em 1917, com a publicação do primeiro jornal comercial, o "Infant's Department", uma espécie de fórum que permitia a aproximação entre as companhias (COOK, 2004, p. 2).

O estabelecimento da criança como alvo dos negócios, consoante as lições de Daniel Thomas Cook, ganhou corpo em 1930, já que, antes dessa época, as atividades mercantis e o marketing tinham como mercado primário os pais. Essa ampliação da "cidadania de consumo" não se resume a mudança de alvo, mas sim verdadeira transformação na ótica, isto é, da mãe para a criança, a que Daniel Thomas Cook denomina "pediocularity", livremente traduzido como "pediocularidade", caracterizada pela adoção do ponto de vista da criança, que encontra, a partir de então, representações nesse espaço comercial. Dita mudança na perspectiva denota a adoção de várias medidas na esfera comercial, a exemplo do tratamento das crianças como "verdadeiros clientes", da fabricação de roupas e outros bens tendo em vista "necessidades" e "desejos" das crianças e da concessão de voz na escolha sobre esses produtos (COOK, 2004, p. 2-3).

O fato da criança consumidora também deve ser estudado à luz da "mercantilização da infância", situação que denota a adoção de mecanismos por intermédio dos quais essa fase ou estágio do ciclo da vida adquire valor de troca, e, em última análise, presta-se à reprodução e transformação contínua da cultura de consumo (COOK, 2004, p. 6).

A formação do mundo infantil comercial, então, é decorrência da convergência de diversos fatores. Primeiramente, é importante ter em vista o papel das mães na formação moral e cultural da criança, criado e fortalecido a partir do século XIX. Com efeito, as mudanças no mundo do trabalho culminaram com o afastamento das mulheres das fábricas, relegando-as ao ambiente doméstico, circunstância favorecida por discursos de ordem moral propagados pelo mercado e pelo clero. Assim, as atividades desenvolvidas pelas mães deveriam estar adstritas às domésticas, notadamente para garantir uma boa formação moral dos filhos (COOK, 2004, p. 32). Além disso, as crianças, com o advento dos movimentos de proteção, foram subtraídas do ambiente do trabalho, devendo, portanto, ficar em casa (COOK, 2004, p. 34).

Deve-se ter também em consideração a ascensão das mães como consumidoras, particularmente nas lojas de departamentos urbanas no início do século XX, o que, juntamente com o primeiro fator, proporcionou, de acordo com Daniel Thomas Cook, a organização de elementos para a ascensão da cultura infantil, pois havia preocupações com o bem-estar da criança e alcançou-se uma estratégia para conectá-la ao mercado (COOK, 2004, p. 22-23). Isto porque, uma vez que às mulheres cabia cuidar das crianças, a atividade de comprar também passou a ocupar papel central nesse mister, sendo abraçada por elas, notadamente por

serem tratadas como verdadeiras gestoras das tarefas domésticas e por fazerem decisões vislumbrando a família como um todo (COOK, 2004, p. 39-40).

Um agente catalisador dessas compras efetuadas pelas mães foi a preocupação geral que existia com a saúde das crianças, haja vista as taxas de mortalidade infantil serem altas na época. Assim, a imprensa mercantil conseguiu criar motivos suficientes para as consumidoras investirem em produtos infantis, sem que sobre ela recaísse a suspeita de exploração, pois o mercado proporcionava à mãe a possibilidade de desempenhar um papel de protetora ao adquirir os bens. Foi nesse ambiente que se desenvolveu a indústria de roupas infantis, que contava com apenas 1 (uma) fábrica antes de 1890 e, em 1921, já reunia 75 (setenta e cinco) fábricas apenas na cidade de Nova York (COOK, 2004, p. 42-45). Outras circunstâncias também contribuíram para a ascensão da indústria em questão, a exemplo de reduções de tempo para a execução de afazeres domésticos, menor número de trabalhadores domésticos e entrada crescente da mulher do mercado de trabalho. Atenta a esse panorama, a indústria trabalhou no sentido de institucionalizar as roupas infantis como bens separados das demais roupas, chegando a criar espaços específicos para bebês e crianças nas lojas (COOK, 2004, p. 45-48).

A expansão do mercado para crianças mais velhas acabou, de acordo com Daniel Thomas Cook, sendo um passo lógico para muitos comerciantes e fabricantes. Foi, então, nos anos 1920, que surgiram lojas que vislumbravam atender crianças desde o nascimento até os anos colegiais, e que se desenvolveram durante os anos 1940 simultaneamente com espaços infantis em lojas de departamentos.

Daniel Thomas Cook assevera existir um crescente "ethos" de consumo nas indústrias de roupas infantis e em outros lugares, na medida em que se reconhecia a criança como um ator comercial individualizado, com vontade e socialmente legítimo – isto é, como um consumidor, representando, em verdade, uma mudança mais fundamental na forma de ver a infância. É notadamente a partir dos anos 1930 que a "pediocularidade" passa a ser incorporada e institucionalizada, em detrimento do ponto de vista da mãe, permitindo, inclusive, a criação de indústrias exclusivamente baseadas nesse novo ponto de vista (COOK, 2004, p. 66-69).

Traçado esse quadro da criança consumidora, algumas estratégias tiveram que ser adotadas para impulsionar as compras. A "Printer's Ink", revista semanal sobre publicidade, veiculou um artigo em 1922 que sugeria o uso de brindes como forma de encorajar a

fidelização da criança. Outras alternativas encontradas foram a criação de livros de histórias, de embalagens especiais e de concursos de redação. Não era suficiente, contudo, ter crianças como consumidoras apenas durante a infância, almejava-se uma verdadeira lealdade por toda a vida (COOK, 2004, p. 72-75).

A indústria também passou a envidar esforços no sentido de compreender o mundo infantil, fazendo uso, para tanto, da psicologia, a fim de estudar o comportamento de consumo. Daniel Thomas Cook cita os estudos elaborados por E. Evalyn Grumbine, diretor de publicidade da revista "Child Life", em 1938, no bojo dos quais há informações ricas sobre as características das crianças separadas por idade, bem como sobre as aspirações infantis, e que passaram a ser usadas como estratégias publicitárias (COOK, 2004, p. 75).

É interessante observar que Daniel Thomas Cook considera o consumo a pedra de toque da identidade pessoal nos tempos modernos e pós-modernos, entendendo que se devem estudar os ambientes culturais em que surgem e se desenvolvem os seres consumidores para que haja uma compreensão mais completa dessa construção. Além disso, Daniel Thomas Cook vê na "comodificação" ou "mercantilização da infância" o motor da cultura de consumo e do capitalismo, na medida em que o consumo proporciona um contexto importante na cristalização da personalidade (COOK, 2004, p. 144-149).

Por fim, Daniel Thomas Cook considera que a compreensão da criança e da infância no século XX envolve o mundo dos bens de consumo e as relações sociais que nele são estabelecidas, e o estudo da indústria de roupas infantis nos Estados Unidos permite compreender como se formou a interação entre a infância contemporânea e a cultura de consumo (COOK, 2004, p. 151).

Essas lições de Daniel Thomas Cook ajudam a compreender o contexto em que se desenvolveu a indústria de roupas infantis, experiência que foi aprendida e serviu de exemplo para a formação de outros setores de produtos e serviços que também tem como alvo o público infantil, denotando, dessarte, uma construção histórica da criança como consumidora. Não se trata de uma situação meramente acidental, mas, em verdade, do reconhecimento de uma oportunidade de gerar lucros, a partir da exploração de desejos maternos forjados pela indústria e, posteriormente, de aspirações infantis conhecidas por intermédio da utilização dos recursos da psicologia.

Os ensinamentos de Daniel Thomas Cook são abraçados por Zygmunt Bauman, que tece considerações de relevo para o tema em questão, na medida em que proporciona uma

oportunidade de enxergar o que subjaz à sociedade de consumo.

Primeiramente, Zygmunt Bauman leciona que o reconhecimento como consumidor na sociedade de consumidores, ou seja, como membro dessa sociedade, denota, inevitavelmente, a adoção de características de uma mercadoria, uma verdadeira transformação em "commodity", ou seja, uma "comodificação" ou "mercantilização" (BAUMAN, 2008, p. 20), no sentido explanado por Daniel Thomas Cook. Assim, Zygmunt Bauman menciona como exemplo a busca por visibilidade, por ser desejado e consumido, que é empreendida por meio da tentativa de construção de uma identidade, culminando, no entender do autor, com uma verdadeira objetificação (BAUMAN, 2008, p. 21-23).

É interessante observar que, para Zygmunt Bauman, esse comportamento comodificado na sociedade de consumidores influenciaria até mesmo a estratificação social nos moldes mercantis. Isto porque, em seu ponto de vista, os consumidores são rotulados, após o que receberão valorização ou não, de forma semelhante ao que ocorre com as mercadorias (BAUMAN, 2008, p. 71). A transformação em mercadoria, ademais, apresenta-se como um problema para a autoestima do consumidor, na medida em que aquele que não consegue atingir o desempenho consumista da forma esperada pela sociedade de consumidores acaba sendo marginalizado, desvalorizado (BAUMAN, 2008, p. 74).

Deve-se ter em conta que Zygmunt Bauman apóia-se nas lições de Daniel Thomas Cook para afirmar que dito comportamento comodificado é aprendido desde tenra idade. Com efeito, a sociedade de consumidores ensina as crianças a se mercantilizarem (BAUMAN, 2008, p. 73), redundando na naturalização do consumo.

E o mais impressionante é o fato de que James McNeal, considerado por Joel Bakan como o guru do marketing infantil (BAKAN, 2011, p. 16), não se furta de declarar textualmente que essa naturalização, além de desejada pela indústria, é incentivada, motivo pelo qual as crianças são alvo das comunicações mercadológicas.

Com efeito, James McNeal afirma que os publicitários investem no mercado infantil por considerarem as crianças como consumidoras em tempo integral, isto é, desde que nascem. Nesse sentido, cada ato de consumo realizado pelas crianças as torna um mercado em potencial para vários negócios, pois são dotadas de mais potencial de mercado do que qualquer outro grupo demográfico.

A indústria acaba enxergando no público infantil, de acordo com James McNeal, três mercados em um: primeiramente, um mercado primário, por volta dos quatro anos de idade,

que compra e consome um grande número de produtos voltados especificamente para elas; uma ampla influência de mercado para produtos e serviços que não podem comprar, mas que pedem aos pais, e que compreendem tanto produtos para uso infantil quanto para a casa em geral; e, por fim, um mercado futuro para todos os bens e serviços, alguns deles que não podem ainda usar, mas irão, sendo atingidas hoje como futuros consumidores (MCNEAL, 2007, p. 357-358).

É interessante observar que muitas indústrias, ao adotarem uma estratégia denominada "growing customers", livremente traduzida como "clientes em desenvolvimento", objetivam fidelizar esse consumidor infantil. A medida revela-se tão bem sucedida que, conforme anota James McNeal, uma rede de fast food, por exemplo, estima que, caso conquiste uma criança de 4 (quatro) anos, provavelmente vai angariar \$50,000 (cinquenta mil dólares) em negócios dela durante toda a sua vida (MCNEAL, 2007, p. 350).

A fidelização empreendida através da técnica "growing customers" afigura-se bastante atraente, pois produz uma lealdade que defende as marcas, inclusive, de tentativas de captação de consumidores adotadas pelos correntes, a exemplo de promoções. Dito de outro modo: ainda que outros vendedores façam uso de estratégias com vistas a mudar a opção dos consumidores, aqueles que foram fidelizados tendem a continuar com uma marca de produto ou serviço (MCNEAL, 2007, p. 370-371).

James McNeal também traz à colação o fato de que pais e filhos nunca estão muito distantes das mensagens publicitárias, especialmente quando a indústria pratica a "surround selling", cuja tradução livre é "venda que cerca", também conhecida no meio acadêmico do marketing como "integrated marketing communications" (IMC), traduzida de forma livre como "comunicações de marketing integradas". Essa técnica tem como mister atingir as crianças continuamente com mensagens sobre uma marca específica, por meio de uma coordenação de todas as mídias pessoais e não pessoais. Assim, em adição aos produtos e sua embalagem, a marca e sua mensagem são combinados em todos os anúncios e programações no rádio e na televisão, revistas, e muitas outras mídias como carros de corrida, quadros de avisos nas escolas, roupas e uniformes, livros, filmes e vídeo games (MCNEAL, 2007, p. 371-372), refletindo, portanto, a ubiquidade da publicidade.

Vê-se, portanto, que a mercantilização da infância culmina com a transformação das crianças em vetores de consumo. Estas, acostumadas desde pequenas a se comportarem como consumidores, são vistas como um grupo possuidor de grande potencial de mercado, e

inclusive como três mercados em apenas um, razão pela qual são atingidas por mensagens publicitárias continuamente, e de forma maciça. Com a adoção da pedicolaridade, o mercado tem como objetivo proporcionar produtos e serviços para o público infantil, difundindo, para tanto, mensagens que vislumbram despertar a atenção para bens que são consumidos diretamente pelo público infantil, bem como outros bens cujo consumo é influenciado pelas mensagens captadas pelas crianças.

2.3 A criança como sujeito de direitos: apontamentos sobre a proteção internacional dos direitos humanos, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente

Antes de discorrer especificamente sobre a defesa da criança levada a cabo, no Brasil, pelo ECA, cumpre tecer considerações sobre a ambiência política que deu ensejo à emergência da doutrina da proteção integral, abraçada pelo ordenamento pátrio tanto no art. 227 da CF/88 quanto no art. 1º do diploma legal mencionado. Inicialmente, é relevante ter em mente que a adoção da visão da criança como sujeito de direitos adveio de uma preocupação internacional com os direitos humanos, que informou a elaboração da Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, ampliada posteriormente pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989.

Nessa senda, o fim da Segunda Guerra Mundial emerge como o marco na proteção dos direitos humanos, especialmente em vista da reflexão proporcionada pelas barbaridades perpetradas durante esse conflito, permitindo, então, o surgimento do direito internacional dos direitos humanos, consoante lição de Flávia Piovesan. Dessa feita, iniciou-se a elaboração de tratados internacionais com vistas a colocar o ser humano num patamar de consideração superior (PIOVESAN, 2008, p. 20).

Para que o respeito aos direitos humanos pudesse ser operacionalizado no âmbito internacional, fazia-se mister a criação de um aparato, ou seja, de uma estrutura composta de organizações para velar pela implantação da nova ótica, bem como de cortes para impor sanções àqueles que violassem os termos dos pactos subscritos. Foi nesse contexto que se deu a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), propiciando, portanto, uma instância de discussões sobre a defesa internacional dos direitos humanos (BARCELLOS, 2011, p. 132-

133).

É interessante observar que subjaz à criação desse arcabouço de tutela dos direitos humanos a noção de que são direitos cuja proteção deve ocorrer de forma integrada entre as nações, isto é, que não dizem respeito exclusivamente aos Estados, pois, no entender de Flávia Piovesan, consubstanciam tema de legítimo interesse internacional. Dessa feita, adota-se uma relativização da clássica ideia de soberania, caracterizada pela possibilidade de interferência externa no território dos Estados violadores de direitos humanos, bem como uma concepção do indivíduo como sujeito de direitos, cuja tutela pode ocorrer, inclusive, internacionalmente (PIOVESAN, 2008, p. 21).

Para viabilizar essa proteção internacional do indivíduo como sujeito de direitos, foi elaborada, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, vislumbrando um consenso acerca de valores universais, bem como inaugurando a ótica de universalidade e indivisibilidade desses direitos. Nesse sentido, trata-se de direitos universais, fundados na dignidade da pessoa humana, exigindo-se, tão-somente, a condição de pessoa para que se possa deles gozar; e indivisíveis, uma vez que há complementação do rol dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2008, p. 21).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, portanto, iniciou a proteção internacional dos direitos humanos, estabelecendo normas gerais e permitindo, assim, que outros pactos de direitos humanos fossem firmados, com vistas a tutelar situações específicas (PIOVESAN, 2008, p. 23). Nesse contexto, surgiu, primeiramente, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, objetivando elencar e estender direitos à população infantil, ampliada, posteriormente, pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989 (LESSA, 2011, p. 91). É importante anotar que essa convenção contou com grande adesão, pois são signatários 192 (cento e noventa e dois) Estados (PIOVESAN, 2008, p. 23), tendo sido firmada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990, ratificada em 14 de setembro de 1990, por intermédio do Decreto legislativo n.º 28, e promulgada por meio do Decreto n.º 99710, de 21 de novembro de 1990.

Não se deve descurar de que o desenvolvimento da Convenção Internacional dos Direitos da Criança iniciou-se na década de 1980, com vistas a reivindicar a assunção de compromisso pelos Estados para com a proteção da infância, ampliando, então, as disposições da Declaração dos Direitos da Criança de 1959. A comunicação entre as ordens jurídicas brasileira e internacional foi promovida pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância

(Unicef), objetivando fomentar a edição de um diploma legal que se coadunasse com os pactos internacionais que o Brasil começava a firmar (LESSA, 2011, p. 88).

Cumprе salientar que ficou determinado que os países que firmassem a Convenção Internacional deveriam empreender esforços no sentido de conciliar as disposições do pacto com seus ordenamentos jurídicos (HENRIQUES, 2008, p. 142-143), conforme se deduz do art. 3º, 2., da mencionada Convenção:

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

A Convenção exemplifica, ainda, que tipos de proteção e cuidados os Estados devem dispensar à criança, determinando, por exemplo, a defesa contra exploração econômica, consoante o art. 32, a seguir colacionado:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

No que toca à definição de exploração econômica, Mario Frota a enxerga de forma ampla, entendendo como tal, por exemplo, ações perpetradas por empresas com vistas a captar a adesão da criança aos seus produtos e serviços. Para tanto, conjuga a leitura do art. 32 com a do art. 19, cujo teor, por sua vez, traz a tutela contra todas as formas de violência, vislumbrando nesses artigos instrumentos de defesa da pessoa em formação face à atividade econômica (FROTA, 2007, p. 24), circunstância que denota a opção dos países signatários pela especial proteção à criança.

Essa escolha, a seu turno, reflete a resolução em abstrato de um possível conflito entre a proteção da criança e o desempenho de atividades econômicas - corolário da absoluta prioridade - significando que a defesa da pessoa em desenvolvimento deve prevalecer de forma geral, frente, inclusive, à liberdade econômica.

Antes de adentrar propriamente nas disposições do ECA que concretizam a doutrina da proteção integral, faz-se mister tecer breves considerações sobre a conjuntura em que se inseria o Brasil, assim como sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos

humanos firmados antes da vigência da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004 (EC 45/04).

Flávia Piovesan observa que a preocupação com os direitos humanos, no Brasil, apenas pôde emergir com a redemocratização, isto é, em 1985, a partir de quando foram ratificados relevantes tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em 1990 (PIOVESAN, 2008, p. 24).

Esse processo de redemocratização e de alinhamento com a proteção internacional dos direitos humanos alcançou o seu ápice em 1988, com a promulgação da CF/88, uma vez que a nova ordem jurídica instaurada trouxe a prevalência dos direitos humanos como princípio norteador de suas relações internacionais, a teor do art. 4º, II, sendo decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, por sua vez, positivado no art. 1º, III, expande-se por todo o ordenamento jurídico, configurando, dessarte, o arcabouço autorizador da ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos. Flávia Piovesan salienta que esse diálogo entre ordens interna e internacional na tutela dos direitos humanos foi proporcionado pelo art. 5º, §2º, da CF/88 (PIOVESAN, 2008, p. 25), colacionado a seguir: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Nessa linha de raciocínio, Ingo Sarlet salienta que o ordenamento brasileiro abraçou a não tipicidade dos direitos fundamentais, a fim de que o rol seja ampliado pelos tratados internacionais ratificados, bem como para favorecer o diálogo entre as ordens nacional e internacional, como decorrência da interdependência entre os Estados (SARLET, 2012, p. 120).

Nesse momento, cumpre discorrer um pouco sobre a controvérsia acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, debate inaugurado pela inclusão do §3º no art. 5º pela EC 45/04, assim redigido: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Flávia Piovesan, por exemplo, advoga a tese de que dito parágrafo apenas reforça a materialidade constitucional dos direitos consagrados pelos tratados internacionais de direitos humanos prevista no §2º, compondo, dessa feita, o bloco de constitucionalidade. Além disso, entende que o novo dispositivo contém simples regra de caráter procedimental, sendo,

portanto, menos importante do que o §2º, bem como que os referidos tratados, a partir da EC 45/04, foram incorporados à ordem jurídica brasileira como normas constitucionais, o que denota a sua especialidade frente a outros tratados internacionais.

Dessa feita, haveria, no Brasil, uma dupla classificação de tratados internacionais, a depender do assunto sobre o qual versam: caso se trate de pactos relativos a direitos humanos, está-se diante de normas de hierarquia constitucional, enquanto que os demais tratados seriam recebidos como leis ordinárias. A autora também acrescenta que os tratados internacionais de direitos humanos firmados anteriormente à EC 45/04 foram ratificados com quórum mais elevado do que o requerido para a aprovação das emendas constitucionais, o que, em seu entender, evidencia a sua importância e legitimação democrática (PIOVESAN, 2008, p. 26-29).

Ingo Sarlet, de outro giro, entende que os tratados de direitos humanos pactuados antes da EC 45/04 não podem ser considerados normas constitucionais, uma vez que não passaram pela forma de aprovação prevista no §3º, além do que o procedimento de aprovação de decretos legislativos e emendas constitucionais é bastante diferente. Nesse sentido, entende que os tratados são materialmente constitucionais, haja vista a importância do assunto tratado, mas não podem ser tidos como emendas. Sob o ponto de vista do autor, consubstanciam direitos apenas materialmente constitucionais, e caso se deseje conferir o caráter de direitos formalmente constitucionais, é imperativa a observância do procedimento do §3º (SARLET, 2012, p. 121-129).

De todo modo, afigura-se relevante ter em conta que ambos juristas estão de acordo em um ponto: os tratados internacionais de direitos humanos firmados anteriormente à EC 45/04 compõem o bloco de constitucionalidade, sendo, portanto, materialmente constitucionais (SARLET, 2012, p. 78-79, p. 129, p. 136). Para os propósitos do presente trabalho, importa salientar que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, informou a elaboração do ECA, na medida em que proveu a base jurídica e social da nova legislação (HENRIQUES, 2008, p. 125-126).

O fundamento da edição do ECA, para além dos arts. 1º, III, da CF/88, que erige a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e 4º, II, da CF/88, cujo teor dispõe sobre a prevalência dos direitos humanos como princípio informador das relações internacionais, reside no art. 227 da CF/88, assim redigido:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar

à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desse artigo, extrai-se a corresponsabilização, isto é, a atribuição da defesa dos direitos da criança à família, à sociedade e ao Estado, assim como a doutrina da proteção integral, que vislumbra salvaguardar aqueles cuja vulnerabilidade é mais acentuada, em vista de sua condição de pessoa em desenvolvimento. Estabeleceu-se, de acordo com Ciça Lessa, um novo modelo de tratamento para a infância e a adolescência (LESSA, 2011, p. 89).

Quanto à edição do ECA, Isabella Henriques salienta que o art. 227 determinou a elaboração de seu primeiro anteprojeto - "Normas Gerais de Proteção à Infância e à Juventude" – debatido no Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente e aprovado, após ampla discussão e apresentação de substitutivos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (HENRIQUES, 2008, p. 124).

Não se deve olvidar que o ECA consubstancia inovação salutar na ordem jurídica brasileira, uma vez que, até o seu advento, em 13 de julho de 1990, vigia o Código de Menores, de 1927, com revisão de 1979, cujo mister era disciplinar apenas a situação do "menor" em condição irregular. O novo diploma legal, a seu turno, tem como norte proteger crianças e adolescentes, concebendo-os como sujeitos de direitos, em vista de sua especial condição (LESSA, 2011, p. 93), preceituando, em seu art. 1º, a proteção integral à criança e ao adolescente.

A nova legislação, assim, atribui direitos específicos à população infantil, sendo considerada criança "a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade", conforme previsão do art. 2º. A circunstância de estar em formação é salientada pelo art. 6º, cujo teor é o seguinte: "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".

Contudo, de nada adiantaria consagrar a absoluta prioridade – abstratamente - se não fossem desenvolvidos mecanismos para concretizá-la. E um claro exemplo desse mister de efetivação é o art. 71 do ECA, o qual proíbe atividades direcionadas às crianças que possam ser prejudiciais aos seus interesses, nos seguintes termos: "a criança e o adolescente têm

direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento".

Nesse sentido, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias enxerga no art. 71 a possibilidade de impor restrições à publicidade ou programação de rádio e televisão que vá de encontro aos direitos da população infantil (DIAS, 2010, 183). Está-se diante, ademais, de uma forma de efetivar a proteção contra a exploração econômica prevista no art. 32 da Convenção sobre os Direitos da Criança, na esteira das lições de Mario Frota, consubstanciando, portanto, a assunção de postura pelo Brasil no combate a essa forma de abuso.

Não se deve olvidar que o art. 76 do mesmo diploma legal, ao dispor que “as emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”, determina, como forma de dar concretude ao princípio da absoluta prioridade, que inexistente colisão entre a proteção da criança e a liberdade de criação, uma vez essa liberdade deve ceder espaço à tutela da infância.

Trata-se, em realidade, da adoção de uma ótica de prevenção, isto é, de evitar a veiculação de obras que possam ser inadequadas à população infantil, exatamente por conta da dificuldade de reverter os danos causados nessas circunstâncias. Vê-se, portanto, que a tônica que permeia o diploma é o estabelecimento da primazia dos direitos da criança e do adolescente em relação a atividades que possam afetar o seu regular desenvolvimento como pessoa.

Restou evidenciado, portanto, que a consideração da criança como sujeito de direitos começou a ser delineada a partir da Segunda Guerra Mundial, quando teve início a preocupação com a proteção internacional dos direitos humanos, vindo a Declaração de 1959 a satisfazer uma exigência de amparo de crianças e adolescentes. Dita declaração, posteriormente, foi fortalecida pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989, que contou com expressiva adesão dos Estados, tendo sido firmada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990, ratificada em 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto n.º 99710, de 21 de novembro de 1990.

O país, nesse pacto, assumiu o compromisso internacional de adaptar sua legislação interna à nova ótica sobre crianças e adolescentes, vindo a cumprir essa obrigação com a

edição do ECA em 13 de julho de 1990, concretizando, portanto, a doutrina da proteção integral, inaugurada na ordem jurídica brasileira pelo art. 227 da CF/88.

CAP. 3 – A PUBLICIDADE INFANTIL

No início desse trabalho, situou-se a publicidade no âmbito do direito do consumidor, ressaltando-se o aspecto persuasivo que predomina contemporaneamente. Após a descrição do mecanismo de autorregulamentação, concluiu-se pela necessidade de um controle misto da publicidade, que permite, assim, uma tutela mais efetiva da parte mais fraca da relação de consumo. Então, foram trazidas à colação opiniões contrárias e favoráveis à regulação da publicidade de forma geral, debatendo-se a inserção do fenômeno publicitário sob o manto da liberdade de expressão.

O segundo capítulo voltou-se ao estabelecimento do liame entre criança e consumo, que culminou na mercantilização da infância. Evidenciou-se que dita ligação foi formada pelo aproveitamento de uma oportunidade de negócios pela indústria de roupas americana, experiência aprendida por outros setores do mercado de consumo. Teceram-se, então, considerações sobre a elevação da criança à categoria de sujeito de direitos, em um contexto de defesa internacional dos direitos humanos, para se compreender a doutrina da proteção integral concretizada pelo ECA e, portanto, as limitações a atividades nocivas ao desenvolvimento infantil estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

É chegado o momento, assim, de discutir propriamente a publicidade dirigida às crianças.

3.1 Por que não regular a publicidade infantil?

Guru do marketing infantil, James McNeal traz alguns argumentos de relevo para o debate, e que acabam sendo repetidos por alguns defensores da veiculação da publicidade para crianças, motivo pelo qual será dado destaque às suas considerações. Vejamos em que termos o publicitário coloca a sua opinião.

Para James McNeal, praticamente todo comportamento humano em uma sociedade industrializada é comportamento de consumo, razão pela qual é evidente que pais desempenham um papel fundamental no desenvolvimento dos hábitos de consumo de seus filhos, assim como no crescimento global das crianças. E isto ocorre porque os pais são agentes da cultura, sendo a inserção nesse ambiente cultural uma função primária deles. O

publicitário acrescenta que os costumes e valores que as crianças herdam, frequentemente, derivam não apenas dos pais, mas também dos agentes de socialização escolhidos por eles para participarem da criação dos filhos (MCNEAL, 2007, p. 321-322).

James McNeal salienta, ademais, que nas últimas 2 (duas) décadas, os pais tem crescentemente introduzido outros personagens na criação dos filhos e, não raro, em uma idade mais tenra. Para exemplificar, cita o fato de que muitas crianças são levadas diariamente a vários tipos de pré-escola antes mesmo de completarem 2 (dois) anos, permitindo, então, que outros atores lhes ensinem padrões de comportamento de consumo. Além disso, salienta que a maioria dos pais de hoje cria um ambiente favorável aos publicitários desde o berçário, por intermédio da programação de televisão, dos comerciais e das marcas presentes nas roupas e nos alimentos (MCNEAL, 2007, p. 323).

Ainda sobre esse ambiente, James McNeal assevera que os pais escolhem cada tipo de produto que o bebê consumirá ao menos até que ele possa expressar seus gostos. Assim, constrói-se a naturalização desses produtos, com os quais a criança vive e cresce, passando a considerá-los parte integrante do padrão necessário para se desenvolver (MCNEAL, 2007, p. 324).

Mas o papel dos pais não se limita à criação de um ambiente propício ao desenvolvimento da atividade publicitária. Com efeito, quando as crianças atingem a idade de 2 (dois) ou 3 (três) meses, são levadas às compras, completando-se a introdução no mercado de consumo, o que também é naturalizado (MCNEAL, 2007, p. 325).

Quando a criança, por sua vez, aprende algumas palavras e começa a pedir objetos, por volta dos 10 (dez) ou 12 (doze) meses, os pais, então, atendem a praticamente todas essas demandas. James McNeal salienta que aos 24 (vinte e quatro) meses, as crianças fazem cerca de 50 (cinquenta) a 100 (cem) pedidos por dia, encontrando, novamente, respostas positivas dos pais à maioria deles. Dessa feita, naturaliza-se o ciclo de consumo consubstanciado no “ver-pedir-receber”, assim como já aconteceu com os elementos dos ambientes sociais e físicos (MCNEAL, 2007, p. 326).

Por essas razões, James McNeal acredita que os pais são os verdadeiros responsáveis pela formação das crianças como consumidoras em tempo integral. E isto é acentuado pelo fato de que, gradualmente, os pedidos passam a ser feitos por nomes de marcas, o que é incentivado e reforçado pelos pais, contribuindo, assim, para a consolidação da memória de consumo de uma forma similar à dos adultos (MCNEAL, 2007, p. 327).

James McNeal também salienta que, entre os 24 (vinte e quatro) e 48 (quarenta e oito) meses, as crianças começam a imitar os comportamentos de consumo de pais, personagens da televisão, professores da pré-escola e amigos, o que é encorajado e recompensado inúmeras vezes, e de formas variadas (MCNEAL, 2007, p. 328). Assim, ao atingirem os 4 (quatro anos) de idade, as crianças passam a ver parentes e amigos como modelos, tendo aprendido padrões básicos de consumo, a maioria deles dos pais, incluindo a identificação e o pedido de produtos pelos nomes das marcas, a obtenção de informação sobre os produtos pela mídia, o reconhecimento dos comerciantes como fontes de bens e serviços, e a comparação dos bens possuídos com os de outras pessoas (MCNEAL, 2007, p. 330).

Além das suas funções básicas de suprimento de necessidades, o consumo é, inclusive, utilizado pelos pais como forma de resolver situações de mau comportamento. É nesse momento que os pais cedem aos pedidos das crianças e, ao dar-lhes o que quer que desejem, criam o que os publicitários chamam de "filiarquia". A partir de então, as crianças adquirem o controle tanto as coisas compradas para elas quanto para a casa (MCNEAL, 2007, p. 338).

James McNeal ressalta que todo esse contexto contribui para a criação, pelos pais, de grande potencial de mercado em crianças, as quais, por volta dos 100 (cem) meses, superam o potencial de seus pais. É de salientar que a influência cresce rapidamente quando as crianças aprendem a falar e a expressar seu vocabulário de produtos e marcas, estimando-se que seu poder sobre os pais, por volta dos 2 (dois) anos de idade, de forma direta e indireta, atinja entre 45 (quarenta e cinco) e 47 (quarenta e sete) por cento das compras de rotina (MCNEAL, 2007, p. 348-349).

O fenômeno publicitário exsurge, para James McNeal, como uma consequência dos padrões de consumo ensinados pelos pais aos filhos, e não o contrário. Para ele, a publicidade infantil aparece como resultado da construção, pelos pais, do potencial de mercado nas crianças, uma vez que esse poderoso mercado passa a ser visado por milhões de agentes, contando com a ajuda dos pais. E isto porque as crianças são introduzidas às marcas e ensinadas a utilizá-las antes mesmo de poderem ler ou falar (MCNEAL, 2007, p. 350).

Em conclusão, James McNeal assevera que pedir aos publicitários para não anunciarem para crianças de certa idade é pedir-lhes que não façam o que é uma prática padrão de mercado – anunciar para mercados. Uma vez que os pais cedem seu poder de escolha para as crianças, automaticamente fazem com que os publicitários mirem as responsáveis pela tomada das decisões. Além disso, os profissionais do mercado publicitário

tentam vender o máximo que podem dos produtos, contudo, não tem controle sobre quanto uma criança consome, mas apenas supõem que os responsáveis intervirão para evitar o excesso (MCNEAL, 2007, p. 389).

As considerações de Alex Periscinoto, por sua vez, embora se voltem para a realidade brasileira, vão ao encontro das lições de James McNeal. Com efeito, considera que as crianças aprendem hábitos dos adultos, bem como que há uma interação mútua entre esses padrões de consumo, o que seria, em seu entender, característico da economia capitalista. Ademais, crê que essa comunicação entre padrões se trata de algo benéfico, uma vez que o consumo permite a geração de emprego e, portanto, a movimentação do sistema. Por tudo isso, vislumbra no PL 5921/2001 uma iniciativa carente de inteligência e distante da realidade, pois objetiva proscrever a publicidade infantil.

Alex Periscinoto entende que, além de autoritário, o PL 5921/2001 deixa de levar em conta o fato de que os pais atendem aos desejos de consumo das crianças, as quais não efetuam compras sozinhas, recaindo, dessarte, a responsabilidade pelo controle do consumo infantil sobre eles. Pensar de forma diversa, sob a ótica de Alex Periscinoto, configura uma verdadeira terceirização da educação infantil de consumo. E no que toca às regras para a atividade publicitária, salienta que já foram estabelecidas pelo CONAR, organização que não poderia ser considerada corporativista, já que cumpre seu mister de forma bastante adequada (PERISCINOTO, 2011, p. 59-61).

É interessante observar que Antonio Manuel Teixeira Mendes e Antonio Athayde estão bastante alinhados com Alex Periscinoto, pois também invocam o autoritarismo como argumento contrário à regulação da publicidade infantil, assim como pensam ser suficiente a atuação do CONAR para debelar as situações de abuso. De fato, Antonio Manuel Teixeira Mendes enxerga na tentativa de imposição de limites legais uma motivação autoritária, na medida em que, sob seu ponto de vista, redundaria em obstáculo à liberdade publicitária. Em acréscimo, afirma que justificar a medida como forma de proteger o consumidor se afigura como algo demagógico, pois o cidadão não deve ser tratado como alguém incapaz de formular juízos críticos. Embora esteja de acordo com o estabelecimento de regras para salvaguardar as crianças de publicidade inadequada, entende que o CONAR se apresenta como a instância adequada para fazê-lo (MENDES, 2011, p. 75).

Para Antonio Athayde, por sua vez, a proibição de publicidade nos programas infantis como resposta para o consumo precoce afigura-se simplória, denotando, então, uma fúria

proibitiva. Esta, a seu turno, deixa de ter em consideração a necessária interação entre a democracia e os veículos de comunicação livres, a qual é proporcionada pelo mercado publicitário. Em sua ótica, faz-se necessário, em realidade, o aperfeiçoamento da autorregulação, de modo que seja mais acionada pelos consumidores (ATHAYDE, 2011, p. 88-89).

A visão dos pais como únicos responsáveis pela educação de consumo das crianças também é compartilhada por Luiz Felipe Pondé, que vislumbra na imposição de limitações à publicidade infantil um atestado de incompetência daqueles em ensinar às crianças comportamentos saudáveis (PONDÉ, 2009).

Considerando que a atuação do CONAR na matéria foi invocada mais de uma vez, afigura-se importante analisar o teor de algumas regras estabelecidas no CBAP para tutelar especificamente a publicidade dirigida às crianças. Como ressalta Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, as normas desse código podem ser utilizadas pelas autoridades competentes quando da solução de conflitos (DIAS, 2010, p. 184), conforme disposto no art. 16 do CBAP:

Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código 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 afetadas pelo anúncio.

Existem, como ensina Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, comandos com vistas a evitar que a publicidade infantil estimule, exemplificativamente, comparações entre as crianças, dando azo ao surgimento de sentimentos de superioridade por conta do consumo de determinado produto (DIAS, 2010, p. 184), como é o caso do art. 37, I, alíneas “b” e “d”, assim redigidas:

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

(...)

b. provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;

(...)

d. impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade

Há, ainda, conforme ressalta Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, preocupações em relação aos valores sociais, como a família, a amizade, a honestidade, entre outros (DIAS, 2010, p. 184), consoante disposto no art. 37, II:

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

a. procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;

b. respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;

c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;

e. abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

Resta evidenciado, portanto, que esses preceitos do CBAP voltam-se ao elemento cultural e de formação de hábitos da publicidade, sendo de especial importância por versarem sobre a comunicação mercadológica voltada para o público infantil, cuja condição de pessoa em desenvolvimento requer a assunção de maiores cuidados na veiculação de mensagens.

Lucia Ancona de Lopez Magalhães Dias também salienta que as preocupações quanto à obesidade e problemas correlatos não escaparam à atuação do CONAR, que, editando novas regras para publicidade de alimentos, elaborou o anexo H para o CBAP, de molde a disciplinar a publicidade de alimentos, refrigerantes, sucos, achocolatados e bebidas semelhantes, vislumbrando, dessarte, a promoção de uma alimentação saudável e adequada (DIAS, 2010, p. 185). No que toca especificamente à publicidade infantil desses produtos, foram estatuídas novas regras no mesmo anexo do CBAP, determinando-se, por exemplo, a utilização de personagens ou apresentadores apenas nos intervalos comerciais, uma vez que a criança não distingue a publicidade da programação infantil (DIAS, 2010, p. 186).

Em resumo, o papel dos pais na socialização de seus filhos e na aprendizagem do comportamento de consumo seria o grande responsável pela veiculação de publicidade infantil, pois haveria permissão para que os publicitários participassem da vida das crianças. Nessa linha de raciocínio, não existiriam motivos para a imposição de restrições ao fenômeno publicitário, uma vez que os próprios pais criariam potencial de mercado em seus filhos,

sendo a atividade publicitária, dessa feita, uma simples veiculação de mensagem para um mercado.

Além disso, o CONAR se apresentaria como a instância adequada para discutir eventuais abusos na comunicação mercadológica direcionada ao público infantil. Com efeito, as normas éticas do CBAP já seriam suficientes para disciplinar a atividade publicitária, uma vez que abarcam tanto preocupações em relação ao comportamento da criança na sociedade quanto aos seus hábitos alimentares.

3.2 Por que regular a publicidade infantil?

Daniel Thomas Cook adverte que vislumbrar na criança um agente com vontade, que decide e se autoexpressa, é um artifício que tem sido utilizado pelos profissionais do ramo do marketing infantil, uma forma de se defender da acusação de exploração (COOK, 2004, p. 148-149).

Contudo, há argumentos de peso em favor da regulação da publicidade infantil, cuja base reside, justamente, na vulnerabilidade da criança, e que abordam, principalmente, os possíveis efeitos nocivos da comunicação mercadológica dirigida a uma pessoa em formação. Nessa senda, são frequentemente citados a violência; a fidelização às marcas; o estímulo ao consumo de produtos prejudiciais à saúde, a exemplo do álcool, do cigarro e da "fast food"; a exposição a produtos nocivos ou perigosos à saúde; a erotização precoce.

Antes de tecer considerações sobre os efeitos, entretanto, faz-se necessário comentar as estratégias adotadas pelos publicitários para elaborar publicidade infantil de sucesso – o que não significa, necessariamente, que respeita os direitos da criança.

3.2.1 A interferência da atividade publicitária no exercício do poder familiar

Virgílio Afonso da Silva aponta um problema característico das famílias atuais, qual seja, a impossibilidade de controle mais eficiente sobre o contato das crianças com a mídia, pois, em geral, pais e mães trabalham fora de casa. Em seu entender, essa circunstância permite considerar que o Estado tem um papel importante a desenvolver nesse ambiente

(SILVA, 2012, p. 10).

É relevante ter em consideração a que a CF/88 empreendeu a tutela constitucional da família a partir do art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", norma que pode ser vista como instrumento de proteção da criança. Com efeito, a entidade familiar possui função social, observada, dentre outras formas, a partir do correto exercício do poder familiar, o qual, atualmente, é vislumbrado como instrumento a serviço dos direitos da criança, considerado por Antonio Jorge Pereira Júnior o melhor aliado na formação da pessoa (PEREIRA JÚNIOR, 2011, p. 109).

Sobre a relação entre a atividade publicitária e o exercício do poder familiar, Igor Rodrigues Britto vislumbra na publicidade a ferramenta de marketing mais prejudicial aos valores constitucionais da família, sobretudo pela deturpação dos valores de dignidade, bem como por representar obstáculo ao exercício do poder-dever, afetando a liberdade da família (BRITTO, 2011, p. 110-114). Em acréscimo, assinala que as estratégias publicitárias adotadas ofendem o princípio da boa-fé, notadamente por desrespeitarem a lealdade e a solidariedade que devem informar a relação de consumo (BRITTO, 2011, p. 124).

Susan Linn comunga desse entendimento, exatamente por considerar simplista a solução de dizer aos pais para resistir aos pedidos de seus filhos, vislumbrando na cultura do marketing uma competição com os valores familiares dentro das mentes das crianças. Em acréscimo, aduz que os estudos de marketing voltam-se mais aos produtos anunciados do que aos seus efeitos, dentre os quais está justamente o stress familiar, oportunizado por estratégias variadas, como é caso das que visam a colocar as crianças contra os pais.

Em reforço à sua argumentação, Susan Linn traz à colação um estudo intitulado "The Nag Factor", empreendido pela Western Media International e pela Lieberman Research Worldwide, que analisou quais pais resistem de forma menos eficiente ao "nag", isto é, às amolações das crianças. Dito estudo concluiu que as crianças são responsáveis por cerca de 46% (quarenta e seis por cento) das decisões de compra relacionadas a elas quando amolam os pais, e a partir desses resultados, os publicitários tem adotado estratégias para aumentar o sucesso das vendas (LINN, 2006, p. 56-64).

O que é distinto sobre a amolação das crianças nas últimas décadas, conforme os ensinamentos de Daniel Thomas Cook, é que tem se tornado parte da técnica de marketing bem estudada, já que a influência das crianças nas compras domésticas continua a se ampliar além dos cereais e refrigerantes, chegando à maioria dos itens do lar. Nas décadas recentes, a

crescente ausência ou a disponibilidade limitada das mães para supervisionar o consumo das crianças tem ajudado a tornar os consumidores infantis quase autônomos (COOK, 2004, p. 147). Assim, para além da própria questão da possibilidade de os pais resistirem ao "nag" dos filhos, existe o fato da dificuldade de monitoramento dos hábitos de consumo e do contato com a mídia, o que acaba favorecendo as compras oportunizadas pelas amolações (BAKAN, 2011, p. 52).

Susan Linn critica veementemente a utilização dessa estratégia, por considerá-la antiética, notadamente por ir de encontro aos limites que são impostos pelos pais, prejudicando, dessarte, a autoridade parental. Além disso, entende que estimular esse tipo de comportamento nas crianças significa se aproveitar do desejo dos pais de querer a felicidade dos filhos (LINN, 2006, p. 56-64).

Antonio Jorge Pereira Júnior, por sua vez, ressalta a vulnerabilidade do público infantojuvenil, em vista da preparação que os profissionais do ramo, sobretudo na televisão, possuem na elaboração das peças publicitárias, frente ao que chama de amadorismo educativo dos pais, despidos de instrumentos para fazer frente aos estímulos que vão de encontro aos valores da própria família (PEREIRA JÚNIOR, 2011, p. 203). A gama de mecanismos de que os publicitários dispõem, sobretudo ante o excesso de comunicações mercadológicas, em confronto com o despreparo dos pais justifica, sob a ótica de Britto, a intervenção do Estado nessas relações (BRITTO, 2011, p. 125). Essa opinião também é compartilhada por Susan Linn, para quem os pais, normalmente tidos como responsáveis pelos filhos, enfrentam sérios problemas no desenvolvimento dessa tarefa, uma vez que a indústria do marketing infantil gasta vultosas quantias para atingir as crianças, reduzindo sobremaneira a eficácia do controle parental (LINN, 2006, p. 21).

Para Joel Bakan, proteger as crianças dos efeitos nocivos da publicidade não pode ser responsabilidade apenas dos pais, haja vista existirem limites sobre as possibilidades de ação enquanto familiares, notadamente quando as crianças estão cercadas em todos os lugares e o tempo todo, frequentemente fora do alcance dos pais, pela mídia e pelo marketing, numa verdadeira ubiquidade da publicidade. Dessarte, entende que a sociedade também deve desempenhar um papel (BAKAN, 2011, p. 54).

Susan Linn aduz que crianças entram em contato com mídia, com frequência, sem o auxílio de um adulto que faça o contraponto sobre as mensagens que são veiculadas, asseverando que o problema é ainda mais grave quando se trata de crianças pobres, cuja

exposição é notadamente maior (LINN, 2006, p. 25).

Com vistas a avaliar as percepções de pais sobre a publicidade dirigida às crianças, o Instituto ALANA encomendou pesquisa ao Instituto de Pesquisas Datafolha, a fim de averiguar em que medida os filhos possuem influência, e em que termos é compreendida a necessidade de regulação, e que recebeu o título de “Consumismo na infância”¹⁵. Por intermédio de pesquisa quantitativa com abordagem pessoal dos entrevistados, utilizando questionário estruturado, o Datafolha entrevistou pais de crianças de 3 (três) a 11 (onze anos), de todas as classes econômicas e residentes na cidade de São Paulo.

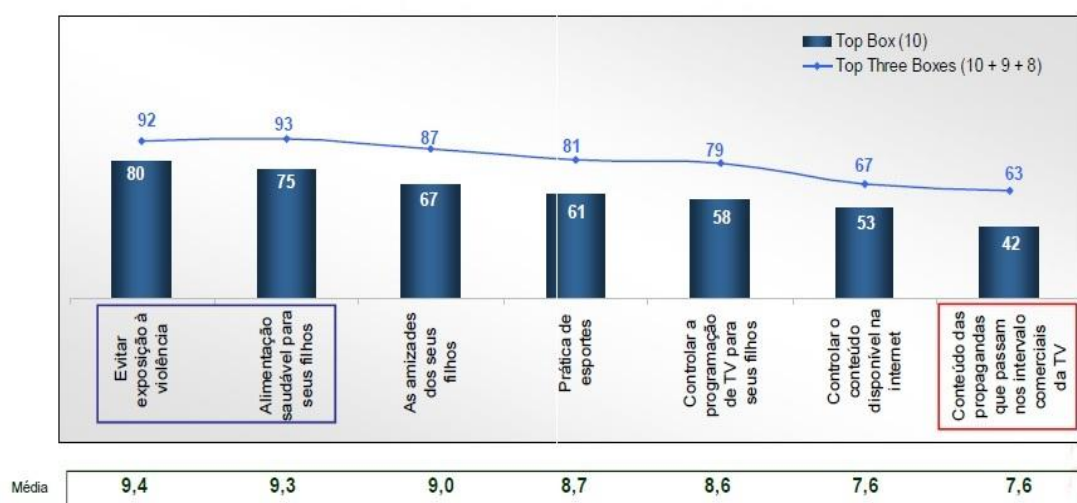
A coleta dos dados ocorreu em 22 e 23 de janeiro de 2010, sendo feitas 411 (quatrocentas e onze) entrevistas. O Datafolha observou que o principal lazer é, para 80% (oitenta por cento) das crianças, ver televisão¹⁶. Essa informação sugere a necessidade de maior conscientização dos pais, uma vez que se trata de ocupação eminentemente sedentária e passiva, que não ocasiona a movimentação da criança e tampouco estimula a criatividade. Além disso, como se verá adiante, esse tipo de lazer ainda culmina com a exposição da criança a conteúdos publicitários que objetivam conseguir a sua adesão.

Questionados se assistir à televisão geraria preocupações quanto ao conteúdo, por meio de resposta estimulada e única, em escala de 10 (dez) pontos, em que 1 (um) é a menor nota e 10 (dez), a maior, 58% (cinquenta e oito por cento) dos entrevistados responderam que atentam para a programação a que seus filhos são expostos, enquanto que 42% (quarenta e dois por cento) demonstraram importar-se com os comerciais que são veiculados nos intervalos dos programas¹⁷, conforme se observa no gráfico abaixo:

¹⁵ Instituto Datafolha. **Consumismo na infância**. Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/Datafolha_consumismo_infantil_final.pdf>. Acesso em 26 dez. 2012. p. 3-6.

¹⁶ *Idem, ibidem*. p. 14.

¹⁷ *Idem, ibidem*. p. 16



Deve-se conceder destaque ao fato de que, frente a outras preocupações como exposição à violência e alimentação saudável, a sujeição à publicidade infantil veiculada entre os programas de televisão não se apresenta como uma preocupação tão relevante para os pais. Dessa feita, é possível concluir que a disseminação da mensagem publicitária nesses intervalos não conta com o contraponto de, ao menos, 58% (cinquenta e oito por cento) dos pais, permitindo-se, nesse sentido, que os publicitários dialoguem com a criança em seu momento de lazer sem qualquer oposição, isto é, sem a presença de um adulto que explique qual o objetivo que permeia a comunicação mercadológica direcionada à criança. Esse dado, então, sugere a necessidade de uma maior conscientização dos pais acerca do impacto da publicidade sobre as crianças.

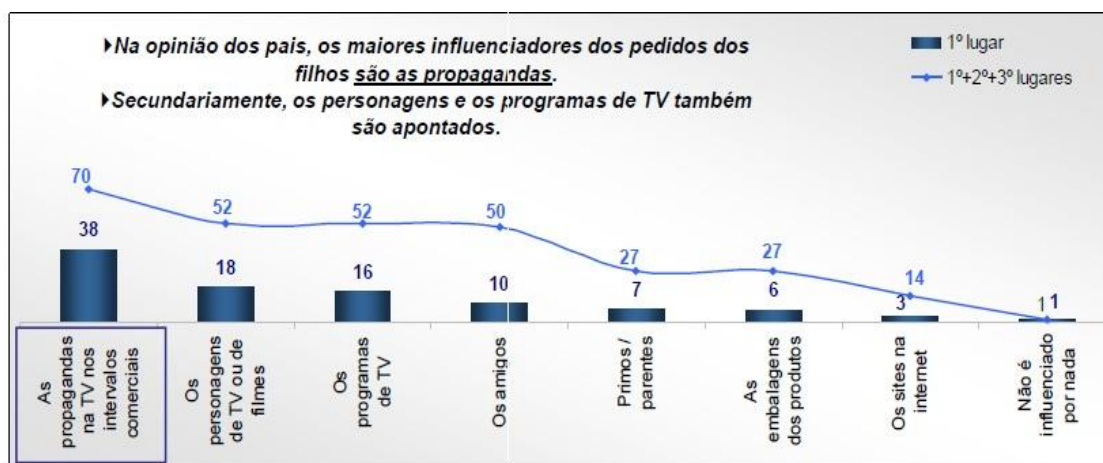
O Datafolha apurou que, por intermédio de resposta estimulada e única, 69% (sessenta e nove por cento) dos pais alegam ser influenciados pelos filhos na hora da compra, conforme tabela abaixo¹⁸:

¹⁸ Instituto Datafolha. **Consumismo na infância.** Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/Datafolha_consumismo_infantil_final.pdf>. Acesso em 26 dez. 2012. p. 30

	PAIS										
	Total	SEXO		IDADE					CLASSIFICAÇÃO ECONÔMICA		
		Masc	Fem	18 a 25 anos	26 a 30 anos	31 a 35 anos	36 a 40 anos	41 anos ou mais	A/B	C	D/E
É influenciado(a) pelo pedido dos filhos	69	73	65	70	69	66	73	68	69	68	74
Sim, muitas vezes	20	25	16	23	20	21	14	23	20	19	26
Sim, de vez em quando	49	48	49	47	48	45	58	44	49	49	49
Não costuma ser influenciado	31	27	34	30	31	34	26	32	30	32	26
Base: Total da amostra	411	186	225	43	99	97	91	81	162	214	35

É interessante observar que a influência dos filhos parece escapar a distinções de sexo, idade e classe econômica, já que, em todos esses estratos, restou evidenciado que a opinião das crianças respalda a escolha das compras a serem feitas – ao menos, ocasionalmente –, com manutenção de altos percentuais em todas as categorias estudadas.

A publicidade, para 38% (trinta e oito por cento) dos entrevistados, afigura-se como fator que contribui para esse quadro, cujos dados estão expostos no gráfico seguinte. Outros aspectos relevantes são os personagens de televisão ou filmes (18%) e programas de televisão (16%)¹⁹:



Esse dado, juntamente com o da tabela anterior, parece sugerir que os mecanismos de formulação da mensagem publicitária descritos por James McNeal não só encontram guarida na realidade brasileira, mas também são eficazes, uma vez que os pais parecem levar em consideração os pedidos das crianças, os quais, a seu turno, originam-se das mensagens

¹⁹ Instituto Datafolha. **Consumismo na infância.** Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/Datafolha_consumismo_infantil_final.pdf>. Acesso em 26 dez. 2012. p. 31

publicitárias que as atingem – para, pelo menos, 38% (trinta e oito por cento) dos entrevistados.

Questionados sobre a influência da publicidade sobre as crianças, por meio de resposta estimulada e única por atributo, em escala de 5 (cinco) pontos, em que 5 (cinco) representa a concordância total e 1 (um), discordância completa, 85% (oitenta e cinco por cento) dos pais responderam que a publicidade influencia a escolha dos presentes que os filhos pedem, bem como que os comerciais levam as crianças a serem consumistas²⁰:

		Filhos		
		Total	3 a 7 anos	8 a 11 anos Completos*
INFLUÊNCIA PROPAGANDA	É alto o grau de concordância entre os pais que as propagandas são influenciadoras de seus filhos.			
	As propagandas que aparecem na TV influenciam meu(s) filho(s) na escolha dos presentes que ele(s) pede(m).	85%	88%	84%
	As propagandas levam as crianças a serem consumistas, ou seja, a querer ter tudo o que vêem	85%	88%	82%
	As propagandas de produtos para adultos podem influenciar as crianças	75%	75%	76%
	A oferta de prêmios e brindes influenciam a escolha do produto/alimento pelo(s) meu(s) filho(s).	75%	76%	75%
RAZÕES PESSOAIS	Eu procuro comprar para meu(s) filho(s) alimentos ou guloseimas que são anunciados nas propagandas.	36%	39%	31%
	Sempre procuro conversar com minha esposa /marido sobre os presentes que iremos dar a nosso(s) filho(s).	83%	84%	81%
	Hoje em dia, é mais fácil escolher os brinquedos e presentes para meu(s) filho(s), devido às propagandas veiculadas na TV.	65%	68%	60%
PEDIDOS	Eu me preocupo com as propagandas voltadas ao(s) meu(s) filho(s), pois ele(s) pode(m) querer comprar.	78%	81%	74%
	O(s) meu(s) filho(s) costuma(m) insistir para que eu compre produtos que eles viram em propagandas na TV.	68%	75%	60%

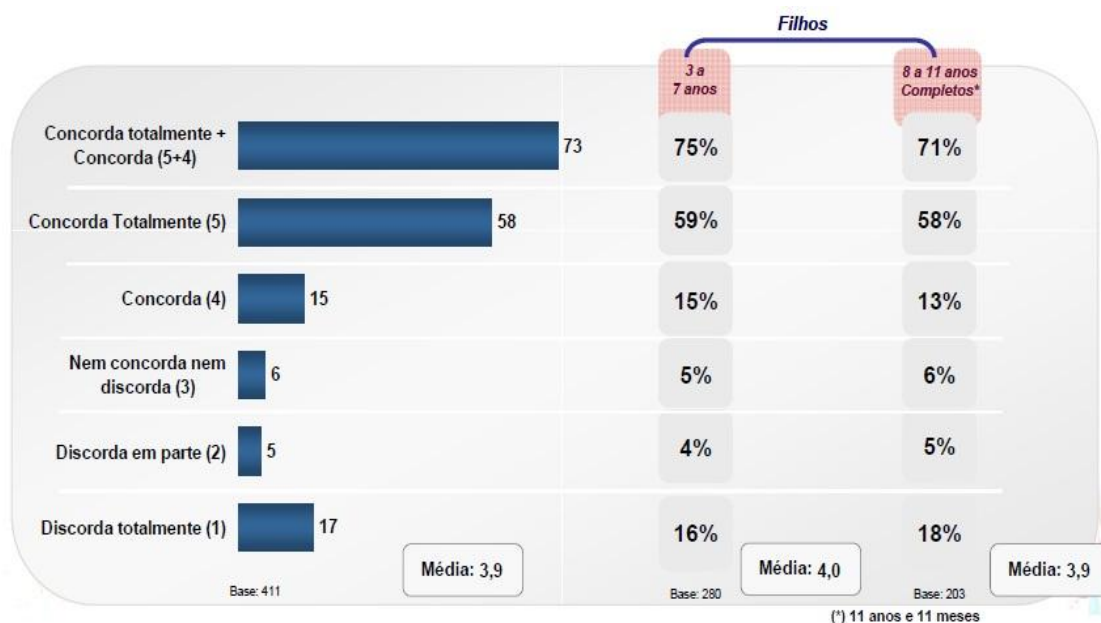
É de se destacar que os pais apontam que os filhos são atingidos também por publicidade de produtos para adultos, já que 75% (setenta e cinco por cento) dos entrevistados responderam dessa forma. Esse dado parece indicar uma constatação fática de que os publicitários tentam transformar as crianças em agentes de compras, nos moldes descritos por James McNeal, com vistas a fazer com que a sua influência se estenda desde produtos infantis até bens para toda a casa. Dessa feita, a preocupação quanto à relação entre criança e publicidade não deve ficar adstrita aos anúncios de produtos infantis, já que publicitários de outras categorias também vislumbram o estabelecimento de contato com a criança.

²⁰ Instituto Datafolha. **Consumismo na infância.** Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/Datafolha_consumismo_infantil_final.pdf>. Acesso em 26 dez. 2012. p. 35

A estratégia de oferecimento de brindes, por sua vez, parece ser muito atraente para as crianças, uma vez que 75% (setenta e cinco por cento) dos pais apontaram-na como uma forma de influir nos desejos dos filhos. Nessa senda, uma eventual regulação da publicidade infantil também deve levar em consideração o poder de que gozam esses brindes na captação da criança.

A amolação também é reconhecida pelos pais como agente dos pedidos dos filhos, uma vez que 68% (sessenta e oito por cento) dos entrevistados responderam que as crianças insistem para que os produtos anunciados sejam adquiridos. Esse dado, embora não seja suficiente para indicar que os publicitários se utilizam do fator amolação para influenciar o comportamento das crianças, parece sugerir uma maior preocupação quanto ao tema, fazendo-se mister o estabelecimento de regulação, com vistas a evitar que seja utilizado.

No que tange à imposição de restrição à publicidade, o Datafolha averiguou, por intermédio de resposta estimulada e única por atributo, em escala de 5 (cinco) pontos, em que 5 (cinco) representa a concordância total e 1 (um), discordância completa, que 75% (setenta e cinco por cento) dos pais de crianças de 3 (três) a 7 (sete) anos concordam com o estabelecimento de regulamentação, ao passo em que 71% (setenta e um por cento) dos pais de crianças de 8 (oito) a 11 (onze) anos são a favor de limitações à atividade, conforme se extrai do gráfico colacionado a seguir²¹:



²¹ Instituto Datafolha. **Consumismo na infância.** Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/Datafolha_consumismo_infantil_final.pdf>. Acesso em 26 dez. 2012. p. 37

Esses dados podem sugerir uma sensibilidade dos pais quanto ao problema das crianças como alvo da publicidade, isto é, que os entrevistados não estão de acordo com a forma como tem ocorrido o contato entre publicitários e crianças. Nesse sentido, essas informações parecem reforçar a ideia de que, para além de preocupações meramente acadêmicas, o tema goza de interesse prático, sobretudo na área do Direito, na medida em que os pais entendem ser necessária uma regulação estatal da atividade publicitária.

É interessante observar, conforme restou evidenciado pela tabela colacionada abaixo, que a concordância com a imposição de restrições à publicidade independe de idade e classe econômica, já que tanto pais jovens quanto mais idosos, bem como membros das classes A/B, C e D/E, majoritariamente, mostraram-se favoráveis aos limites à atividade publicitária²²:

Concordância com a restrição ao Marketing voltado para as crianças

	PAIS										
	Total	Sexo		Idade					CLASSIFICAÇÃO ECONÔMICA		
		Masc	Fem	18 a 25 anos	26 a 30 anos	31 a 35 anos	36 a 40 anos	41 anos ou mais	A/B	C	D/E
Concorda totalmente + Concorda em parte (5+4)	73	72	73	67	75	74	69	75	70	78	57
Concorda Totalmente (5)	58	59	57	44	60	62	59	57	55	62	46
Concorda (4)	15	13	16	23	15	12	10	19	15	15	11
Nem concorda e nem discorda (3)	6	6	6	7	8	3	4	9	6	5	17
Discorda em parte + Discorda totalmente (2+1)	21	22	20	26	17	23	26	16	25	18	26
Discorda em parte (2)	5	5	4	5	5	3	5	5	7	3	6
Discorda totalmente (1)	17	17	16	21	12	20	21	11	18	15	20
Média	3,9	3,9	3,9	3,7	4,1	3,9	3,8	4,1	3,8	4,1	3,6
Base: Total da amostra	411	186	225	43	99	97	91	81	162	214	35

Esses dados parecem indicar que os pais não estão de acordo com a máxima de que a responsabilidade pela proteção das crianças frente à publicidade infantil está, única e exclusivamente, em sua alçada. Dito de outro modo: as informações podem sugerir que os pais consideram que os publicitários também devem ter cuidados na elaboração da mensagem destinada às crianças, tanto que entendem ser necessária a imposição de restrições à atividade publicitária. De certo modo, pode-se aduzir que os entrevistados aparentam crer na eficácia do estabelecimento de limitações à publicidade.

²² Instituto Datafolha. **Consumismo na infância**. Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/Datafolha_consumismo_infantil_final.pdf>. Acesso em 26 dez. 2012. p. 38

Considerando que a grande maioria dos pais concorda com as restrições à publicidade, o Datafolha perguntou sobre como deveria ocorrer, obtendo as seguintes respostas, de forma espontânea e múltipla²³:

Tipo de restrição para limitações ao Marketing			
		Filhos	
	Total	3 a 7 anos	8 a 11 anos completos*
HORÁRIO DAS PROPAGANDAS (Propagandas veiculadas durante o dia/ deveriam ser somente à noite/ deveriam passar depois das 21hs)	20%	20%	19%
CONTEÚDO DAS PROPAGANDAS (Deveria ter comerciais mais educativos/ que incentivem a leitura/ brincadeiras ao ar livre)	13%	12%	12%
BRINQUEDOS (Não deveria ter propaganda de brinquedos/ jogos que incentivem a violência/ brinquedos com armas)	10%	9%	9%
ALIMENTAÇÃO (Deveria ser proibida a veiculação de propagandas de guloseimas/alimentos não saudáveis)	9%	11%	9%
QUANTIDADE DE PROPAGANDAS (Ter número menor de propagandas / diminuir o nº de veiculações de uma mesma propaganda)	9%	9%	11%
FINANCEIRO (Produtos são caros e os pais não podem comprar)	8%	8%	10%
APELO SEXUAL / CONTEÚDO ADULTO (Não mostrar cenas de beijos/ sexo nas propagandas)	7%	5%	10%
BRINDES (Não oferecer brinquedos/ brindes na compra de alimentos que não são saudáveis)	4%	4%	3%
PROIBIR A PROPAGANDA DE PRODUTOS PARA CRIANÇAS NA TV	3%	3%	5%
BEBIDAS / ALCÓOLICOS (Deveria ser proibida a veiculação de propagandas de cerveja/ bebidas alcoólicas)	2%	2%	2%
CIGARRO / FUMO (Deveriam ser proibidas as propagandas de cigarro)	1%	1%	1%
PROGRAMAÇÃO	1%	1%	1%
NÃO SABE/ NÃO RESPONDEU	22%	23%	16%
	Base: 299	209	145
		(*) 11 anos e 11 meses	

É de se destacar que as respostas abrangem tanto restrições de forma, como horário de veiculação, quantidade de comerciais, oferecimento de brindes, quanto de conteúdo, a exemplo de cuidados com educação, alimentação, erotização precoce e exposição a produtos perigosos à saúde, o que denota que os entrevistados consideram importante que as limitações sejam estabelecidas de forma abrangente, bem como que a publicidade seja desenvolvida de forma responsável, tendo em vista o melhor interesse da criança.

Deve-se ressaltar o fato de que a proibição total da atividade publicitária conta com baixa adesão, uma vez que apenas 3% (três por cento) dos pais mostraram-se favoráveis a essa medida. Esse dado pode sugerir que a adoção de uma providência intermediária, como é o caso da regulação, seria mais bem recebida pela população, evitando, assim, que a medida fosse considerada algo gravoso à livre iniciativa, o que contribuiria para o reforço de um discurso contrário à limitação da publicidade.

Vê-se, portanto, que a atividade publicitária dirigida ao público infantil encontra

²³ Instituto Datafolha. **Consumismo na infância.** Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/Datafolha_consumismo_infantil_final.pdf>. Acesso em 26 dez. 2012. p. 44

limites, bem como sofre críticas severas, principalmente em vista da maior fragilidade do público infantil, que está em condição de pessoa em desenvolvimento, bem como por representar obstáculo ao exercício do poder familiar.

3.2.2 Mecanismos adotados para elaborar publicidade infantil: o uso da psicologia, a criação de livros infantis, o licenciamento e a veiculação de mensagens publicitárias nas escolas

Primeiramente, é importante ter em mente os assuntos que são escolhidos pelos publicitários para envolver produtos e serviços. Susan Linn, por exemplo, concede relevo ao fato de que a publicidade se utiliza de recursos altamente especializados, como é o caso da psicologia infantil, para elaborar uma mensagem que efetivamente ressoe, voltando-se para temas que frequentemente guardam pertinência com inseguranças e vulnerabilidades das crianças (LINN, 2006, p. 48).

Não se trata, em verdade, de uma novidade, uma vez que, como dito anteriormente, estudos de psicologia infantil com objetivos comerciais começaram a ser empreendidos em 1938, a partir das experiências de E. Evalyn Grumbine na indústria de roupas americana, mas vem sendo utilizados e refinados, notadamente no desenvolvimento de mensagens diretamente para as crianças e separadamente dos pais, com vistas a desviá-las das recomendações parentais.

Joel Bakan assevera que essa técnica ganhou força especialmente a partir das lições de James McNeal, guru do marketing infantil que notou a possibilidade de transformar a televisão numa importante aliada na ampliação do mercado de consumo infantil justamente com o uso dos recursos da psicologia. Isto porque James McNeal vislumbrou na crescente presença desse meio de comunicação nos Estados Unidos a possibilidade de alcançar a criança diretamente. Para tanto, bastava que os publicitários manejassem as lições da psicologia, de modo a descobrir o que as crianças desejam, em oposição ao querido pelos pais, e então, elaborassem a comunicação mercadológica apta a satisfazer os anseios infantis (BAKAN, 2011, p. 34).

Mecanismo interessante, por sua vez, especialmente por sua nocividade passar despercebida pelos pais, é a dos livros infantis, adotada pioneiramente pela Western Electric,

que desenvolveu um livro para colorir, e pela Ideal Cocoa and Chocolate Company, cuja publicidade continha histórias mitológicas criadas com personagens de chocolates. Para Daniel Thomas Cook, apresenta-se como uma maneira de associar produtos e caracteres infantis, não sendo tão evidente como a publicidade direta, razão pela qual consegue, desviando-se da vigilância dos pais, alcançar a criança (COOK, 2004, p. 73).

Outra estratégia que provou ser eficiente na venda de produtos é conhecida como licenciamento. Adotando esse procedimento, a indústria de roupas, brinquedos, e demais itens voltados para o público infantil aproveita-se do sucesso de programas de televisão e também de filmes infantis, produzindo mercadorias com logotipos e imagens que já são caras às crianças (LINN, 2006, p. 35). Essa técnica é tão eficiente que as vendas de itens infantis com imagens licenciadas alcançaram a cifra de US\$ 20 bilhões (vinte bilhões de dólares) entre 1999 e 2000 (LINN, 2006, p. 75).

Susan Linn ensina que a indústria soube aproveitar bem essa oportunidade de negócios, uma vez que criou programas eminentemente voltados para a venda de produtos infantis, proporcionando, em 1985, a ascensão dos produtos licenciados no mercado, já que, nesse ano, os dez brinquedos mais vendidos baseavam-se em nesses programas. O panorama, de acordo com Susan Linn, agravou-se desde então, pois se permitiu o estabelecimento de megacompanhias como a Disney ou a Time Warner, as quais gozam de amplo espaço na mídia, seja na televisão, seja no rádio ou na internet, promovendo maciçamente publicidade infantil (LINN, 2006, p. 26 e p. 102).

É importante observar que a publicidade também tem sido veiculada nas escolas, as quais convocam atores privados a participarem dos assuntos escolares. Essa situação afigura-se como algo especialmente problemático por conta da legitimidade de que gozam as instituições de ensino, no sentido de que se imagina que priorizam os interesses dos alunos, circunstância difícil de ser verificada faticamente quando interesses corporativos começam a se imiscuir nessa seara (LINN, 2006, p. 109-110).

De acordo com Joel Bakan, a publicidade nas escolas afigura-se como prejudicial por desviar o tempo e a atenção dos estudantes do aprendizado, bem como por contar com o endosso dos responsáveis pela escola, fato que dificulta o cumprimento do mister de promoção de pensamento crítico e reflexão inteligente (BAKAN, 2011, p. 47).

Iniciativa digna de nota, e que reflete exatamente esse objetivo de promover publicidade nas escolas, embora de forma disfarçada, é o programa denominado Media Smart,

cuja atuação se dá em Portugal. No site da organização, encontra-se a informação de que é patrocinada, dentre outras empresas, pela Danone Portugal S.A., pela Ferrero Ibérica S.A., pela Kellogg's España S.A., pela Kraft Foods Portugal Lda., pela Nestlé Portugal S.A., pela Sistemas MacDonald's Portugal Lda., pela Unicer – Bebidas Portugal e pela Unilever Jerónimo Martins Lda., ou seja, instituições que veiculam publicidade infantil, o que se afigura um contrassenso em relação ao mister declarado do programa, qual seja, o de ensinar crianças de 7 (sete) a 11 (onze) anos sobre publicidade. Para atingir esse objetivo, o Media Smart elabora e distribui materiais nas escolas primárias, supostamente para auxiliar na compreensão e interpretação da publicidade por aqueles que são alvo dela.

O programa Media Smart, contudo, claramente não é desinteressado, bem como não seria realizado nas escolas se não fosse lucrativo, ou seja, se não fosse render frutos para as companhias que promovem publicidade infantil.

No Brasil, de outro giro, a publicidade nas escolas não se apresenta como problema meramente teórico. O caso do Estado de Alagoas é exemplar, uma vez que o governador do Estado, Teotônio Vilela, sancionou, em 30 de novembro de 2011, a Lei 7288/2011²⁴, cujo objetivo é franquear às empresas a possibilidade de fazerem publicidade nos estabelecimentos de ensino, com aposição de suas marcas nos uniformes escolares. Por oportuno, vale trazer à colação alguns artigos da nova legislação:

Art. 1º O Poder Executivo poderá incrementar a inscrição do nome ou marca de empresas patrocinadoras, nos uniformes dos alunos da rede de educação básica do Estado de Alagoas.

(...)

Art. 3º A empresa patrocinadora de escola pública estadual terá exclusividade à inscrição de seu nome ou marca no uniforme respectivo, durante o período do patrocínio.

Parágrafo único. É vedado o patrocínio de empresas que tenham por finalidade a produção ou comercialização de álcool e fumo.

O objetivo da nova lei é proporcionar o fornecimento de uniforme, bem como de material escolar e de móveis a um maior número de crianças, por intermédio do auxílio de

²⁴ ALAGOAS (Estado). Lei ordinária n.º 7288/2011, de 30 de novembro de 2011. Dispõe sobre as empresas patrocinadoras de escolas públicas e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Alagoas**, Poder Executivo, Maceió, AL, 1 dez. 2011. p. 2. Disponível em: <http://www.imprensaoficial.al/diariooficial/anteriores/2011/12%20DEZEMBRO/01122011/01%20Poder%20Executivo.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2013.

empresas que optem pela divulgação de suas marcas nas escolas²⁵.

É interessante observar que, com essa legislação, há autorização para que as escolas apoiem as mensagens publicitárias, circunstância que culmina com a conversão das próprias crianças em veículos de publicidade. Houve, apenas, a preocupação em vedar a difusão de publicidade de álcool e tabaco, como se a difusão de mensagens com viés publicitário em si, sobretudo no ambiente escolar, não fosse algo prejudicial ao desenvolvimento das crianças.

A redação da lei sequer balizou quem poderá ser patrocinador, e por ser muito aberta, admite que qualquer empresa que não fabrique produtos alcoólicos ou fumíferos divulgue anúncios publicitários na escola. Nessa senda, exemplificativamente, empresas de “fast food” ou de outros produtos que anunciam para as crianças estão autorizadas a invadir o espaço escolar para fazer publicidade, tudo isso com a anuência do poder público e dos responsáveis pela escola.

Não se deve olvidar que, por força do art. 24, XV, da CF/88, a competência para legislar sobre a proteção à infância e à juventude é concorrente, cabendo à União a edição de normas gerais, enquanto que aos Estados toca a formulação de normas complementares, as quais não devem contrariar aquelas feitas pela União, por se tratar de uma repartição vertical de competências. Considerando que a União elaborou o ECA, está-se diante de uma relação de subordinação, pelo que as normas estaduais devem respeitar as disposições desse estatuto.

O ECA, a seu turno, contém dispositivos cuja interpretação permite questionar a Lei 7288/2011. O art. 5º, por exemplo, proíbe a exploração de crianças e adolescentes, e uma tal veiculação de publicidade redundaria em um claro aproveitamento comercial das crianças, a pretexto de solucionar o problema do fornecimento de fardamento escolar, que é de atribuição do poder público.

O art. 15º, por sua vez, determina o respeito à dignidade da criança e do adolescente, que não será observada com a colocação de marcas no uniforme escolar, uma vez que o foco é comercial, e não no desenvolvimento desses sujeitos de direitos.

Ademais, o art. 53 ressalta o aspecto de formação de que goza a educação, dimensão que será, evidentemente, afetada com a veiculação de publicidade nas escolas, notadamente por representar um prejuízo à formação do senso crítico dos estudantes, já que as marcas, ao

²⁵ GOMES, Rodrigo. **Alagoas aprova publicidade em uniforme escolar e causa polêmica.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/educacao/alagoas-aprova-publicidade-em-uniforme-escolar-causa-polemica-3443548>>. Acesso em 15 jan. 2013.

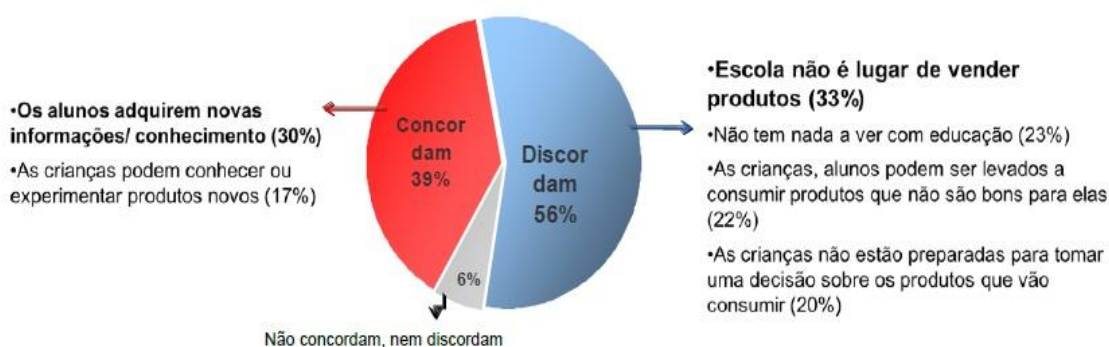
contarem com o beneplácito da escola, certamente aumentarão seu poder persuasivo. Por todas essas razões, entende-se que a legislação em vigor no Estado de Alagoas colide com as diretrizes gerais estabelecidas pelo ECA.

É importante ter em mente que o Instituto Datafolha investigou a opinião da população brasileira sobre a publicidade nas escolas, averiguando que há resistência à veiculação de mensagens publicitárias nesse ambiente. Por intermédio da pesquisa “Opiniões sobre a propaganda infantil”, encomendada pelo Instituto ALANA²⁶, o Datafolha buscou apurar o que a população brasileira, em especial os pais de crianças de até 11 (onze) anos de idade, pensa sobre a publicidade feita nas escolas.

Por meio de pesquisa qualitativa, feita com abordagem pessoal em pontos de fluxo populacional e aplicação de questionário estruturado, homens e mulheres, de 16 (dezesesseis) anos ou mais, oriundos de todas as classes econômicas, em 145 (cento e quarenta e cinco) municípios brasileiros, foram entrevistados sobre a publicidade nas escolas. A coleta dos dados ocorreu em 4 e 5 de abril de 2011, tendo sido realizadas 2061 (duas mil e sessenta e uma) entrevistas finais, sendo que 596 (quinhentas e noventa e seis) entrevistas foram feitas com pais e mães de crianças de até 11 (onze) anos.

De acordo com o gráfico abaixo, 56% (cinquenta e seis por cento) da população entrevistada são contrários à disseminação de comunicação mercadológica nas escolas²⁷:

É correto as empresas fazerem propaganda dentro da escola?



Esse dado pode ser lido como uma dissociação feita pelos entrevistados entre educação e consumo, uma vez que as respostas negativas à veiculação de comerciais no

²⁶ Instituto Datafolha. **Opiniões sobre a propaganda infantil**. Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/propaganda-infantil-maio-2011.pdf>. Acesso em 27 dez. 2012.

²⁷ *Idem, ibidem*. p. 24.

ambiente escolar ressaltam a inexistência de viés educativo na comunicação mercadológica. Dessa forma, pode-se afirmar que a população, majoritariamente, possui reflexão crítica acerca da publicidade, isto é, vê com desconfiança a veiculação de mensagens publicitárias nas escolas, entendendo que o ato de consumir requer um amadurecimento maior do que o que as crianças possuem, bem como que a escola não é um espaço propriamente publicitário – os misteres não se coadunam.

Deve-se ressaltar que, no estrato analisado, estão incluídos pais e pessoas que não possuem filhos, o que significa que a visão crítica sobre a divulgação de anúncios publicitários nas escolas independe de se vivenciar cotidianamente a experiência.

É interessante anotar que essa tendência é observada em todas as regiões do Brasil, conforme a tabela abaixo²⁸:

Em %

É correto as empresas fazerem propaganda dentro da escola?	TOTAL	Região				Natureza do município	
		Sul	Sudeste	Norte/ Centro-Oeste	Nordeste	Capital + Região Metropolitana	Interior
CONCORDA TOTALMENTE + CONCORDA EM PARTE (5+4)	39	39	45	29	35	43	36
Concorda totalmente (5)	20	18	24	12	19	22	19
Concorda em parte (4)	19	21	21	17	17	22	17
NÃO CONCORDA NEM DISCORDA (3)	6	8	4	5	7	5	6
DISCORDA EM PARTE + DISCORDA TOTALMENTE (2+1)	56	53	51	66	58	51	58
Discorda em parte (2)	12	12	13	11	11	12	12
Discorda totalmente (1)	44	41	38	54	47	39	46
Média	2,6	2,6	2,8	2,2	2,5	2,8	2,5
Base: População 16 anos ou mais	2061	316	850	334	561	833	1228

Com efeito, o percentual da população que discorda da veiculação supera o que está de acordo, sendo de 53% (cinquenta e três) por cento no Sul, 51% (cinquenta e um por cento) no Sudeste, 66% (sessenta e seis por cento) no Norte e Centro-Oeste e 58% (cinquenta e oito por cento) no Nordeste, circunstância que denota certa homogeneidade de opinião sobre o tema no Brasil, ultrapassando, dessa feita, distinções regionais.

²⁸ Instituto Datafolha. **Opiniões sobre a propaganda infantil**. Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/propaganda-infantil-maio-2011.pdf>. Acesso em 27 dez. 2012. p. 27

Em geral, o estrato da população que tem filhos tende a ser mais refratário à publicidade nas escolas, conforme tabela abaixo²⁹:

Em %

É correto as empresas fazerem propaganda dentro da escola?	TOTAL	Sexo		Idade					Filhos		
		Mascu- lino	Femi- nino	16 a 24 anos	25 a 34 anos	35 a 44 anos	45 a 59 anos	60 anos ou mais	Filhos até 11 anos	Filhos com 12 anos ou mais	Não tem filhos
CONCORDA TOTALMENTE + CONCORDA EM PARTE (5+4)	39	40	38	47	41	37	33	32	37	36	44
Concorda totalmente (5)	20	20	19	24	20	19	17	18	17	19	21
Concorda em parte (4)	19	20	19	23	21	19	16	14	20	16	23
NÃO CONCORDA NEM DISCORDA (3)	6	5	6	7	3	5	6	9	4	6	7
DISCORDA EM PARTE + DISCORDA TOTALMENTE (2+1)	56	55	56	46	57	58	62	59	59	59	49
Discorda em parte (2)	12	10	13	9	14	15	12	10	13	13	11
Discorda totalmente (1)	44	45	42	37	43	43	50	50	46	46	38
Média	2,6	2,6	2,6	2,9	2,6	2,6	2,4	2,4	2,5	2,5	2,8
Base: População 16 anos ou mais	2061	996	1065	509	476	409	398	269	596	940	740

De fato, 59% (cinquenta e nove por cento) dos pais com crianças de até 11 anos são contrários à publicidade nas escolas, assim como 59% (cinquenta e nove por cento) dos pais cujos filhos possuem mais de 12 (doze) anos, ao passo em que 49% (quarenta e nove por cento) dos que não possuem filhos discordam da veiculação, contra 44% (quarenta e quatro por cento) de entrevistados que concordam com a publicidade nas escolas.

Embora a visão crítica sobre a divulgação de anúncios publicitários nas escolas independa de se vivenciar cotidianamente a experiência, os pais, talvez por serem por serem afetados diretamente pela publicidade nas escolas, ou então por vislumbrarem de forma mais fácil os efeitos negativos que adviriam da adoção da prática, apresentam-se mais sensíveis ao problema, podendo significar que existe uma preocupação maior entre os pais sobre o que está sendo estimulado no ambiente escolar.

É interessante observar que a oposição à publicidade nas escolas apresenta-se como um dado na maioria das classes econômicas – com exceção, apenas, da classe A/B, em que a discordância foi de 49% (quarenta e nove por cento) – independentemente, dessa feita, do nível de

²⁹ Instituto Datafolha. **Opiniões sobre a propaganda infantil**. Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/propaganda-infantil-maio-2011.pdf>. Acesso em 27 dez. 2012. p. 28

escolaridade e da renda familiar mensal, de acordo com a tabela colacionada a seguir³⁰:

Em % É correto as empresas fazerem propaganda dentro da escola?	TOTAL	Classe econômica			Escolaridade			Renda familiar mensal			
		A/ B	C	D/ E	Funda- mental	Médio	Supe- rior	Até 2 S.M.	Acima de 2 a 3 S.M.	Acima de 3 a 5 S.M.	Acima de 5 S.M.
CONCORDA TOTALMENTE + CONCORDA EM PARTE (5+4)	39	45	38	33	35	43	42	36	38	44	42
Concorda totalmente (5)	20	22	20	18	21	20	15	20	17	20	28
Concorda em parte (4)	19	23	19	15	14	23	26	16	21	24	14
NÃO CONCORDA NEM DISCORDA (3)	6	6	5	7	5	5	7	6	6	4	5
DISCORDA EM PARTE + DISCORDA TOTALMENTE (2+1)	56	49	57	60	60	52	51	58	57	52	53
Discorda em parte (2)	12	11	13	11	11	13	12	11	16	12	6
Discorda totalmente (1)	44	38	44	49	49	39	40	47	41	40	47
Média	2,6	2,8	2,6	2,4	2,5	2,7	2,7	2,5	2,6	2,7	2,7
Base: População 16 anos ou mais	2061	541	1106	414	936	840	277	907	400	587	98

Deve-se ressaltar que a classe econômica mais sensível ao problema é a D/E, pois 60% (sessenta por cento) dos entrevistados dessa classe se opuseram à veiculação de publicidade nas escolas, o que pode apontar uma maior dificuldade de lidar com os pedidos das crianças por produtos que são expostos no ambiente escolar, ou talvez uma preocupação em relação ao tema por conta do orçamento familiar ser mais reduzido, significando, desse modo, uma menor disponibilidade de atender aos desejos de consumo das crianças.

Por fim, são importantes para a compreensão do tema as lições de Zygmunt Bauman, para quem a publicidade veiculada nas escolas culmina com uma verdadeira naturalização do consumo, isto é, estreita a visão dos alunos sobre o objetivo eminentemente comercial da mensagem, prejudicando a percepção da publicidade de forma crítica. Para além dessa questão, há a dificuldade da percepção da mensagem como publicitária, que já é ponto polêmico no tema publicidade infantil e se agrava ainda mais quando a criança não está presente em um ambiente claramente comercial, mas que, em verdade, tem como objetivo primário o ensino e a aprendizagem.

³⁰ Instituto Datafolha. **Opiniões sobre a propaganda infantil**. Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/propaganda-infantil-maio-2011.pdf>. Acesso em 27 dez. 2012. p. 29

3.2.3 Iniciativas adotadas para combater a veiculação de publicidade infantil abusiva

O Yale's Rudd Center for Food Policy and Obesity é importante instituição de pesquisa dedicada à melhoria da dieta alimentar do mundo e à prevenção da obesidade, vislumbrando a reversão da propagação global desse problema de saúde. Para tanto, desenvolve estudos estratégicos e interage com os principais atores dos meios de comunicação, da indústria e do governo, mobilizando esforços para o desenvolvimento de medidas inovadoras e eficazes no combate à obesidade, de molde a melhorar a saúde global³¹.

Esse centro possui críticas contundentes em relação à autorregulação. Primeiramente, acredita na sua ineficácia, pois analisa situações semelhantes ocorridas em outros setores e que culminaram com a verificação de resultados insatisfatórios. Além disso, em sua ótica, os esforços autorreguladores prestam-se mais à formação de uma imagem positiva para a indústria patrocinadora do que a reais benefícios para a saúde pública.

É interessante observar que, em 2006, companhias de alimentos assumiram, o compromisso de se abster de anunciar ou apenas anunciar produtos no estilo "better-for-you" (melhor para você) para crianças abaixo de 12 (doze) anos, firmando o acordo conhecido como CFBAI. Até o momento, 16 (dezesesseis) companhias, as quais representam cerca de 80% (oitenta por cento) de toda a publicidade de alimentos na televisão infantil, adotaram a iniciativa (BAKAN, 2011, p. 54).

Os especialistas do Rudd Center, contudo, apontam limitações da CFBAI sobre a melhora na saúde infantil, haja vista identificarem brechas que permitem que companhias participem dos acordos sem, contudo, reduzirem a exposição das crianças aos alimentos não saudáveis de forma efetiva. Citam a circunstância de que os compromissos limitam anúncios apenas em mídia voltada para crianças, o que seria insuficiente para atingir objetivos mais amplos de redução da obesidade infantil, já que boa parte da exposição ocorre na programação de mídia que não é especificamente voltada para o público infantil (BAKAN, 2011, p. 54).

Vê-se, portanto, que do ponto de vista dos estudiosos do Rudd Center, a regulação estatal seria uma alternativa mais eficaz. Postura dessa natureza, então, foi adotada em 2 de

³¹ Essa descrição é declarada no próprio site do centro. Disponível em: < http://www.yaleruddcenter.org/who_we_are.aspx>. Acesso em 24 set. 2012.

novembro de 2010 em São Francisco, nos Estados Unidos, já que se editou uma lei que proíbe restaurantes de "fast food" de darem brinquedos, com vistas a promover hábitos alimentares saudáveis, bem como combater a obesidade infantil, sendo uma medida que atinge, por exemplo, o "McLanche feliz", vendido pelo McDonald's (BAKAN, 2011, p. 54).

O prefeito da cidade vetou a lei por vislumbrar uma atuação estatal exagerada, bem como por entender que decisões sobre o consumo de produtos não saudáveis deveriam caber exclusivamente aos pais, entretanto, o veto, foi superado pela "board of supervisors" (BAKAN, 2011, p. 55). Assim, os restaurantes de "fast food" que desejarem adotar brindes como chamariz para crianças devem atender a padrões específicos, quais sejam, oferecê-los em refeições que contenham menos de 600 (seiscentas) calorias, menos de 640 (seiscentos e quarenta) miligramas de sódio, menos de 35% (trinta e cinco por cento) de calorias oriundas de gordura e menos de 10% (dez por cento) de calorias vindas de gorduras saturadas, além de proporcionar, no mínimo, metade de 1 (um) copo de frutas ou 3 (três) quartos de 1 (uma) xícara de legumes.

Para Joel Bakan, focar exclusivamente nos direitos e responsabilidades dos pais significa eximir as empresas de "fast food" da responsabilidade pelos índices de obesidade infantil e de outros problemas de saúde, sendo uma estratégia pouco sincera, na linha dos estudos do Rudd Center, notadamente por deixar de levar em consideração os esforços substanciais que a indústria faz para atrair as crianças. Exemplificativamente, cite-se o fato de que, em 2009, foram despendidos mais de US\$ 4.200.000.000,00 (quatro bilhões e duzentos milhões de dólares) em anúncios, quantia que reflete bem o quão lucrativo é o público infantil (BAKAN, 2011, p. 55).

Ainda sobre a experiência verificada no estrangeiro, é interessante observar o desdobramento da discussão em torno de uma lei, na província de Quebec, no Canadá, que proibiu praticamente todo anúncio voltado para pessoas com menos de treze anos de idade. Dito diploma chegou a ser questionado na Suprema Corte como caso que envolvia liberdade de expressão. Para a corte, todavia, se a legislação avaliou como deveria ser exercido o direito, resolvendo previamente o conflito, não lhe caberia repensar o assunto, pois apenas substituiria uma escolha por outra (BAKAN, 2011, p. 49). Em resumo: para a Suprema Corte do Canadá, trata-se de assunto afeto ao Poder Legislativo, que fez uma escolha prévia sobre a prevalência de um determinado direito sobre outro, devendo, assim, ser respeitada.

Não se deve descurar que, no Brasil, o tema também tem sido abordado em sede judicial. Cumpre mencionar a ação civil pública n.º 2009.61.00.013789-7, ajuizada pelo Ministério Público Federal de São Paulo (MPF/SP) em face das empresas Mc Donald's, Bob's e Burger King, em trâmite perante a 15ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo. Nessa ação, o MPF/SP vislumbra obter a suspensão dos brindes na venda de lanches com baixo teor nutricional, encontrando-se o processo no aguardo do julgamento em primeiro grau.

A questão dos alimentos do gênero “fast food”, conforme debatido nessa ação civil pública, transpõe as barreiras da simples atividade comercial para incidir na seara de proteção da saúde das crianças. O MPF/SP, ao tentar dissociar o consumo de produtos pobres em nutrientes do recebimento de brindes, demonstra estar em sintonia com as discussões sobre obesidade infantil, as quais salientam o consumo excessivo de “fast food” como fator relevante nesse contexto, motivo pelo qual consideramos essa ação civil pública uma iniciativa exemplar de concretização do princípio da absoluta prioridade.

Também deve ser mencionada a adoção, no Brasil, de algumas iniciativas de cunho administrativo, com vistas a empreender modificações na comercialização de produtos carentes de nutrientes, evidenciando, então, preocupações com a saúde das crianças. Nessa senda, foi editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em 2010, a Resolução n.º 24 (RDC 24 – Anexo A), com o objetivo de regulamentar a publicidade de alimentos ricos em açúcar, gordura saturada, gordura trans e sódio, bem como de bebidas com baixo teor nutricional. Do art. 12 da resolução, extrai-se a necessidade de a publicidade desses produtos ser claramente identificada como tal, assim como informar sobre os efeitos negativos advindos do consumo desses produtos.

A Resolução, entretanto, foi suspensa por intermédio da ação ordinária n.º 42882-45.2010.4.01.3400, ajuizada perante a 16ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação (ABIA). Para a autora, a ANVISA carece de competência para normatizar o assunto, pois seria necessária a edição de lei federal que versasse sobre a matéria, entendimento que foi esposado pela juíza federal Gilda C. Seixas. Na sentença, a juíza entendeu que a ANVISA, ultrapassando os limites de atuação que lhes são conferidos por lei, teria ofendido o direito à publicidade, ocasionando intervenção indevida na atividade das empresas associadas da ABIA.

Para tanto, invocou a aplicação do art. 220 da CF/88, §3º, II e §4º, além de entender que, de acordo com o art. 7º, XXVI, da Lei 9782/99, a atuação da agência circunscreve-se à legislação sanitária. Dessa forma, considerou que a regulamentação empreendida pela ANVISA deve ter como mister apenas o detalhamento das normas, e não a criação de restrições outras que não as previstas em lei. O processo, atualmente, encontra-se no aguardo de decisão em segunda instância, no Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

Primeiramente, a Lei 9782/99 não se afigura como a única legislação incidente sobre o tema, uma vez que o CDC também contém normas de suma importância para o caso em discussão, pois tutelam a informação que deve ser prestada ao consumidor.

Impressiona o fato de, na sentença, não ter sido explorado qualquer dispositivo do CDC atinente à informação e à saúde do consumidor, mas sim, ter-se limitado a dizer que a suposta ausência da lei requerida pelo art. 220, §3º, da CF/88, impediria a atuação da ANVISA. Em realidade, poderia ter sido invocado o art. 6º do CDC, dispositivo que erige, no inciso III, a informação como direito básico, ou seja, como direito mínimo, gerando, dessarte, o dever correlato de informar. Trata-se de um piso, que deve ser respeitado pelo fornecedor justamente por gozar de maior conhecimento técnico e científico sobre o produto que está colocando no mercado de consumo, e também por auferir vantagem econômica em razão dessa atividade.

Além disso, determinar que seja informado quais malefícios podem advir do consumo desses alimentos e bebidas não se afigura como ônus excessivo imposto ao fornecedor, mas, em realidade, como obrigação decorrente desse dever de informar, que está, ademais, prevista no art. 8º do CDC, por consubstanciar “informação necessária e adequada”. De fato, a discussão sobre o consumo de alimentos e bebidas pobres em nutrientes, bem como sobre os deveres impostos aos fornecedores, não pode perder de vista os conhecimentos adquiridos em outros ramos do saber, os quais consideram que, apesar de não serem os alimentos e bebidas os únicos causadores da obesidade – problema multifatorial – o consumo desses produtos apresenta-se como algo relevante.

Nessa senda, cumpre estabelecer um diálogo com outras áreas do conhecimento, sobretudo as que guardam relação com a saúde pública, a fim de, oxigenando o direito com os novos dados coligidos, determinar quais obrigações devem recair sobre os fornecedores de produtos pobres em nutrientes. Dito de outro modo: a aplicação da lei empreendida pela agência reguladora não pode se dar à margem do conhecimento científico alcançado por

outros ramos e do debate travado em outras searas – a Organização Mundial da Saúde, por exemplo, considera a publicidade infantil desses alimentos e bebidas como algo que contribui para a obesidade³². Além disso, em se tratando de problemas multifatoriais, é inegável que a informação exsurge como um modo de minimizar o problema, ainda mais em um contexto de sérios problemas de eficácia do art. 6º, II, do CDC, que prevê a educação para o consumo como direito básico do consumidor.

Por tudo isso, a invocação do CDC já seria suficiente para justificar a edição da RDC 24, especialmente porque essa resolução almejava, simplesmente, explicitar de que forma a informação deveria ser proporcionada no caso de alimentos e de bebidas de baixo teor nutricional.

Cumprе salientar que o Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (CEPEDISA), ligado às Faculdades de Saúde Pública e de Direito da Universidade de São Paulo e que conta com a participação de juristas como Dalmo de Abreu Dallari, Fábio Konder Comparato, Gilberto Bercovici, Marcelo Neves e Vidal Serrano Nunes Junior, também defende que a ANVISA não exorbitou de sua competência legal ao editar a RDC 24. O centro entende que a legislação exigida pelo art. 220, §3º, II, da CF/88, é justamente a Lei 9782/99, diploma legal que, no art. 7º, XXVI, prevê a possibilidade de fiscalização e controle da publicidade de produtos sujeitos à fiscalização sanitária³³, que é o caso dos alimentos e bebidas de baixo teor nutricional.

A discussão do assunto no Brasil, contudo, não se resume a contendas judiciais e administrativas. Com efeito, há diversos projetos de lei em curso no Congresso Nacional, sendo importante fazer referência ao de n.º 5921/2001, cujo objetivo é a proibição total da publicidade infantil, pois, a fim de discutir a regulação, ocorreu, em 3 de julho de 2012, uma audiência pública na Câmara dos Deputados, que contou com a participação de diversos interessados no assunto, a exemplo do Instituto Alana e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

³² FERRAZ, Mariana. **Carta à sociedade brasileira em defesa da regulamentação da publicidade de alimentos não saudáveis como direito de cidadania**. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/carta-a-sociedade-brasileira-em-defesa-da-regulamentacao-da-publicidade-de-alimentos-nao-saudaveis-como-direito-de-cidadania>>. Acesso em 9 jan. 2013.

³³ CEPEDISA. **ANVISA e a regulação de publicidade de alimentos**. Disponível em: <http://www.cephedisa.org.br/adm/noticia_detalhe.aspx?id_noticia=784>. Acesso em: 9 jan. 2013.

A proposta original vislumbrava a alteração do art. 37, §2º, do CDC, nos seguintes termos: “§2ºA. É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança”.

Na esteira das lições de Virgílio Afonso da Silva, todavia, entendemos que a regulação da atividade publicitária pelo Estado apresenta-se como um meio menos restritivo ao direito de anunciar, motivo pelo qual defendemos a regulação, e não a proscrição da publicidade dos produtos infantis. Ademais, a proibição da publicidade de produtos infantis não se apresenta como a única forma de lidar com a questão, pois, conforme visto anteriormente e como será mais desenvolvido adiante, quando for abordado o merchandising em programas infantis, os publicitários vislumbram a transformação da criança em agentes de compras para toda a casa, devendo, portanto, a regulação da matéria levar esse dado em consideração.

Houve, ainda, o oferecimento de parecer pela aprovação, com substitutivo, ao PL 5921/2010 (Anexo B), em 13/12/2010, pelo Deputado Bilac Pinto, do PR-MG, na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), sendo relevante analisar algumas modificações verificadas no projeto de lei.

Primeiramente, deve-se salientar o art. 6º do substitutivo, cujo teor é o seguinte: “A propaganda comercial dirigida majoritariamente a crianças e adolescentes, assim definida no art. 4º desta lei, deve atender aos seguintes requisitos: (...)”. A redação já se inicia de forma problemática, pois uma regulação estatal que, efetivamente, vise à modificação do panorama de abuso que vem sendo constatado, deve admitir como únicos destinatários do anúncio de produtos e serviços – infantis ou não - os adultos, e não as crianças. Dessa feita, deve-se buscar interditar quaisquer possibilidades de o mercado dialogar diretamente com a criança, exatamente por conta da condição de pessoa em formação, a qual demanda maiores cuidados na execução de atividades que possam afetar os seus interesses. O art. 71 do ECA, exemplificativamente, proscree atividades que sejam prejudiciais ao bom desenvolvimento infantil.

Além disso, esse longo dispositivo, com 17 (dezessete) incisos, praticamente limitou-se a reproduzir o art. 37 do CBAP, pois, por exemplo, o art. 37, I, a do CBAP corresponde ao inciso XVI do art. 6º do substitutivo; o art. 37, I, d assemelha-se ao inciso X do art. 6º, dentre outros.

Trata-se, contudo, de postura inadequada para empreender uma regulação satisfatória da matéria, dado que o CBAP, por ter sido produzido pelos próprios agentes do mercado

publicitário, afigura-se como mais brando do que deveria, efetivamente, ser. Com efeito, na formulação desse código de conduta, o CONAR levou em consideração os próprios interesses da categoria publicitária, e uma atuação estatal nessa seara deve estar desvencilhada de posturas dessa natureza, a fim de alcançar uma normatização mais consentânea com os desígnios de tutela desse hipervulnerável que é a criança.

Por outro lado, afigura-se como salutar a finalidade de explicitar a proscrição, no ordenamento jurídico brasileiro, da técnica do merchandising nos programas infantis, conforme se extrai do art. 7º do substitutivo, trazido à colação:

Art. 7º São vedadas e consideradas abusivas, na propaganda comercial dirigida majoritariamente a crianças e adolescentes, assim definida no art. 4º desta lei, as seguintes práticas:

I – utilização de formato de merchandising, em especial em programas audiovisuais ou de áudio destinados majoritariamente a crianças e/ou a adolescentes;

(...)

Conforme se verá no tópico 4.2, o merchandising configura estratégia publicitária que conflita com o art. 36 do CDC, o qual prevê a identificação da mensagem publicitária como princípio regulador da publicidade, e também com o art. 37, §2º, pois configura técnica que se aproveita da “deficiência de julgamento e experiência da criança”. Nessa senda, o substitutivo, ao minudenciar que o uso do merchandising infantil é abusivo, está em consonância com as críticas e discussões mais recentes sobre essa técnica publicitária, configurando, dessarte, uma iniciativa capaz de barrar as ofensas ao CDC que tem sido praticadas por meio da utilização da publicidade disfarçada, e que serão mais detalhadas adiante.

Também se afigura digno de relevo o Projeto de lei n.º 702/2011 (PL 702/2011 – Anexo C), cujo mister é impor restrições de horário à publicidade infantil, nos seguintes termos:

Art. 2º Acrescente-o § 2º ao art. 76 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, com a seguinte redação:

“Art.76.

§ 2º É proibida a veiculação de propaganda direcionada especificamente para o público infantil nos canais de televisão aberta e por assinatura no período das 7 (sete) às 22 (vinte e duas) horas.”

Considerando que o ECA impõe, no art. 76, limitações de horário para obras protegidas pelo art. 5º, IX, da CF/88, que tutela a liberdade de criação, com maior razão o

estabelecimento de restrições dessa natureza à publicidade, cuja finalidade é estritamente comercial. Com base no princípio da absoluta prioridade, previsto no art. 227 da CF/88 e concretizado no referido art. 76, inexistente conflito entre a liberdade de criação e a proteção da criança, pois o constituinte determinou, previamente, que a tutela da pessoa em desenvolvimento deve prevalecer.

Além disso, a própria CF/88, no art. 220, §3º, II, oferece a possibilidade de a família se defender de programas de rádio e de televisão que, de acordo com o art. 221, desrespeitem os seus valores éticos. Ou seja, a liberdade de criação encontra limites na defesa da família, e já que a CF/88 põe a salvo o núcleo familiar de produtos dessa liberdade de criação - um direito fundamental - a leitura conjunta dos dispositivos também confere à família o direito de se defender da publicidade, que não é um direito fundamental.

Há, ainda, dois projetos de lei do Estado de São Paulo – Projeto de lei n.º 193/2008 (PL 193/2008 – Anexo D) e Projeto de lei n.º 1096/2011 (PL 1096/2011 – Anexo E) -, que são dignos de nota. Essas proposições foram aprovadas em 18 de dezembro de 2012 pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo³⁴ e estão no aguardo da sanção do governador, Geraldo Alckmin, do PSDB, que pode acontecer até o dia 30 de janeiro de 2013.

Consustanciam projetos de lei que se completam, pois, enquanto o PL 193/2008 tenciona proibir a publicidade infantil de alimentos pobres em nutrientes no âmbito do Estado de São Paulo, o PL 1096/2011 vislumbra evitar que qualquer tentativa de captação das crianças por intermédio do oferecimento de brinquedos seja adotada nos estabelecimentos que vendem essa categoria de alimentos, na esteira da ação civil pública movida pelo MPF/SP em face das empresas de “fast food”, mencionada linhas acima.

São projetos de lei constitucionais, uma vez que, de acordo com o art. 24, V e XV, da CF/88, os Estados gozam de competência concorrente para legislar sobre consumo e sobre proteção à infância e à juventude.

Salutar a iniciativa da Assembleia Legislativa de São Paulo de tentar desconstruir o binômio consumo-diversão no que tange aos alimentos de baixo teor nutricional, notadamente por se tratar de estratégia historicamente adotada por redes de “fast food” e que é criticada, com veemência, na psicologia, especialmente em vista do problema da obesidade infantil. Susan Linn, por exemplo, aduz que as empresas de “fast food” tentam tornar a comida

³⁴ Instituto ALANA. **Vitória na Assembleia Legislativa de SP!**. Disponível em: <<http://defesa.alana.org.br/post/38392536606/vitoria-sao-paulo-direitos-da-crianca>>. Acesso em 14 jan. 2013.

"divertida", num verdadeiro fenômeno conhecido como "eatertainment", neologismo que relaciona o verbo comer com o substantivo entretenimento, ambos em inglês, postura, contudo, questionável, pois ligar alimentos à ação, amigos e animação não se afigura como algo positivo (LINN, 2006, p. 133). Nesse sentido, os deputados estaduais estão afinados com o debate que permeia o tema publicidade infantil e demonstram estar cientes de que a regulação da questão envolve preocupações quanto à saúde pública.

É interessante observar que o PL 193/2008 também denota um cuidado da Assembleia Legislativa de São Paulo quanto à veiculação de publicidade nas escolas e quanto ao merchandising, uma vez que leva em consideração a possibilidade de a veiculação da mensagem ocorrer de forma implícita. Contudo, está-se diante de preocupação meramente lateral com o tema, uma vez que se volta apenas à divulgação de marcas de produtos alimentícios pobres em nutrientes, limitando-se, portanto, a apenas um dos efeitos negativos da publicidade infantil.

Ainda, são identificados problemas numa regulação da matéria em âmbito circunscrito ao Estado: a lei, caso seja sancionada pelo governador, não causará impactos em todo o Brasil, tratando-se, portanto, de tentativa pontual de solucionar o problema.

Por fim, deve-se salientar que o tema da publicidade infantil também encontra acolhida no seio do Poder Executivo, já que a regulação dos anúncios de alimentos integra o Plano de Ações Estratégicas para o Enfrentamento das Doenças Crônicas não Transmissíveis no Brasil 2011-2022, assim como a nova Política Nacional de Alimentação e Nutrição que será adotada pelo Estado brasileiro.

CAP. 4 - A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL

4.1 Efeitos nocivos da publicidade infantil: a mercantilização da violência, a fidelização às marcas, a obesidade infantil e o estímulo ao consumo de produtos nocivos à saúde

A análise dos efeitos nocivos da publicidade infantil não deve deixar de ter em mente a propagação de valores que é empreendida pela publicidade, pois a criança, além de absorver as formas de vida dos pais e pessoas próximas, também capta as da mídia, e por estar em desenvolvimento, ainda não sedimentou os comportamentos que adotará futuramente (LINN, 2006, p. 222-223).

James McNeal salienta que os publicitários se aproveitam de seus poderes ilimitados sobre as crianças para persuadi-las a fazer quase qualquer coisa, ou seja, a consumir seus produtos em grandes quantidades. No processo de vender, frequentemente ensinam às crianças e aos seus pais valores ruins (MCNEAL, 2007, p. 381).

Um dos valores negativos que se origina da atividade publicitária é a associação entre violência e divertimento, bem como entre violência e obtenção de algum objetivo, o que culmina com a naturalização de posturas agressivas na mídia e em muitas comunicações mercadológicas. Estrelas de televisão e de filmes são mostradas como sendo violentas – e sua agressividade é respeitada ou tratada como algo engraçado. Uma grande quantidade de mensagens violentas que é tolerada pelos publicitários guarda relação com armas de fogo, veiculando, dessa feita, a ideia de que atirar em um adversário é uma forma rápida e fácil de lidar com ele (MCNEAL, 2007, p. 386).

A naturalização da violência, todavia, coloca a criança em perigo. Então, ironicamente, são oferecidos muitos produtos para lidar com ela, de forma que os publicitários acabam sendo bem sucedidos em ambas situações, já que fazem dinheiro contribuindo para o problema e depois resolvendo-o (MCNEAL, 2007, p. 386-387).

Outro valor negativo ensinado às crianças é a desonestidade. Mentir e roubar, que parecem sempre andar juntos, são atitudes comuns nos anúncios publicitários. Filmes e programas de televisão, video games e comerciais frequentemente mostram a mentira como um meio normal para as crianças lidarem com os pais, para fazer com que os pais compreendam o que querem (MCNEAL, 2007, p. 387).

Um efeito nocivo comumente abordado na literatura especializada é a fidelização às marcas. Busca-se, consoante Susan Linn, a lealdade a partir da criação de linhas infantis de mercadorias para adultos, como é o caso da Ralph Lauren e da Harley Davidson, que vendem produtos infantis com seus logotipos (LINN, 2006, p. 68-69).

A fidelização ocorre porque se oportuniza que as crianças, desde cedo, entrem em contato com marcas e imagens identificadoras, das quais se deseja o reconhecimento (LINN, 2006, p. 69), justificando gastos de bilhões de dólares em publicidade (LINN, 2006, p. 21). O problema da fidelização, contudo, não se resume ao reconhecimento da marca, mas, em verdade, diz com a redução da capacidade crítica do consumidor, notadamente em relação a aspectos qualitativos e também de preço, uma vez que o consumidor não vislumbrará a possibilidade de adquirir produto de outra empresa se já está acostumado a comprar de determinada marca (LINN, 2006, p. 238-239).

Problema de grande relevo, especialmente por guardar relação com a questão da saúde pública, é a obesidade infantil, cujas causas apontadas mais frequentemente são as longas horas de exposição à televisão e ao computador, bem como o consumo exagerado de "fast food" (LINN, 2006, p. 128).

Quanto ao primeiro causador da obesidade infantil, há certa resistência, notadamente por parte dos publicitários, em relacionar a obesidade e a televisão. No entanto, trata-se de adoção de postura que deixa de levar em consideração o fato de que há maciça veiculação de publicidade de alimentos com altos teores de calorias, gordura e açúcar voltado para as crianças (LINN, 2006, p. 129), opinião que é endossada pelos relatórios "Trends in television food advertising: progress in reducing unhealthy marketing to young people?", elaborados pelo Yale's Rudd Center for Food Policy and Obesity.

De acordo com esses documentos, a publicidade alimentícia na televisão promove principalmente alimentos pobres em nutrientes, sendo provável que contribua para a crise de obesidade³⁵. A partir dos dados "gross rating points" (GRP) da Nielsen Company, que também são utilizados por anunciantes para medir o alcance e a frequência de suas

³⁵ Essa preocupação com a relação entre obesidade e publicidade televisiva direcionada para crianças e jovens foi apontada no relatório **Trends in television food advertising** : progress in reducing unhealthy marketing to young people? Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_2.10.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011. p. 1.

campanhas, o Rudd Center avaliou as tendências da publicidade na televisão, de 2002 a 2011, entre crianças, adolescentes e adultos.

Movidos pelo ânimo de avaliar a efetividade do CFBAI, compromisso assumido, em 2006, por companhias nos Estados Unidos para reduzir publicidade não-saudável para crianças, os estudiosos do Rudd Center consideram ser necessário um monitoramento contínuo³⁶. Não se deve olvidar que os dados coligidos nessa pesquisa são de interesse também para o Brasil, uma vez que os fornecedores que assumiram o compromisso internacional veiculam publicidade mundialmente, o que denota a adoção de estratégias comerciais padronizadas em vários países. Dessa feita, caso houvesse sido observada uma redução significativa nos comerciais desses produtos, as práticas publicitárias dessas empresas, no Brasil, também poderiam ser questionadas.

Joel Bakan leciona que a CFBAI foi criado após a elaboração de um relatório pelo Institute of Medicine (IOM), da National Academies dos Estados Unidos, e endereçado ao Congresso americano. A partir de uma revisão de toda bibliografia sobre obesidade infantil, chegou-se à conclusão de que as práticas de marketing infantil nas áreas alimentar e de bebida contribuem para a formação de um ambiente de risco à saúde por estarem fora dos padrões de uma dieta saudável. Como forma de debelar esse panorama preocupante, o relatório recomendava que a indústria voluntariamente mudasse as práticas em direção a produtos saudáveis, evitando a de não saudáveis e, em caso de falha, o Congresso deveria exigir legalmente que a indústria o fizesse (BAKAN, 2011, p. 59).

Embora tenha constatado progresso entre 2004 e 2008, o Rudd Center observou, em 2010, mudança dramática na tendência de queda da exposição das crianças a anúncios de comida, bebida e restaurantes na televisão. De 2004 a 2008, a exposição havia diminuído 12% (doze por cento); entretanto, em 2010, as crianças viram 9% (nove por cento) mais anúncios de alimentos e bebidas do que em 2008³⁷.

O exame da exposição por categorias revelou algumas mudanças positivas em 2010, a exemplo de menos anúncios para lanches doces e biscoitos e salgadinhos, que caíram 26%

³⁶ HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. **Trends in television food advertising : progress in reducing unhealthy marketing to young people?** Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_2.10.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011. p. 2

³⁷ *Idem, ibidem*. p. 2.

(vinte e seis por cento) e 18% (dezoito por cento), respectivamente, em relação a 2008³⁸. A exposição a outros produtos não saudáveis, contudo, aumentou substancialmente, uma vez que crianças e adolescentes viram mais do que o dobro de anúncios para doces em 2010, em relação a 2008, sendo o segundo produto mais anunciado para crianças, superado apenas pelos cereais. Em acréscimo, comerciais de restaurantes aumentaram 8% (oito por cento), embora os anúncios para adultos tenham crescido apenas 2% (dois por cento)³⁹. Isto significa que, apesar de terem pactuado a redução de anúncios publicitários, as redes de restaurante ainda veiculam comerciais de forma contundente para crianças, ainda mais do que para adultos.

Para os estudiosos do Rudd Center, essas descobertas demonstram que a atual autorregulação pela CFBAI não mudou substancialmente os comerciais em direção a produtos mais nutritivos, sugerindo, então, que muitas companhias não estão completamente comprometidas com a redução da exposição de crianças aos produtos menos nutritivos⁴⁰. Essa circunstância evidencia, dessa feita, a falha da autorregulamentação estatal do setor alimentício, demandando, portanto, atuação estatal com vistas a implementar mudanças efetivas nesse quesito.

Em conclusão, o Rudd Center aponta algumas limitações do atual modelo de autorregulação da CFBAI, a exemplo da participação voluntária no compromisso internacional – apenas dois restaurantes (McDonald's e Burger King) e quatro companhias de doces (Mars, Hershey, Nestlé e Kraft) assinaram a CFBAI. Apesar de estarem incluídos os maiores anunciantes, os estudiosos afirmam que companhias não-participantes contam com uma vantagem competitiva, já que não estão limitadas pelas restrições em publicidade⁴¹.

Uma análise recente dos anúncios de "fast food", empreendida por J.L. Harris, M.B. Schwartz, K.D. Brownell e V. Sarda, que ajudaram na elaboração dos relatórios do Rudd Center, mostrou que McDonald's e Burger King compõem mais do que 40% (quarenta por

³⁸ HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. **Trends in television food advertising** : progress in reducing unhealthy marketing to young people? Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_2.10.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011. p.

³⁹ *Idem, ibidem*. p. 2.

⁴⁰ *Idem, ibidem*. p. 2.

⁴¹ HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. **Trends in television food advertising to young people** : 2010 update. Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_6.11.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011. p. 5-6

cento) de anúncios vistos por crianças, e ambos aumentaram seus anúncios para o público infantil de 2007 a 2009. Os anúncios focaram principalmente no McLanche feliz ou nos brinquedos que vem com as refeições infantis no Burger King. Já que as crianças continuam a consumir produtos ricos em gordura, açúcar e sódio quando visitam esses restaurantes, os estudiosos concluem que há pouca probabilidade de que haja melhora na saúde infantil com o aumento nos comerciais⁴².

Bastante elucidativo sobre a falta de comprometimento da indústria aderente à CFBAI é o comportamento do McDonald's, que começou a participar do pacto em 2006. Entre esse ano e 2009, a companhia aumentou seus anúncios em televisão infantil em, aproximadamente, 25% (vinte e cinco por cento), bem como criou numerosos sites infantis. Continuando a oferecer combinações não saudáveis para crianças, o McDonald's carece de iniciativa para modificar o limitado cardápio disponível em direção ao oferecimento de alternativas saudáveis (BAKAN, 2011, p. 59).

Cumpre anotar que a argumentação da indústria alimentícia e de bebidas sobre a falta de relação entre a obesidade e a veiculação de mensagens publicitárias não resiste a uma análise mais detida. Com efeito, se dita ligação fosse inexistente, não haveria sentido em firmar um compromisso com vistas a reduzir a quantidade de comerciais voltados para crianças. A razão de ser da assunção desse compromisso seria apenas simbólica?

No que toca ao Brasil, é importante ter em mente que a pesquisa Datafolha sobre a publicidade nas escolas também vislumbrou estudar a opinião dos pais sobre a publicidade de alimentos dirigida às crianças⁴³, tendo evidenciado que eles, de forma majoritária, são contrários a esse tipo de comercial, por apresentarem preocupações quanto à saúde e à educação dos filhos. Os resultados são apontados no gráfico a seguir⁴⁴:

⁴² HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. **Trends in television food advertising to young people** : 2010 update. Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_6.11.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011. p. 5-6.

⁴³ Instituto Datafolha. **Opiniões sobre a propaganda infantil**. Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/propaganda-infantil-maio-2011.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2012.

⁴⁴ *Idem, ibidem*. p. 38

Em %



Questionados sob a modalidade estimulada e única, numa escala de 5 (cinco) pontos, os pais mostraram-se contrários a esse tipo de publicidade, uma vez que, em seu entender, prejudicam os hábitos alimentares infantis, induzem as crianças à amolação e dificultam a formação de uma dieta saudável. Esses resultados podem indicar que os pais veem de forma crítica os comerciais de alimentos não saudáveis, tem preocupações com a obesidade infantil e enxergam na mensagem publicitária uma tentativa de ir de encontro à educação que eles proporcionam aos filhos.

É interessante observar que a resistência dos pais a esse tipo de comercial é praticamente uniforme em todo o Brasil, consoante dados extraídos da tabela colacionada a seguir⁴⁵:

⁴⁵ Instituto Datafolha. **Opiniões sobre a propaganda infantil**. Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/propaganda-infantil-maio-2011.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2012. p. 39

Em %

**Concorda totalmente
+ concorda em parte**

	TOTAL	Região				Natureza do município	
		Sul	Sudeste	Norte/ Centro-Oeste	Nordeste	Capital + Região Metropolitana	Interior
Os comerciais de fast food e de alimentos não saudáveis dirigidos às crianças prejudicam o hábito alimentar de seu(s) filho(s)	79	82	79	79	77	79	79
Os comerciais de fast food e de alimentos não saudáveis levam seu(s) filho(s) a amolar e pedir muito para você comprar os produtos anunciados	78	82	77	73	80	77	79
Os comerciais de fast food e de alimentos não saudáveis dificultam os seus esforços para educar seu(s) filho(s) a se alimentar de forma saudável	76	77	70	76	82	73	77
Base: População 16 anos ou mais que tenham filhos com até 11 anos	596	74	232	107	183	236	360

Analisando-se os resultados da pesquisa, em todo o país, esteja-se em capital ou interior, a insistência dos filhos é apontada pelos pais como algo que, de fato, acontece. Embora esses resultados não sejam suficientes para se afirmar que a publicidade se utiliza do fator amolação para captar as crianças, essa circunstância deve ser levada em consideração no caso de uma eventual regulação do tema, de sorte a evitar que sejam produzidas mensagens com esse desiderato.

A tendência se mantém em todas as classes econômicas, conforme se depreende da tabela a seguir⁴⁶:

⁴⁶ Instituto Datafolha. **Opiniões sobre a propaganda infantil**. Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/propaganda-infantil-maio-2011.pdf>. Acesso em 27 dez. 2012. p. 41

Em %

Concorda totalmente + concorda em parte

	TOTAL	Classe econômica			Escolaridade			Renda familiar mensal			
		A/ B	C	D/ E	Funda- mental	Médio	Superior	Até 2 S.M.	Acima de 2 a 3 S.M.	Acima de 3 a 5 S.M.	Acima de 5 S.M.
Os comerciais de fast food e de alimentos não saudáveis dirigidos às crianças prejudicam o hábito alimentar de seu(s) filho(s)	79	78	80	77	78	81	71	79	82	76	80
Os comerciais de fast food e de alimentos não saudáveis levam seu(s) filho(s) a amolar e pedir muito para você comprar os produtos anunciados	78	76	79	78	79	80	69	78	79	76	75
Os comerciais de fast food e de alimentos não saudáveis dificultam os seus esforços para educar seu(s) filho(s) a se alimentar de forma saudável	76	73	78	74	76	76	75	77	79	73	72
Base: População 16 anos ou mais que tenham filhos com até 11 anos	596	130	334	132	263	262	70	289	114	163	19*

(*) Base insuficiente para análise estatística

Nessa senda, a máxima de que a responsabilidade sobre o que as crianças comem reside única e exclusivamente sobre os pais parece não prosperar, uma vez que, em todas as classes econômicas e em todos os níveis de escolaridade, os pais afirmam, de forma contundente – 78% (setenta e oito por cento) nas classes A/B 80% (oitenta por cento) na classe C e 77% (setenta e sete por cento) nas classes D/E -, que os comerciais prejudicam os hábitos alimentares de seus filhos. Dito de outro modo: a publicidade goza de importância na formação da dieta das crianças, devendo-se, portanto, levar em consideração essa circunstância.

Também é possível concluir, com base na tabela acima, que os comerciais de alimentos não saudáveis oferecem um risco ao poder familiar, em vista de ter sido apontado pelos pais de todas as classes econômicas que ditas mensagens são um empecilho à formação de hábitos alimentares saudáveis nas crianças. Dessa feita, a ingerência da publicidade sobre o poder familiar também deve ser levada em conta, pois se trata de algo percebido de forma expressiva – 73% (setenta e três por cento) nas classes A/B, 78% (setenta e oito por cento) na classe C e 74% (setenta e quatro por cento) nas classes D/E - pelo universo de pais estudado pela pesquisa do Datafolha.

Os publicitários da área de comida e bebida não são, contudo, os únicos a estimularem

hábitos não saudáveis, haja vista a indústria tabagista ter desenvolvido cigarros com sabor, conduta que foi proibida pela ANVISA, no Brasil, em 13 de março de 2012, tendo como preocupação justamente o vício entre os mais jovens, uma vez que aditivos no cigarro tornam o consumo do produto mais agradável. Com a decisão da ANVISA, tanto a venda quanto a importação de cigarros com sabor está proibida no Brasil, gozando a indústria tabagista de 18 (dezoito) meses para se adaptar à nova determinação⁴⁷.

A indústria de bebidas alcoólicas, a seu turno, também adota estratégias para estimular, ou, pelo menos, naturalizar o consumo entre crianças, as quais são inegavelmente prejudiciais ao desenvolvimento infantil. Um exemplo de publicidade dessa natureza foi a venda da "Disney Spunch", bebida gaseificada a base de morango, sem álcool, mas cuja embalagem se assemelha à de um espumante e conta com imagens licenciadas de personagens da Disney.

Diante desse fato, a Defensoria Pública de São Paulo recomendou à Cereser, fabricante da bebida, em 27 de dezembro de 2011, que retirasse o produto do mercado, vislumbrando infração a disposições do ECA e do CDC⁴⁸.

Também se afigura relevante o caso dos produtos da linha "Hello Kitty Party" lançados pela Sanrio e pela Editora Salvat, os quais ensinavam as crianças como preparar receitas com bebidas alcoólicas. Esse fato ensejou a atuação do PROCON/BA, o qual, além de autuar, procedeu, junto com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, à expedição de notificação direcionada às empresas⁴⁹.

Faz-se mister ressaltar que essa conduta da Sanrio e da Editora Salvat configura infração ao art. 79 do ECA, trazido à baila:

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

⁴⁷ Folha de São Paulo. **Vigilância Sanitária proíbe cigarros mentolados e de cravo.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/1061406-vigilancia-sanitaria-proibe-cigarros-mentolados-e-de-cravo.shtml>>. Acesso em 13 mar. 2012.

⁴⁸ ALVARENGA, Darlan. **Defensoria quer proibir bebida infantil em formato que lembra espumante.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2012/01/defensoria-quer-proibir-bebida-infantil-em-formato-que-lembra-espumante.html>>. Acesso em 12 jan. 2012.

⁴⁹ Instituto ALANA. **Drinks para crianças?** Disponível em: <<http://defesa.alana.org.br/post/38159646086/drinks-para-criancas>>. Acesso em 26 dez. 2012.

Isto porque, no primeiro volume da publicação, intitulado “Buffet de frios”, para a preparação do “Coquetel de morango”, indica-se a utilização de “1 copo americano de prosecco”. Nas páginas seguintes, são fornecidas receitas de “Sangria clássica”, a qual leva vinho tinto como ingrediente e “Bloody Mary”, que contém vodca.

No terceiro fascículo, cujo título é “Jantar à luz de velas”, demonstra-se a preparação de um “Kirsch royale”, o qual tem como ingrediente champanhe. A seguir, há a receita de “Martini”, que leva gim; de “Risoto de morango”, à base de vinho branco seco; “Filé ao molho de pimenta verde”, que contém brandy; “Irish coffee”, o qual contém uísque irlandês, mas, segundo aviso contido na página, também pode ser feito com conhaque ou licor francês.

No quarto fascículo, por fim, em que são apresentadas receitas para “Almoço entre amigos”, propõe-se a preparação de “Cosmopolitan”, que leva vodca e Cointreau; “Atum marinado”, que contém vinho branco seco; e “Sorvete de chá verde com limão”, à base de vinho branco seco.

Em todas essas receitas, existe uma pequena advertência de que, por conter álcool, a bebida destina-se a adultos, todavia, esse detalhe é insuficiente para tutelar os direitos das crianças, uma vez que se trata de livro voltado exclusivamente ao público infantil, culminando, assim, na indução precoce ao consumo de álcool. Saliente-se que, na receita de “Irish coffee”, o aviso de que a bebida também pode ser preparada com conhaque ou licor francês é mais destacada do que a advertência de que o produto é destinado a adultos. Não se trata de mera imitação comportamentos mais maduros – prática comum nas brincadeiras das crianças - mas sim de estímulo ao manejo e consumo de bebidas alcoólicas, num franco desrespeito à vedação contida no ECA, uma vez que são apresentados detalhes de como as bebidas podem ser utilizadas.

É interessante observar que a proibição levantada pelo estatuto leva em conta a possibilidade de controle do conteúdo das publicações pelos pais, a qual se torna um pouco mais frágil quando se está diante de material direcionado unicamente às crianças, dado que se imagina que o material é adequado à sua faixa etária.

Findo o procedimento administrativo no âmbito do Ministério da Justiça, no qual se concede o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de defesa, as empresas responsáveis pela publicação “Hello Kitty Party” poderão receber multa de até R\$ 6,5 milhões (seis milhões de

reais)⁵⁰.

Mas vender produtos que se assemelham aos consumidos pelos adultos não se afigura como a única estratégia adotada pela indústria de bebidas alcoólicas. Com efeito, algumas comunicações mercadológicas, a uma primeira vista, não são dirigidas a crianças, contudo, acabam sendo bem recebidas pelo público infantil, motivo pelo qual ensejam preocupações. Exemplificativamente, cite-se o caso da Brahma e do comercial "Brahma, a cerveja oficial do nã nã nã nã", veiculado pela Ambev e África, que foi objeto das representações n.º 164/04 e 165/04, cujo trâmite se deu perante o CONAR, e culminou com sua a sustação, com base nos artigos 1º, 3º, 6º, 14 e 50, letra "c", do CBAP⁵¹.

O comercial em questão se utilizava de caranguejos animados e foi veiculado em sites e em pontos de venda de bebidas alcoólicas, por intermédio de cartazes, o que poderia despertar o interesse do público infantil, motivo pelo qual foi acertadamente sustado pelo CONAR.

A erotização precoce também se apresenta como tema de relevo para discutir a veiculação de publicidade infantil. A sexualização vende, motivo pelo qual os publicitários e as corporações a utilizam, principalmente, de acordo com Joel Bakan, por extravasar sentimentos profundos e curiosidades, mexendo com o "efeito espelho", como é descrito o natural desejo infantil de ser e parecer mais velho, promovendo preocupações exageradas com a aparência, o que ajuda a vender produtos, a exemplo de cosméticos, roupas e acessórios, chamando atenção das crianças para a mídia (BAKAN, 2011, p. 44).

Joel Bakan cita a psicóloga Diane Levin, para quem o problema não é as crianças aprenderem sobre sexo quando novas, mas sim o fato de esse aprendizado ser promovido pelo ambiente sexualizado de hoje (BAKAN, 2011, p. 44). Diane Levin aduz que as crianças estão aprendendo a relacionar a aparência física e a compra dos produtos certos e caros, os quais tornam a pessoa fisicamente atraente, com o ser bem-sucedido como pessoa (BAKAN, 2011, p. 45).

Para Joel Bakan, além dos assuntos sexualização, vício, e violência na mídia, as

⁵⁰ Ministério da Justiça. **Fornecedores dos produtos da linha Hello Kitty Party são notificados**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BC8FE3FE1-6ED3-4ADB-80D7-5363CC39D1A4%7D&Team=¶ms=itemID=%7B198D4758-7368-4D8E-8601-BFAB9E2562A9%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>>. Acesso em 16 jan. 2013.

⁵¹ CONAR. **Julgamento da representação n.º 164/04**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2004_novembro.htm>. Acesso em: 19 jun. 2012.

crianças e adolescentes estão aprendendo uma lição mais geral: que a vida e as pessoas são dependentes da relação com os objetos. Para embasar esse argumento, aduz que pesquisas já relacionaram atitudes materialistas em crianças e adultos à infelicidade, ansiedade e depressão, fracas ligações emocionais, menor capacidade de se relacionar e cooperar com os outros, bem como comportamento narcisista, manipulador e antissocial (BAKAN, 2011, p. 45).

Para Joel Bakan, os criadores das corporações dispuseram de um poder sem precedentes, durante a última metade do século, para influenciar crianças e a infância, tendo o lucro como único objetivo. Em seu entender, é comumente argumentado que preocupações com os danos são infundadas e exageradas, por não haver provas definitivas desses danos, pois faltariam evidências científicas sobre males à saúde como vício, violência, sexualização e hiperconsumismo. Contudo, ele questiona se deveríamos esperar por provas definitivas antes de nos preocuparmos e começarmos a agir pois, apesar de a ciência ser incompleta, há fortes embasamentos, tanto empíricos quanto teóricos, para uma gama de danos sutis e não tão sutis nas áreas envolvidas. Desse modo, crê que exigir prova definitiva de dito dano é irreal, notadamente em vista da inerente complexidade dos assuntos, e dos inevitáveis caprichos da ciência.

Além disso, assinala que os estudos científicos tendem a focar em assuntos isolados quando, na sua vida atual, as crianças e os adolescentes são bombardeados com mensagens e imagens violentas, sexualizantes e consumistas, junto com seduções compulsivas e viciantes, todas de uma só vez, ao mesmo tempo, e em todos os lugares. É a cumulação e o reforço mútuos que se apresenta como a real preocupação (BAKAN, 2011, p. 47-48).

E mesmo James McNeal, que desenvolveu os princípios básicos do marketing infantil, os quais foram gradualmente reconhecidos e adotados pelos negócios, não concorda com a forma como foram utilizados, pois considera que se converteu em uma prática enganosa, que explora as emoções em desenvolvimento das crianças, causando-lhes dano. O cerne do problema é o fato de os publicitários considerarem “divertido” qualquer comportamento que seduza as crianças a quererem algo, sem levar em conta se é saudável e apropriado para eles, de modo que James McNeal, atualmente, considera que coisas ruins, valores ruins e más idéias são vendidos para crianças como sinônimo de “diversão” (BAKAN, 2011, p. 50).

Assim, o marketing infantil hoje é prejudicial às crianças e a seus pais, haja vista muitas crianças estarem se submetendo a riscos, engordando, tornando-se não saudáveis,

estudando pouco, colocando-se em situações de perigo através do consumo excessivo, motivo pelo qual James McNeal diz que os publicitários deveriam estar preocupados com o monstro que ajudaram a criar, embora acredite que muitos não estão (BAKAN, 2011, p. 51).

Outro famoso do ramo é Alex Bogusky, responsável pela criação do marketing viral, e considerado um dos maiores publicitários para crianças do mundo. Ele surpreendeu a todos quando, após classificar o marketing infantil como uma prática destrutiva, deixou a indústria, por considerar que as crianças são incapazes de proteger-se e defender-se de mensagens que, provavelmente, não são, de forma sincera, bem intencionadas. Esse argumento é reforçado pela opinião de Martin Lindstrom, também do ramo do marketing infantil, que entende que a constante exposição de crianças e a profunda exposição ao marketing está levando a um desastre aos futuros das crianças, notadamente por se tratar de uma geração insegura e deprimida, pois toda a fé que as crianças parecem ter está depositada no poder da marca (BAKAN, 2011, p. 51-52).

4.2 A insuficiência da contrapublicidade como sanção para publicidade infantil ilícita e o problema do merchandising infantil

O tópico em questão volta-se à discussão de dois pontos bastante delicados no tema publicidade infantil, tratados em conjunto por guardarem uma semelhança: ambos representam situações limite face à condição peculiar de desenvolvimento das crianças. Nessa senda, sobressai-se a fragilidade do público infantil, pois se questiona a possibilidade de compreensão tanto da contrapublicidade quanto do merchandising infantil.

A sanção de contrapropaganda está prevista no art. 56, XII, c/c art. 60, "caput" e §1º do CDC, podendo ser imposta administrativamente pelos órgãos oficiais quando evidenciada publicidade enganosa ou abusiva, a teor dos comandos normativos:

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

(...)

XII - imposição de contrapropaganda.

Art. 60. A imposição de contrapropaganda será

cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

Primeiramente, vale a ressalva de que a terminologia utilizada pelo CDC não é a mais adequada, pois, conforme aponta Maria Elizabete Vilaça Lopes, deveria ter sido adotado o vocábulo contrapublicidade (LOPES, 1992, p. 179).

Clèmerson Merlin Clève ensina que, com a contrapublicidade, objetiva-se sanar os efeitos danosos da publicidade enganosa ou abusiva, devendo, então, ser determinada em desfavor do fornecedor. Após a apuração da ilicitude da comunicação mercadológica por intermédio de regular processo administrativo, em homenagem ao princípio do devido processo legal, surge a obrigação de veicular a mensagem respeitando as mesmas características da publicidade anterior, com vistas a evidenciar a sua ilicitude (CLÈVE, 2005, p. 285-286).

Não se deve descurar que a previsão de imposição da sanção nos mesmos moldes da publicidade ilícita harmoniza-se com o disposto no art. 29 do CDC, que vislumbra a tutela do consumidor em seu aspecto mais difuso, pois não se pode determinar, com precisão, quem foi atingido pelo comercial ilícito.

A contrapublicidade, contudo, não é indene de críticas. De acordo com Maria Elizabete Vilaça Lopes, não se atinge a total supressão dos efeitos negativos, uma vez que a publicidade dissemina-se de forma instantânea pela sociedade. Serve, portanto, apenas para impedir que a comunicação mercadológica ilícita cause ainda mais danos ou reforce os já ocasionados (LOPES, 1992, p. 179).

É de suma importância a constatação de que a publicidade é dotada de grande capilaridade: quando já causou o dano, este não pode ser revertido em relação àqueles consumidores atingidos, mas apenas minorado, no sentido de evitar que novos consumidores também tenham seus direitos violados. E isto porque, quando se trata de adultos, a contrapublicidade pode até alcançar as mesmas pessoas, ou número próximo, contudo, questiona-se: é eficaz quando se trata de crianças? A criança tem capacidade de compreender a mensagem da contrapublicidade, isto é, de concluir que a veiculação não deveria ter sido feita daquela forma - por se tratar de um produto destinado exclusivamente aos adultos, ou

por ofender os direitos infantis?

Resta evidenciado, portanto, que a discussão sobre a ineficácia da contrapublicidade ganha relevo quando se está diante de publicidade infantil, uma vez que não se apresenta como alternativa suficiente à eliminação dos efeitos negativos em relação às crianças, dada a condição de pessoas em desenvolvimento.

E essa dificuldade de compreensão pelas crianças também é bastante pertinente quando se cuida de merchandising infantil. Por definição, o merchandising, publicidade indireta ou publicidade disfarçada consubstancia uma divulgação de produtos em programas de televisão, em filmes, em espetáculos, sem, contudo, que haja menção expressa ao fato de que se trata de publicidade. Paulo Luiz Netto Lôbo leciona que não existe clara vedação no ordenamento pátrio quanto à utilização dessa técnica publicitária, mas que o assunto envolve considerações sobre o respeito ao princípio da identificação da mensagem publicitária (LÔBO, 2001, p. 72), com o que concorda Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, ressaltando, ademais, o fato de consubstanciar inserção de mensagem publicitária em espaço de mídia não propriamente publicitário (DIAS, 2010, p. 218).

Essa prática ficou conhecida, no Brasil, como merchandising televisivo, contudo, no entender de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, não configura a terminologia mais correta, pois se trata de vocábulo multívoco no âmbito do marketing. Em vez de merchandising, julga mais apropriada a utilização da expressão "colocação do produto", derivada do inglês "product placement", por estar afinada com as disposições adotadas pela Diretiva Europeia 1989/552/CEE (DIAS, 2010, p. 218), entretanto, dado o seu uso corrente no Brasil, continuará a ser utilizada nesse trabalho.

É interessante observar que a técnica teve início no cinema, chegando a espaços como novelas, programas de entretenimento e seriados, o que denota um reforço ao viés persuasivo da publicidade, especialmente por trazer ínsita na mensagem a demonstração de satisfação pela utilização do produto. Dessa feita, consiste em modalidade publicitária que influi sobremaneira nos hábitos de consumo, já que permite, por exemplo, o estabelecimento de uma associação com personagens famosos (DIAS, 2010, p. 219).

Essencial, portanto, para que esteja caracterizada a utilização de merchandising, é a veiculação da mensagem em espaço que não propriamente publicitário, com o objetivo de promover determinado produto. Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias ressalta que a ilicitude dessa técnica guarda pertinência com a violação do princípio da identificação da

mensagem publicitária, ocasião em que há um ocultamento eficiente da finalidade comercial (DIAS, 2010, p. 221).

E isto ocorre porque o merchandising pode impedir que os consumidores notem essa intenção de incentivo ao consumo, devendo-se analisar, no caso concreto, se o público teria condições de constatar que se trata de publicidade. Para evitar a ilicitude – por ofensa ao princípio da identificação da mensagem publicitária – Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias sugere a veiculação de aviso antes e após a exibição do programa, devendo a primeira ocorrer de forma obrigatória, medida que não configura imposição de ônus excessivo ao fornecedor (DIAS, 2010, 225-226).

Assim como ocorre com a contrapublicidade, o merchandising tampouco está imune a críticas. Paulo Luiz Netto Lôbo, exemplificativamente, vislumbra ofensa ao dever de informar, pois, em seu ponto de vista, não se trataria de mensagem publicitária transparente, mas sim que atingiria o destinatário subliminarmente (LÔBO, 2001, p. 72). A situação é ainda mais grave quando se examina o merchandising infantil, pois o produto conta com o beneplácito de apresentadores de televisão e de personagens caros ao universo infantil, circunstância que contribui sobremaneira para a adesão das crianças à mensagem publicitária.

É interessante observar que os próprios agentes do mercado publicitário reconhecem a força dessa técnica perante as crianças. Com efeito, James McNeal aduz que a maioria das crianças de pré-escola tem problemas em entender os objetivos dos comerciais, exatamente como não compreendem outros comportamentos humanos, uma vez que ainda não aprenderam a adotar a perspectiva do outro (MCNEAL, 2007, p. 377), e também que as mensagens dentro dos programas são, provavelmente, mais poderosas, notadamente em vista de sua natureza pessoal, pois se incentiva o consumo do produto por se apresentar as variadas formas de sua utilização (MCNEAL, 2007, p. 372).

No Brasil, o entendimento sobre a ilicitude do merchandising decorre de interpretação do art. 36 do CDC, o qual, ao dispor que “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, erigiu a ostensividade ou identificação da mensagem a princípio que regula a atividade publicitária. Entendemos que essa categoria de publicidade é ilícita, uma vez que colide frontalmente com esse dispositivo do CDC, notadamente por se apresentar ao consumidor em seu momento de lazer, de forma despercebida e disfarçada, não podendo, ainda, ser enquadrada na previsão do art. 5º, IX, da CF/88, o qual determina que “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística,

científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, apesar de fazer parte de um contexto de liberdade artística e de criação.

Isto porque a finalidade – claramente comercial – supera os objetivos de composição de personagem ou ambientação de cenário, refletindo, dessa feita, uma tentativa de dissimulada de captar a adesão do consumidor, disfarçada sob o manto da liberdade de criação. O merchandising, em realidade, aproveita o enredo para difundir a mensagem publicitária.

Conforme dito anteriormente, a discussão sobre o merchandising ganha contornos ainda mais graves quando a veiculação de comunicação mercadológica ocorre em programas infantis. Caso exemplar é o da telenovela “Carrossel”, produzida pelo SBT, exibida desde maio de 2012, consistindo em um programa infantil de ficção, com duração de cerca de 40 (quarenta minutos), cuja trama se desenvolve em uma escola primária.

Recentemente, a telenovela foi alvo de críticas formuladas pelo movimento “Infância Livre do Consumismo”⁵², grupo voluntário de pais, mães e outros cidadãos que tem como mister questionar a forma como a publicidade infantil vem sendo elaborada, bem como pelo Instituto ALANA, pois haveria veiculação de merchandising durante o programa. Em razão disso, o Instituto ALANA encaminhou um levantamento de alguns episódios para o PROCON-SP, contestando a legalidade da prática⁵³.

É importante ter em consideração que, em 2011, o SBT foi multado em R\$ 1 milhão (1 milhão de reais) pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), do Ministério da Justiça, em vista de veiculação de merchandising infantil. Na ocasião, o referido órgão entendeu que, ao mencionar as marcas dos prêmios dados à audiência, ao invés do nome dos produtos, a emissora incorreu em publicidade oculta. A sanção pecuniária deverá ser recolhida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos do Ministério da Justiça⁵⁴, como forma

⁵² Infância Livre de Consumismo. **Por que não deixo meus filhos assistirem Carrossel**. Disponível em: <<http://infancialivredeconsumismo.com/?p=1125>>. Acesso em: 16 out. 2012.

⁵³ Instituto ALANA. **Carrossel na mira do PROCON-SP**. Disponível em: <http://defesa.alana.org.br/post/32806784059/carrossel-na-mira-do-procon-sp#disqus_thread>. Acesso em: 5 out. 2012.

⁵⁴ Ministério da Justiça. **SBT é multado por publicidade disfarçada em programa infantil**. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={7CBDB5BE-654D-4BA8-8A49-8FC8AA654ECE}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B01A039C5-ADB3-4BAA-9EF5-A016B2B38BE4%7D%3B&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>>. Acesso em: 11 out. 2011.

de fazer com o valor reverta em benefício de toda a sociedade, já que as ações do mencionado fundo guardam pertinência com as áreas de meio ambiente e consumidor.

Atento a esse panorama, o MPF/MG ajuizou, em 22 de agosto de 2012, a ação civil pública n.º 42572-32.2012.4.01.3800 perante a Seção Judiciária de Minas Gerais, em face da União, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e das emissoras de televisão Globo, SBT, Record e Bandeirantes, com vistas a fazer com que seja empreendida uma regulamentação do merchandising infantil na televisão aberta. No entender do procurador da República Fernando de Almeida Martins, essa técnica publicitária é bastante comum no Brasil, motivo pelo qual as demais emissoras de televisão também devem ser obrigadas a se abster de praticá-la⁵⁵.

No âmbito da autorregulamentação, importa aduzir que uma consumidora levantou queixa contra a telenovela “Carrossel” junto ao CONAR, em razão de divulgação de merchandising de chocolate da marca Cacau Show. O julgamento da representação de n.º 210/12 ocorreu em setembro de 2012, tendo sido determinada a sustação da publicidade indireta, notadamente por infringir as disposições do CBAP relativas à utilização de personagens do universo infantil⁵⁶.

Tendo em mente todo esse quadro, decidiu-se empreender uma pesquisa, com o mister de analisar quantitativa e qualitativamente 10 (dez) episódios da telenovela infantil “Carrossel”, no período de 7 de dezembro de 2012 a 20 de dezembro de 2012, com vistas a averiguar se as denúncias de prática de merchandising são consistentes, uma vez que se poderia estar diante de ofensa, em tese, ao princípio da identificação publicitária, previsto no art. 36 do CDC, incorrendo-se, ademais, em publicidade abusiva, a teor do art. 37, §2º, do CDC.

A análise da telenovela também vislumbra averiguar se, apesar de ter sido sancionado pelo Ministério da Justiça e pelo CONAR, bem como acionado judicialmente pelo MPF/MG, o SBT continua a praticar o merchandising infantil.

⁵⁵ Ministério Público Federal em Minas Gerais. **MPF/MG quer obrigar União a regulamentar merchandising em horário infantil**. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_consumidor-e-ordem-economica/mpf-mg-ingressa-com-acao-para-obrigar-uniao-a-regulamentar-merchandising-em-horario-infantil>. Acesso em: 24 ago. 2012.

⁵⁶ CONAR. **Julgamento da representação n.º 210/12**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3210>>. Acesso em 8 jan. 2013.

Percorrendo um caminho metodologicamente científico, essa pesquisa pode ser considerada científica na medida em que observa critérios de elaboração claros e prima pela coerência. Para se fazer ciência, conforme ensina Miltos Liakopoulos, deve-se elaborar uma proposição, a partir dos dados obtidos, garantindo que os dados estão nela legitimamente apoiados (BAUER; GASKELL, 2004, p. 226), sendo esse, precisamente, o escopo da análise que se pretendeu elaborar: conclusões concretamente baseadas no material coligido, bem como a emissão de juízo de valor acerca do resultado encontrado.

Ademais, conforme lição de Sírío Possenti, “o dado é um limite para o delírio”, servindo, portanto, de base para sustentação das afirmações que serão expendidas acerca da postura do SBT, pois sem ele, correr-se-ia o risco de adentrar numa “divagação sem sentido”, permitindo-se, então, evitar análises meramente subjetivas (POSSENTI, 2004, p. 33).

Assim, o objetivo principal dessa pesquisa foi, a partir do estabelecimento de critérios para a análise dos capítulos da telenovela “Carrossel”, definir se o SBT veicula merchandising infantil nesse programa.

Todos os episódios analisados estavam disponíveis no sítio eletrônico <http://www.sbt.com.br/carrossel/videos/>, tendo sido publicados de 7 a 20 de dezembro de 2012. Esses capítulos foram escolhidos por serem recentes, guardando, portanto, uma maior proximidade com a prática desenvolvida pelo SBT, permitindo, dessa forma, uma noção mais atualizada sobre os conteúdos veiculados na telenovela.

É importante ter em consideração que, além das denúncias formuladas pelo movimento “Infância Livre de Consumismo” e pelo Instituto ALANA, a circunstância de se tratar de uma telenovela infantil auxiliou na eleição da telenovela “Carrossel” para o estudo, por proporcionar um conhecimento atualizado sobre as mensagens desenvolvidas para atingirem diretamente as crianças.

Ressalte-se, nesse ponto, que a escolha dos episódios e dos critérios não foi pautada por fórmulas que permitam a realização de conclusões gerais acerca da veiculação de programas pelo SBT. Ao contrário, fora realizada de modo aleatório, apenas diante do necessário corte epistemológico exigido para a elaboração dessa dissertação.

Cumprе anotar, ainda, que a pesquisa se justifica por gozar de importância epistemológica, na medida em que os dados coletados são capazes de renovar o debate científico, não se limitando a dizer o que já fora dito anteriormente por outros pesquisadores. Com efeito, apenas o estudo intitulado “Monitoramento da publicidade de produtos e serviços

destinada a crianças”⁵⁷, desenvolvido pelo “Observatório da Mídia Regional: direitos humanos, políticas e sistemas” sob a coordenação do Prof. Dr. Edgard Rebouças e ligado à Universidade Federal do Espírito Santo e ao Instituto ALANA, apurou a quantidade de inserções publicitárias em programas infantis.

Essa análise, de todo modo, foi apenas lateral, uma vez que os objetivos do monitoramento ultrapassam a questão do merchandising, tendo como escopo, em realidade, a elaboração de dossiê acerca do efeito da mídia sobre as crianças. Vê-se, portanto, que o presente estudo da telenovela “Carrossel” goza de relevância, não podendo, dessa feita, ser considerada uma mera catalogação de dados.

Com a pesquisa sobre a telenovela, vislumbrou-se responder às seguintes perguntas:

- 1 – Há merchandising?
- 2 – Se há merchandising, quantos são veiculados por episódio?
- 3 – Quais produtos são anunciados?
- 4 – Os produtos anunciados são infantis?
- 5 – O merchandising é verbal ou visual?
- 6 – Há veiculação de aviso sobre a existência do merchandising após a exibição do programa?

A eleição dos critérios para avaliação dos capítulos de “Carrossel” foi feita com o mister de abarcar as principais preocupações que envolvem a veiculação de merchandising, guardando pertinência, dessa forma, com os debates doutrinários sobre o tema. Tentou-se, ademais, empreender uma pesquisa quantitativa e também qualitativa, com o fito de se alcançar uma visão mais completa sobre a telenovela, permitindo, assim, a formulação de uma postura crítica embasada acerca da questão.

Após a escolha da telenovela que seria analisada, bem como dos critérios de avaliação definidos a partir das discussões doutrinárias, assistiu-se aos episódios de número 145 (cento e quarenta e cinco) até o de número 154 (cento e cinquenta e quatro), exibidos de 7 a 20 de dezembro de 2012, os quais foram acessados no sítio eletrônico <http://www.sbt.com.br/carrossel/videos/>.

⁵⁷ Observatório da Mídia Regional: direitos humanos, políticas e sistemas. **Monitoramento da publicidade de produtos e serviços destinada a crianças**. Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/Relat%C3%B3rio-DiadasCrian%C3%A7as2011_.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2012.

A elaboração da planilha, posteriormente, foi uma forma de sistematizar dos dados coletados, facilitando a visualização dos resultados e permitindo a elaboração de conclusões. Ressalte-se que se preferiu a apresentação dos resultados em uma planilha única de modo a facilitar, ao leitor, uma rápida visão dos dados obtidos, conforme segue:

Número do episódio	145	146	147	148	149	150	151	152	153	154
Merchandising?	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Sim	Sim	Sim
Quantos?	0	2	1	2	1	0	0	2	1	1
Quais produtos?	-	Cross Dakar e Pureit	SKY	SKY e Lifebuoy	Lifebuoy	-	-	Pureit e Cross Dakar	Lifebuoy	Jolie
Os produtos são infantis?	-	Sim e não	Não	Não	Não	-	-	Não e sim	Não	Sim
O merchandising é verbal ou visual?	-	Visual e verbal	Verbal	Verbal	Verbal	-	-	Verbal e visual	Verbal	Visual
Aviso?	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Sim, mas apenas “Unilever”	Não	Não

Da interpretação da planilha supramencionada, chegamos a algumas conclusões. Em primeiro lugar, restou apurado que o merchandising foi veiculado em 70% (setenta por cento) dos episódios analisados, tendo sido observado um total de 10 (dez) inserções publicitárias durante o período analisado – uma média de 1 (um) merchandising por capítulo.

Um dado interessante a ser observado é o relativo à categoria de produtos anunciados em “Carrossel”. Durante o período estudado, foi veiculado merchandising do “minibuggy Cross Dakar”, produzido pela Fox; do filtro purificador de água “Pureit”, fabricado pela Unilever; da televisão a cabo SKY; do sabonete “Lifebuoy”, produzido pela Unilever; e do

caderno “Jolie”, da Tilibra. Nos anúncios, restou apurado que 60% (sessenta por cento) dos produtos não são infantis, circunstância que representa uma evidência prática da tentativa do mercado de empreender esforços no sentido de transformar as crianças em agentes de compras de produtos para toda a casa.

No universo analisado, predominou a veiculação de merchandising verbal, já que, dos 10 (dez) anúncios apurados, apenas 3 (três) foram feitos sob a modalidade visual. É importante fazer a conexão entre esse dado e o questionamento sobre a veiculação de aviso após a exibição do programa, pois se averiguou que, quando houve merchandising visual dos produtos “minibuggy Cross Dakar” e caderno “Jolie”, o SBT não prestou essa informação. Com isso, pode-se concluir que a concessionária foi de encontro às opiniões doutrinárias sobre o tema, que indicam a necessidade de aposição de aviso sobre a existência de merchandising ao fim do programa.

O estudo sobre a veiculação de publicidade disfarçada não possui, todavia, pretensões de esgotar a discussão, mas, em realidade, dispõe-se a ampliar o debate, permitindo, então, a sua continuação por outros que, porventura, se interessem pelo tema.

Com essa pesquisa, vislumbrou-se conferir um caráter científico ao estudo das denúncias de prática de merchandising infantil na telenovela “Carrossel”, no sentido de haver coerência na coleta, sistematização e análise dos dados. Considerando o universo restrito e delimitado - que não autoriza a formulação de opiniões mais gerais acerca da conduta do SBT - evidenciou-se que a concessionária veiculou merchandising de 7 a 20 de dezembro de 2012, durante o programa infantil investigado, majoritariamente de produtos e serviços que não se destinam às crianças.

Essa verificação permite concluir que a imposição de penalidade pelo Ministério da Justiça não foi suficiente para barrar as práticas de merchandising pelo SBT em programas infantis, pois a concessionária continua a praticar o merchandising infantil, circunstância que reforça a conclusão de que a sanção aplicada não foi suficiente no que tange ao aspecto da prevenção.

Com efeito, a penalidade imposta pelo Ministério da Justiça goza de duplo caráter – de punição e de prevenção – e sob esse último aspecto, tem o mister de evitar a repetição da conduta. Dessa forma, o SBT, ao exibir merchandising na telenovela, não parece ter sido desestimulado a veicular a publicidade indireta.

E tampouco parece ter sido bastante a atuação do MPF/MG. A ação civil pública ajuizada por esse órgão, embora não seja a via mais adequada para minimizar os problemas do merchandising direcionado às crianças, traz ínsita em si o alerta sobre a necessidade de regulamentação do assunto na esfera estatal. Não se trata da melhor forma de solucionar a questão da publicidade indireta, uma vez que o pedido é de imposição de obrigação de legislar, a qual se afigura como atribuição do próprio órgão a que se destina, numa verdadeira substituição da União e da ANATEL pelo MPF/MG.

Faz-se mister salientar que o PROCON/SP se reuniu por 2 (duas) vezes, em 2012, com o SBT, de sorte a resolver o problema da publicidade indireta na telenovela em questão. Embora a emissora tenha se comprometido a não mais veicular merchandising utilizando-se dos atores infantis, negou-se a eliminar a prática quando se trata de atores adultos⁵⁸.

O problema do merchandising infantil nos episódios analisados é grave, na medida em que conta com apoio dos personagens de “Carrossel”, um programa voltado exclusivamente para as crianças, e que, dessa forma, acaba escapando totalmente ao controle dos pais. De fato, quando se trata de publicidade indireta em programa infantil, desligar a televisão – solução simplista frequentemente invocada pelos defensores da publicidade infantil - não se afigura como algo bastante, dado que a tentativa de captação da criança é empreendida de forma despercebida, oculta, dissimulada, motivo pelo qual deve ser qualificada como ofensa ao princípio da identificação da mensagem publicitária, insculpido no art. 36 do CDC.

Além de inobservância do princípio da identificação, com a veiculação de merchandising pelo SBT na telenovela Carrossel, está-se diante de prática ilícita, à luz do que dispõe o art. 37, §2º, uma vez que é evidente o objetivo de se aproveitar “da deficiência de julgamento e experiência da criança”, tratando-se, portanto, de publicidade abusiva.

Com efeito, os fornecedores se utilizam da fidelidade que a criança constrói junto ao personagem da telenovela - exibida durante a semana e com temática próxima do universo infantil, uma vez que se desenvolve no ambiente escolar – para impingir-lhe o consumo. Nesse sentido, torna-se mais fácil dialogar com a criança, convencê-la da necessidade de aquisição do produto ou utilização do serviço, na medida em que são retratadas situações semelhantes ao seu cotidiano, o que reforça o estilo de vida da publicidade, e também são

⁵⁸ Folha de São Paulo. **Procon quer acabar com merchandising de “Carrossel” e ameaça multa**. Disponível em: <<http://f5.folha.uol.com.br/televisao/1161970-procon-quer-acabar-com-merchandising-de-carrossel-e-ameaca-multa.shtml>>. Acesso em 8 jan. 2013.

utilizados como porta-vozes dos bens personagens caros ao imaginário infantil. De fato, durante a pesquisa, restou apurado que a personagem Professora Helena, evidentemente desenvolvida com vistas a cativar as crianças, é utilizada para veicular merchandising, pois apresenta o filtro de água “Pureit”, da marca Unilever, no capítulo 146, bem como a televisão a cabo SKY nos episódios 147 e 148.

Essa constatação serve para sustentar que extinguir o merchandising feito com atores infantis configura ação insuficiente para elidir as críticas de exploração das crianças. Isso porque não são apenas os atores mirins que são capazes de dialogar com as crianças, já que determinados personagens são pensados justamente para atrair o público infantil, como é o caso da citada Professora Helena.

Além disso, algumas situações retratadas na telenovela possuem como único fim o de difundir mensagem comercial, escapando totalmente aos objetivos de composição de personagem ou de ambientação do cenário, motivos que poderiam, em tese, ser deduzidos do art. 5º, IX, da CF/88. Com efeito, a inserção publicitária verificada no capítulo 149 não guarda qualquer relação com a trama, pois são apresentados personagens em uma residência utilizando o sabonete “Lifebuoy”; contudo, essa constitui a única aparição dos personagens nesse episódio, não tendo sido identificadas outras situações que pudessem servir de subsídio para justificar a participação deles no capítulo.

Conclui-se, portanto, que a conduta do SBT exemplifica a urgência da necessidade de uma regulamentação estatal, dado que a emissora já foi acionada em todas as instâncias possíveis – judicial, administrativa e autorregulamentar – e não parece, conforme apurado na pesquisa sobre a telenovela “Carrossel”, pretender suspender a prática do merchandising infantil, em claro desrespeito aos artigos 36 e 37, §2º, do CDC.

Uma regulamentação estatal do tema, por sua vez, deve ter como norte a interdição de qualquer possibilidade de o mercado entrar em contato com a criança, ainda mais em seu momento de lazer e sem aviso prévio ou distinção entre conteúdos. Isto porque, conforme apontado pela pesquisa do Datafolha sobre consumismo na infância, a televisão é a principal atividade de lazer das crianças, o que as transforma em um público potencialmente atingido de forma maciça pelo merchandising. Ademais, a adoção dessa prática em programas infantis escapa totalmente ao controle dos pais, uma vez que as crianças são autorizadas a vê-los justamente porque são tidos como programas apropriados para a sua faixa etária.

Não se deve olvidar que, se apenas 42% (quarenta e dois por cento) dos pais se

preocupam com os anúncios publicitários veiculados entre os programas, conforme apurado pelo Datafolha, a questão parece se agravar ainda mais quando se está diante de merchandising infantil.

É essencial ressaltar que a dificuldade da percepção da mensagem como publicitária, que já é ponto polêmico no tema publicidade infantil, agrava-se ainda mais quando a criança está diante de uma mensagem comercial inserida em um contexto de lazer.

Além disso, a preocupação quanto à relação entre criança e publicidade disfarçada não deve ficar adstrita aos anúncios de produtos infantis, já que publicitários de outras categorias de produtos também vislumbram o estabelecimento de contato com a criança, conforme verificado na pesquisa sobre a telenovela “Carrossel”.

Saliente-se, por fim, que a colocação de avisos ao final do programa, comunicando que houve veiculação de merchandising, não consiste em medida suficiente para tutelar os direitos infantis e tampouco para elidir as críticas formuladas ao longo desse estudo. Isto porque, em todos os episódios vistos em que o SBT prestou a informação, as advertências são difundidas muito rapidamente, além do que se questiona se o público alvo teria condições de saber o que significa merchandising.

Nesse tópico, buscou-se evidenciar que a imposição de contrapublicidade consiste em sanção ineficaz para debelar os efeitos nocivos da publicidade sobre a criança, bem como que a ausência de regulamentação do merchandising apresenta-se como uma ameaça aos direitos da população infantil.

A pesquisa sobre a telenovela “Carrossel”, por sua vez, foi importante para ilustrar as preocupações que permeiam a veiculação de merchandising em programas infantis, reforçando, dessa feita, a necessidade de regulação estatal da matéria, dada a insuficiência de controle verificado no caso estudado.

4.3 Regular é censurar?

Como visto ao longo do trabalho, há quem resista em enquadrar a publicidade na ótica da liberdade de expressão, a exemplo de Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem e Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin. Antonio Jorge Pereira Júnior, por sua vez, na esteira das lições daqueles autores, entende que a publicidade utiliza-se de “recursos da arte, sem os fins da arte”, haja vista ter por mister a indução ao consumo supramencionada, mais do que fazer a

apresentação de um produto de forma artística (PEREIRA JÚNIOR, 2011, p. 203).

No que tange à inserção da publicidade como direito à informação, Antonio Jorge Pereira Júnior defende que o viés de persuasão de que goza a publicidade supera a finalidade informativa, na linha de raciocínio de Antônio Herman Benjamin. Ademais, na veiculação da publicidade, em seu entender, exsurge o objetivo de projetar falsas necessidades nos consumidores, haja vista serem empreendidos estudos, notadamente no campo da psicologia, para o fim de avaliar de que modo se dá o processo de decisão, ultrapassando, dessarte, a dimensão reflexiva (PEREIRA JÚNIOR, 2011, p. 201-202).

Deve-se recordar que os arts. 36 e 37, §2º do CDC são basilares nesse assunto. Primeiro, porque a percepção da mensagem como publicitária pela população infantil é particularmente problemática, haja vista as crianças em idade pré-escolar não conseguirem distinguir de forma eficiente comerciais da programação de televisão, ao passo em que crianças de até 8 (oito) anos de idade não tem a capacidade de perceber o viés de convencimento e persuasão da mensagem publicitária (LINN, 2006, p. 22). Resta evidenciado, então, que o respeito ao princípio da identificação da mensagem publicitária, previsto no art. 36 do CDC, é sumamente prejudicado quando se trata de público infantil.

O art. 37, §2º, por sua vez, considera abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança. Antonio Jorge Pereira Júnior aduz existir “sob tal preceito o dever de garantir o direito à formação integral em face da publicidade, reconhecendo-se sua força persuasiva” (PEREIRA JÚNIOR, 2011, p. 295). A redação do art. 37, §2º do CDC, contudo, apresenta-se como vaga e imprecisa, na medida em se pode questionar: existiria alguma publicidade que não se aproveitasse dessas deficiências? Como visto, a criança, por sua condição de pessoa em desenvolvimento, não goza de juízo crítico e entendimento plenamente desenvolvidos, razão pela qual discurso que defende a proibição de toda e qualquer publicidade infantil é coerente.

Contudo, adotando o posicionamento de Virgílio Afonso da Silva sobre o assunto, entendemos que a regulação da atividade publicitária pelo Estado apresenta-se como menos restritiva ao direito de anunciar, motivo pelo qual defendemos a regulação, e não a proscrição da publicidade infantil. E um primeiro avanço nessa senda seria a determinação de que a comunicação mercadológica fosse dirigida aos pais, modificando-se, portanto, o destinatário da mensagem, em respeito à condição de pessoa em desenvolvimento da criança.

Cumprе salientar que a tutela da criança nessa seara não se restringe à aplicação do art.

37, §2º do CDC. Com efeito, a proteção à infância configura direito social, conforme se observa no art. 6º da CF/88, circunstância que denota a necessidade de atuação positiva do Estado para a sua concretização, sendo constitucionalmente assegurada à criança a absoluta prioridade, a teor do art. 227 da CF/88, tutela que deve ser exercida conjuntamente pela família, pela sociedade e pelo Estado. Dessa feita, todos tem o dever de empreender esforços no sentido de respeitar os direitos infantis, não se limitando os cuidados ao âmbito familiar.

É importante lembrar que essas disposições constitucionais se desdobraram na edição do ECA, que tem como mister garantir o pleno desenvolvimento da criança, proscrevendo, no art. 71, atividades que lhe sejam prejudiciais. Antonio Jorge Pereira Júnior ressalta os efeitos nocivos da publicidade sobre a personalidade da criança, especialmente em vista de estimular hábitos deletérios para a saúde (PEREIRA JÚNIOR, 2011, p. 296).

Reconhecendo essa influência da publicidade infantil, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias sugere como modelo a ser observado o do Reino Unido, no qual há limites de horário e de conteúdo para a publicidade que seja veiculada antes e após os programas infantis, com vistas a evitar o excesso da comunicação mercadológica (DIAS, 2010, p. 190). Propõe, então, a compatibilização dos interesses, tendo em consideração a absoluta prioridade de que goza a criança (DIAS, 2010, p. 193).

E essa compatibilização, a seu turno, não envolve a proibição da veiculação de publicidade de produtos infantis, mas sim a regulamentação da forma como essa comunicação é feita, sobretudo com vistas a modificar o destinatário da mensagem. E isto porque, com o princípio da absoluta prioridade, o constituinte estabeleceu uma prevalência em abstrato da proteção à criança sobre os demais direitos, decidindo, dessa feita, o conflito previamente.

Com a adoção desse ponto de vista, ousamos discordar da posição de Andréa Galiza, para quem os direitos fundamentais, a princípio, valem de igual maneira, não havendo, portanto, hierarquia. Com efeito, tanto o art. 6º da CF/88, que consagra a proteção à infância como direito fundamental, quanto o art. 227, cujo teor prevê o princípio da absoluta prioridade, permitem concluir que há sim prevalência em abstrato da defesa da criança, uma vez que o próprio constituinte resolveu o conflito previamente, autorizando, então, que o legislador estabeleça padrões de comportamentos futuros. Por essa razão, não se adota a técnica da ponderação na solução dos problemas afeitos à publicidade infantil, já que inexistente conflito entre direitos fundamentais de igual hierarquia, porque, em nosso ponto de vista, a publicidade não é um direito fundamental.

Faz-se mister salientar que as dificuldades de solução dos abusos verificados na veiculação de publicidade, conforme analisado ao longo desse trabalho, não decorrem de uma ineficiência do funcionamento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), mas, em realidade, da fragilidade da redação do art. 37, §2º, do CDC. Com efeito, o Brasil conta, desde maio de 2012, com a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (Senacon), ligada ao Ministério da Justiça, cujas atividades envolvem a coordenação do SNDC, de acordo com o art. 106 do CDC, e vislumbram, por exemplo, a melhoria do funcionamento do SNDC, o qual é composto por diversos membros – órgãos estatais e entidades privadas de defesa do consumidor - em sua estrutura, a teor do art. 105 do CDC.

A Senacon tem como objetivos, por exemplo, a coibição de infrações aos direitos do consumidor e o aprimoramento da regulação na seara consumerista, desenvolvendo, dessa feita, ações que tem impacto em todo o Brasil.

É de salientar que o Fundo de Direitos Difusos (FDD), previsto pelo art. 13 da Lei 7347/85, é gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), órgão pertencente ao Ministério da Justiça. O fundo é alimentado, dentre outras formas, por condenações judiciais advindas de ações civis públicas movidas em defesa do consumidor e por multas aplicadas pelo Ministério da Justiça, as quais podem atingir o valor de até R\$ 6 milhões (seis milhões de reais)⁵⁹, verbas que se destinam à realização de atividades em prol da sociedade, como uma forma de recompor o patrimônio lesado.

Nessa senda, para que sejam observadas consequências práticas da tutela da criança em face da publicidade, nos termos propostos pelo presente trabalho, entendemos que não se afiguram necessárias modificações na estrutura do sistema de defesa do consumidor, mas sim aprimoramentos na redação do art. 37, §2º, do CDC. Isto porque eventuais condenações em ações civis públicas ou multas aplicadas pelo Ministério da Justiça, a partir de uma regulação mais detalhada e mais afinada com o mister de proteção da pessoa em formação, também serão destinadas ao FDD.

Deve-se ressaltar, ainda, que se faz necessário que a contenção da atividade publicitária leve em conta a tentativa de conversão das crianças em agentes de compras para

⁵⁹ Ministério da Justiça. **Dobra o valor de multa por descumprimento do CDC.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B08DEBD27-66DA-4035-BE88-27126C102E22%7D¶ms=itemID=%7BDB0EE39C-7326-4BF9-81F8-D58EAFB9C32C%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>>. Acesso em 18 jan. 2013.

toda a casa empreendida pelo mercado. Ou seja, em nosso entender, não se afigura suficiente a simples regulação da publicidade de produtos infantis, sendo imperiosa a imposição de restrições aos anúncios publicitários de produtos e serviços que objetivem se dirigir à criança, de sorte a barrar as ações do mercado no sentido de dialogar com esse hipervulnerável. Podem ser compreendidas como técnicas que se dirigem à criança, por exemplo: a utilização de celebridades e de personagens caros ao universo infantil; a adoção de linguagem infantilizada; o uso de crianças nos comerciais, de sorte a formar um sentimento de identificação com a situação retratada; o recurso à animação e à velocidade, nos moldes dos programas infantis.

Também é importante ter em conta o liame que as empresas de “fast food” formaram entre consumo de produtos carentes de nutrientes e diversão. Nessa senda, uma regulação da publicidade infantil deve, sobretudo em razão do problema da obesidade infantil, obstar a venda de brinquedos, bem como o oferecimento de brindes, em estabelecimentos comerciais dessa natureza.

É de salientar, ademais, que uma regulação mais minuciosa do tema põe relevo em um aspecto da tutela que vem sendo relegado a segundo plano, qual seja, o da prevenção. Esse caráter preventivo, com efeito, precisa ser enfatizado, especialmente ante a ineficiência da contrapublicidade, o que gera a impossibilidade fática de reverter os danos causados às crianças atingidas pela publicidade.

Em socorro a esse viés, entendemos pertinente a explicitação da responsabilidade civil solidária entre fornecedor, agência publicitária e veículo de comunicação, com base no art. 7º, parágrafo único, do CDC, esposando, assim, o posicionamento de Paulo Jorge Scartezinni Guimarães (DIAS, 2010, p. 301). Deve-se ressaltar que o substitutivo ao PL 5921/2001, em seu art. 8º, §4º, vislumbra alcançar esse objetivo de responsabilização das emissoras de televisão.

Não se deve descurar que a participação do veículo de comunicação apresenta-se como determinante para a divulgação da mensagem publicitária, já que são vendidos espaços publicitários nos intervalos das programações tendo-se em conta os índices de audiência e, com esse detalhamento, pensamos que seria conferido maior cuidado na veiculação da mensagem publicitária.

Consideramos imperiosa, ademais, uma regulação que, primeiramente, mude o destinatário da mensagem, ou seja, deixe de ser direcionada à criança para voltar-se para os pais, sobretudo em vista da reduzida capacidade de intelecção do objetivo comercial que afeta

a pessoa em formação. A restrição de horário, por sua vez, aparece como uma forma de reforçar essa modificação de destinatário, sendo plenamente aplicável à publicidade, a teor dos arts. 220, §3º, II c/c art. 221 da CF/88. Como visto, se a programação televisiva admite limitações de conteúdo, não há maiores dificuldades em se admitir a imposição de restrições à publicidade, cujo escopo é comercial.

Nunca é demais lembrar que a publicidade goza, atualmente, de ubiquidade. Por essa razão, a regulação não deve se limitar aos intervalos comerciais dos programas de televisão, mas sim voltar-se a outras práticas publicitárias em espaços não propriamente publicitários, como é o caso das escolas e do merchandising.

Nessa senda, concebemos que tanto a comunicação mercadológica no ambiente escolar quanto o merchandising devem ser terminantemente proibidos, de forma mais evidente para os destinatários da norma. Isto porque, por mais que entendamos que essas práticas publicitárias são ilícitas, por configurarem ofensa aos artigos 36 e 37, §2º, do CDC, esses dispositivos não tem sido suficientes para obstar a veiculação de publicidade em situações não claramente comerciais – a descrição da postura do SBT nesse quesito foi basilar para essa conclusão. Desse modo, vislumbramos a necessidade de um maior detalhamento sobre a interdição de publicidade de forma desavisada, em obediência ao princípio da identificação da mensagem publicitária.

Toda essa preocupação com a publicidade infantil decorre do fato de que, apesar de existir norma que considere abusiva a captação das crianças pelo mercado, há um problema de eficácia, o que redundará num insucesso da Política Nacional das Relações de Consumo. Assim, apresenta-se como oportuna uma regra mais específica, notadamente em razão da tônica de reconhecimento da vulnerabilidade que permeia essa política, a teor do art. 4º, I, do CDC.

Em última análise, buscamos tentar oferecer subsídios para uma melhora na eficácia normativa da proteção da criança em face da atividade publicitária, de sorte a não diminuir a eficácia do art. 5º, XXXII, da CF/88.

A defesa da continuidade da veiculação de publicidade infantil não resiste a um confronto entre as disposições constitucionais que a envolvem. Isto porque estamos diante de prevalência em abstrato da proteção à infância sobre o direito de anunciar, já que o art. 227 consagra o melhor interesse da criança como princípio, o qual, em conflito com outros, a exemplo da livre iniciativa, deverá sempre preponderar – concluir em sentido contrário seria ir de encontro à absoluta prioridade assegurada no artigo. A regulação, na esteira das lições de

Andréa Galiza sobre ponderação, afigura-se como o mecanismo que sacrifica menos o princípio da livre iniciativa, na medida em que uma proibição total da publicidade dirigida à criança seria sumamente mais gravosa. Regular, portanto, não é censurar.

CONCLUSÃO

1. Numa perspectiva estritamente seca e normativa, parece haver suficiente e satisfatória regulação da publicidade infantil no Brasil. Todavia, alguns problemas precisam ser levados em consideração.

2. A publicidade, em um contexto de livre mercado, configura mecanismo para a circulação de riquezas, bem como está tutelada desde o momento inicial de sua criação até a sua veiculação, mas a forma como é desenvolvida atualmente é criticada de forma contundente, pois o objetivo de persuasão é mais explícito do que a veiculação de informação.

3. Há necessidade de controle da publicidade, sendo o modelo misto o mais adequado, por combinar as vantagens dos sistemas autorregulamentar e estatal.

4. A publicidade é simples aspecto da livre iniciativa, haja vista preponderar o objetivo comercial. A publicidade, portanto, não é um direito fundamental.

5. A livre iniciativa, por sua vez, encontra limitações na defesa dos consumidores, a qual configura princípio da ordem econômica e direito fundamental. O debate, no Brasil, invariavelmente, acaba sendo obstado pela argumentação que vislumbra na publicidade infantil exclusivamente questões afetas à liberdade de expressão, deixando de levar em consideração o princípio da absoluta prioridade.

6. A proteção à infância, direito social, demanda atuação estatal para efetivá-la, sobretudo em razão de a CF/88 assegurar à criança a absoluta prioridade. Além disso, todos tem o dever de respeitar os direitos infantis, cuja defesa não está adstrita à família.

7. As reformas do “século da criança” empreenderam modificações dignas de nota sobre a proteção à criança, especialmente por conta de seu objetivo e impacto.

8. A experiência vivenciada pela indústria de roupas americana permitiu o surgimento da figura da criança consumidora, criando o mundo infantil comercial.

9. Esse mundo infantil comercial, por sua vez, proporciona a naturalização do consumo, fazendo com que as crianças sejam transformadas em verdadeiros vetores do consumo.

10. Essa naturalização é fomentada pela indústria, permitindo-se compreender o porquê da veiculação de mensagens para o público infantil - uma oportunidade de gerar lucros.

11. A criança, apesar de ter tido voz no mercado, apenas foi reconhecida como sujeito de direitos quando da emergência da proteção internacional dos direitos humanos, circunstância que culminou, no Brasil, com a edição do ECA e com a adoção da doutrina da proteção integral.

12. A publicidade infantil é capaz de interferir no poder familiar. Além disso, os publicitários também contam com verdadeiro arsenal que foge ao controle dos pais, razão pela qual a imposição de limites apenas por esses atores afigura-se insuficiente para resolver o problema – a autorregulamentação não funciona.

13. A autorregulação não é suficiente, uma vez que, embora tenham firmado a CFBAI, muitas companhias de alimentos não reduziram substancialmente a exposição de crianças a produtos não saudáveis. McDonald's e Burger King, por exemplo, ampliaram a veiculação de publicidade infantil de 2007 a 2009.

14. O problema da publicidade voltada para crianças, contudo, não se restringe à seara alimentícia, uma vez que outras indústrias também estimulam hábitos deletérios.

15. A contrapublicidade, a seu turno, é sanção ineficaz quando se trata de público infantil. A técnica publicitária do merchandising infantil, por sua vez, ofende os direitos das crianças, por não respeitar sua condição de pessoa em desenvolvimento, e vem sendo

praticada no programa infantil “Carrossel”, veiculado pelo SBT, em franco desrespeito aos artigos 36 e 37, §2º, do CDC.

16. Deve-se, portanto, reforçar o caráter preventivo da tutela da criança em face da publicidade, dada a impossibilidade de retorno ao “status quo ante”.

17. A regulação da publicidade infantil é imperiosa, não podendo ser considerada como censura. Atuando o Estado, deve-se conceder relevo ao liame que a indústria constrói entre a criança e os produtos e serviços anunciados – infantis ou não. Portanto, faz-se mister uma modificação do destinatário da mensagem: da criança para o adulto.

18. Outras limitações são importantes, a exemplo da imposição de restrições de horário, plenamente aplicáveis à publicidade por interpretação dos artigos 220, §3º, II c/c art. 221 da CF/88; a proibição de venda de brinquedos ou distribuição de brindes em estabelecimentos comerciais de “fast food”; a proscrição do “nag factor”; a vedação do merchandising infantil e da publicidade nas escolas; a proibição de uso de linguagem infantilizada e de personagens e celebridades caros ao universo infantil; a explicitação de que os veículos de comunicação também responderão em caso de divulgação de publicidade ilícita.

19. Não se trata de modificar a arquitetura da tutela consumerista brasileira, mas, em realidade, de melhorar a redação do art. 37, §2º, do CDC, de sorte a não mitigar a eficácia da defesa do consumidor, direito fundamental previsto no art. 5º, XXXII, da CF/88.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS (Estado). Lei ordinária n.º 7288/2011, de 30 de novembro de 2011. Dispõe sobre as empresas patrocinadoras de escolas públicas e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Alagoas**, Poder Executivo, Maceió, AL, 1 dez. 2011. p. 2. Disponível em: <<http://www.imprensaoficial.al/diariooficial/anteriores/2011/12%20DEZEMBRO/01122011/01%20Poder%20Executivo.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2013.

ALANA, Instituto. **Vitória na Assembleia Legislativa de SP!**. Disponível em: <<http://defesa.alana.org.br/post/38392536606/vitoria-sao-paulo-direitos-da-crianca>>. Acesso em 14 jan. 2013.

_____. **Carrossel na mira do PROCON-SP**. Disponível em: <http://defesa.alana.org.br/post/32806784059/carrossel-na-mira-do-procon-sp#disqus_thread>. Acesso em: 5 out. 2012.

ALVARENGA, Darlan. **Defensoria quer proibir bebida infantil em formato que lembra espumante**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2012/01/defensoria-quer-proibir-bebida-infantil-em-formato-que-lembra-espumante.html>>. Acesso em 12 jan. 2012.

ATHAYDE, Antonio. Propaganda é coisa séria. **Autorregulamentação e liberdade de expressão**: a receita do CONAR. São Paulo : CONAR, 2011.

BAKAN, Joel. **Childhood under siege** : how big business targets children. New York : Free Press, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro : Renovar, 2011.

BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e**

som. Petrópolis : Vozes, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 9, jan.-mar. 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. O controle da publicidade: sancionamentos a mensagens enganosas e abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 4, 1992.

BOENING, Evelena. Porque o CONAR. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 4, 1992.

BRITO, Judith. **O consumidor não precisa de tutela.** Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/html/artigos/230309.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2011.

BRITTO, Igor Rodrigues. O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil. **Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, Editora Bonijuris, n. 3, 2011, p. 107-130.

CIVITA, Roberto. A responsabilidade como resposta. **Autorregulamentação e liberdade de expressão:** a receita do CONAR. São Paulo : CONAR, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. **Revista Crítica Jurídica**, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 24, dez.-jan. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr/pr18.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

CONAR. **Julgamento da representação n.º 164/04.** Disponível em:

<http://www.conar.org.br/html/decisoões_e_casos/2004_novembro.htm>. Acesso em: 19 jun. 2012.

_____. **Uma breve história do CONAR.** Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 17 ago. 2012.

_____. CONAR. **Julgamento da representação n.º 210/12.** Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3210>>. Acesso em 8 jan. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL. **Ações pela Regulação da Publicidade de Alimentos em 2012.** Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/noticias/noticias/2012/01/acoes-pela-regulacao-da-publicidade-de-alimentos-em-2012>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

CONSUMISMO E INFÂNCIA. **Tribunal de Justiça nega recurso em ação contra comunicação mercadológica de Nestlé e Kellogg's.** Disponível em: <<http://www.consumismoeinfancia.com/01/03/2012/tribunal-de-justica-nega-recurso-em-acao-contra-comunicacao-mercadorologica-de-nestle-e-kelloggs/>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

COOK, Daniel Thomas. **The commodification of childhood: the children's clothing industry and the rise of the child consumer.** Durham : Duke University Press, 2004.

COUTINHO, Luciano. **Autorregulação e indústria criativa. Autorregulamentação e liberdade de expressão: a receita do CONAR.** São Paulo : CONAR, 2011.

DATAFOLHA, Instituto. **Consumismo na infância.** Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/Datafolha_consumismo_infantil_final.pdf>. Acesso em 26 dez. 2012.

_____. **Opiniões sobre a propaganda infantil.** Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/propaganda-infantil-maio-2011.pdf>. Acesso em 27 dez. 2012.

DENARI, Zelmo. A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, 1992.

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

FERRAZ, Mariana. **Carta à sociedade brasileira em defesa da regulamentação da publicidade de alimentos não saudáveis como direito de cidadania**. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/carta-a-sociedade-brasileira-em-defesa-da-regulamentacao-da-publicidade-de-alimentos-nao-saudaveis-como-direito-de-cidadania>>. Acesso em 9 jan. 2013.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Vigilância Sanitária proíbe cigarros mentolados e de cravo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/1061406-vigilancia-sanitaria-proibe-cigarros-mentolados-e-de-cravo.shtml>>. Acesso em 13 mar. 2012.

_____. **Câmara debate veto total à publicidade para crianças**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/keilajimenez/1109990-camara-debate-veto-total-a-publicidade-para-criancas.shtml>>. Acesso em 25 jun. 2012.

_____. **Procon quer acabar com merchandising de “Carrossel” e ameaça multa**. Disponível em: <<http://f5.folha.uol.com.br/televisao/1161970-procon-quer-acabar-com-merchandising-de-carrossel-e-ameaca-multa.shtml>>. Acesso em 8 jan. 2013.

FROTA, Mario. Auto-regulamentação: vantagens e desvantagens. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 4, 1992.

_____. **A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas**. Curitiba : Juruá Editora, 2007.

GALIZA, Andréa Karla Amaral de. **Direitos fundamentais nas relações entre**

particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte : Fórum, 2011.

G1. **Procon-SP multa McDonald's em mais de R\$ 3 milhões.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2011/12/procon-sp-multa-mcdonalds-em-mais-de-r-3-milhoes.html>>. Acesso em: 07 dez. 2011.

GOMES, Rodrigo. **Alagoas aprova publicidade em uniforme escolar e causa polêmica.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/educacao/alagoas-aprova-publicidade-em-uniforme-escolar-causa-polemica-3443548>>. Acesso em 15 jan. 2013.

HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. **Trends in television food advertising : progress in reducing unhealthy marketing to young people?** Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_2.10.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011.

_____. **Trends in television food advertising to young people : 2010 update.** Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_6.11.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011.

_____. **Trends in television food advertising to young people : 2011 update.** Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_5.12.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2012.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança.** Curitiba : Juruá, 2008.

HUFFINGTON POST. **San Francisco Bans The Happy Meal.** Disponível em: <<http://www.huffingtonpost.com/2010/11/02/san-francisco-happy-meal-ban->

mcdonalds_n_777939.html>. Acesso em: 25 jun. 2012.

INFÂNCIA LIVRE DE CONSUMISMO. **Por que não deixo meus filhos assistirem Carrossel**. Disponível em: <<http://infancialivredeconsumismo.com/?p=1125>>. Acesso em: 16 out. 2012.

LEIFERT, Gilberto. **Cidadãos responsáveis, consumidores conscientes**. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/html/artigos/080605.htm>>. Acesso em 21 jun. 2011.

LESSA, Ciça. A articulação do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente na forma de rede. **Vida em rede**: conexões, relacionamentos e caminhos para uma nova sociedade. In: MARTINHO, Cássio, FELIX, Cristiane. Barueri : Instituto C&A, 2011.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 37, jan.-mar. 2001.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 1, mar. 1992.

MARINHO, João Roberto. Democracia é liberdade de expressão. **Autorregulamentação e liberdade de expressão**: a receita do CONAR. São Paulo : CONAR, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 3 ago. 2012.

MCNEAL, James. **On becoming a consumer**: development of consumer behavior patterns in childhood. Burlington : Elsevier, 2007.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 35, jul.-set. 2000.

MENDES, Antonio Manuel Teixeira. De rabo preso com o cidadão. **Autorregulamentação e liberdade de expressão**: a receita do CONAR. São Paulo : CONAR, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **SBT é multado por publicidade disfarçada em programa infantil**. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={7CBDB5BE-654D-4BA8-8A49-8FC8AA654ECE}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B01A039C5-ADB3-4BAA-9EF5-A016B2B38BE4%7D%3B&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. **Fornecedores dos produtos da linha Hello Kitty Party são notificados**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BC8FE3FE1-6ED3-4ADB-80D7-5363CC39D1A4%7D&Team=¶ms=itemID=%7B198D4758-7368-4D8E-8601-BFAB9E2562A9%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>>. Acesso em 16 jan. 2013.

_____. **Dobra o valor de multa por descumprimento do CDC**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B08DEBD27-66DA-4035-BE88-27126C102E22%7D¶ms=itemID=%7BDB0EE39C-7326-4BF9-81F8-D58EAFB9C32C%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>>. Acesso em 18 jan. 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Manifestação da Procuradoria Geral da**

República na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 3 ago. 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EM MINAS GERAIS. **MPF/MG quer obrigar União a regulamentar merchandising em horário infantil.** Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_consumidor-e-ordem-economica/mpf-mg-ingressa-com-acao-para-obrigar-uniao-a-regulamentar-merchandising-em-horario-infantil>. Acesso em: 24 ago. 2012.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco. **Constituição Federal : avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro.** São Paulo: Centro de Extensão Universitária: Revista dos Tribunais, 2008.

OBSERVATÓRIO DA MÍDIA REGIONAL: direitos humanos, políticas e sistemas . **Monitoramento da publicidade de produtos e serviços destinada a crianças.** Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/Relat%C3%B3rio-DiadasCrian%C3%A7as2011_.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2012.

OLIVETTO, Washington. Publicidade também é cultura. **Autorregulamentação e liberdade de expressão:** a receita do CONAR. São Paulo : CONAR, 2011.

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

PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **EOS Revista Jurídica da Faculdade de Direito,** Curitiba, Dom Bosco, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2008. Disponível em: <http://www.dombosco.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/3%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%20completa.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2012.

PERISCINOTO, Alex. Mordaça na publicidade infantil? **Autorregulamentação e liberdade de expressão**: a receita do CONAR. São Paulo : CONAR, 2011.

RAMSAY, Iain. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 4, 1992.

PONDÉ, Luiz Felipe. **McLanche infeliz**. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/html/artigos/100909.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2011.

POSSENTI, Sírio. **Os limites do discurso**. Curitiba : Criar Edições, 2. ed., 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 11 ed. rev. atual., 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalidade da restrição da publicidade de alimentos e de bebidas não alcoólicas voltada ao público infantil**. São Paulo : Instituto Alana, 2012. Disponível em: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/Parecer_Virgilio_Afonso_6_7_12.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2012.

_____. **Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 3 ago. 2012.

TOFFOLI, José Antônio Dias. Prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. **Autorregulamentação e liberdade de expressão**: a receita do CONAR. São Paulo : CONAR, 2011.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo**. São Paulo : Atlas, 2008.

ANEXO A

RESOLUÇÃO ANVISA Nº 24, DE 15 DE JUNHO DE 2010

Dispõe sobre a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, nos termos desta Resolução, e dá outras providências.

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 11 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999, e tendo em vista o disposto no inciso II e nos §§ 1º e 3º do art. 54 do Regimento Interno aprovado nos termos do Anexo I da Portaria nº 354 da ANVISA, de 11 de agosto de 2006, republicada no DOU de 21 de agosto de 2006, em reunião realizada em 15 de junho de 2010, adota a seguinte Resolução da Diretoria Colegiada e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação:

Art. 1º Fica aprovado o Regulamento Técnico que estabelece os requisitos mínimos para oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, nos termos desta Resolução.

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

Seção I

OBJETIVO

Art. 2º Este Regulamento possui o objetivo de assegurar informações indisponíveis à preservação da saúde de todos aqueles expostos à oferta, propaganda, publicidade,

informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial dos alimentos citados no art. 1º com vistas a coibir práticas excessivas que levem o público, em especial o público infantil a padrões de consumo incompatíveis com a saúde e que violem seu direito à alimentação adequada.

Seção II

ABRANGÊNCIA

Art. 3º Este Regulamento se aplica à oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional.

§ 1º Este regulamento não se aplica aos aditivos alimentares e aos coadjuvantes de tecnologias; às frutas, verduras e legumes (hortaliças); aos sucos de frutas; às nozes, castanhas e sementes; às carnes e pescados in natura, refrigerados e congelados; aos leites; aos iogurtes; aos queijos; às leguminosas; aos azeites, óleos vegetais e óleos de peixes.

§ 2º A exceção que trata o parágrafo 1º é válida desde que o teor de sódio, açúcar, gordura saturada e gordura trans sejam intrínsecos ao alimento.

§ 3º Este regulamento não se aplica à rotulagem dos alimentos.

Seção III

DEFINIÇÕES

Art. 4º Para efeito deste Regulamento Técnico são adotadas as seguintes definições:

I - ADITIVO ALIMENTAR é qualquer ingrediente adicionado intencionalmente aos alimentos, sem propósito de nutrir, com o objetivo de modificar as características físicas, químicas, biológicas ou sensoriais, durante a fabricação, processamento, preparação, tratamento, embalagem, acondicionamento, armazenagem, transporte ou manipulação de um alimento. Ao agregar-se poderá resultar em que o próprio aditivo ou seus derivados se convertam em um componente de tal alimento. Esta definição não inclui os contaminantes ou substâncias

nutritivas que sejam incorporadas ao alimento para manter ou melhorar suas propriedades nutricionais.

II - ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL deve ser entendida, conforme o Guia Alimentar para a População Brasileira, como o padrão alimentar adequado às necessidades biológicas e sociais dos indivíduos de acordo com as fases do curso da vida.

III - ALIMENTO é toda substância que se ingere no estado natural, semi-elaborada ou elaborada, destinada ao consumo humano, incluídas as bebidas e qualquer outra substância utilizada em sua elaboração, preparo ou tratamento, excluídos os cosméticos, o tabaco e as substâncias utilizadas unicamente como medicamentos.

IV - ALIMENTO COM QUANTIDADE ELEVADA DE AÇÚCAR é aquele que possui em sua composição uma quantidade igual ou superior a 15 g de açúcar por 100 g ou 7,5 g por 100 ml na forma como está exposto à venda.

V - ALIMENTO COM QUANTIDADE ELEVADA DE GORDURA SATURADA é aquele que possui em sua composição uma quantidade igual ou superior a 5 g de gordura saturada por 100 g ou 2,5 g por 100 ml na forma como está à venda.

VI - ALIMENTO COM QUANTIDADE ELEVADA DE GORDURA TRANS é aquele que possui em sua composição uma quantidade igual ou superior a 0,6 g para 100 g ou 100 ml na forma como está exposto à venda.

VII - ALIMENTO COM QUANTIDADE ELEVADA DE SÓDIO é aquele que possui em sua composição uma quantidade igual ou superior a 400 mg de sódio por 100 g ou 100 ml na forma como está exposto à venda.

VIII - AMOSTRA GRÁTIS é o produto distribuído gratuitamente, com a quantidade total ou específica da embalagem disponível no mercado, destinado como ferramenta de marketing.

IX - APRESENTAÇÃO ESPECIAL é qualquer forma de apresentação do alimento que objetive induzir a aquisição ou venda, tais como, mas não somente, embalagens promocionais, embalagens de fantasia e conjuntos agregando outros produtos não abrangidos pelo Regulamento.

X - AUTORIDADE SANITÁRIA é a autoridade competente no âmbito da área da saúde com poderes legais para estabelecer regulamentos e executar licenciamento (habilitação) e fiscalização.

I - BEBIDAS COM BAIXO TEOR NUTRICIONAL são os refrigerantes, refrescos artificiais e bebidas ou concentrados para o preparo de bebidas à base de xarope de guaraná ou

groselha e chás prontos para o consumo. Também se incluem nesta definição aquelas adicionadas de cafeína, taurina, glucoronolactona ou qualquer substância que atue como estimulante no sistema nervoso central.

XII - BONIFICAÇÃO/BRINDE/PRÊMIO refere-se a todo produto, serviço ou benefício oferecido, de forma gratuita ou onerosa, exclusivamente ao adquirente do alimento.

XIII - COADJUVANTE DE TECNOLOGIA é toda substância, excluindo os equipamentos e os utensílios utilizados na elaboração e/ou conservação de um produto, que não se consome por si só como ingrediente alimentar e que se emprega intencionalmente na elaboração de matérias-primas, alimentos ou seus ingredientes, para obter uma finalidade tecnológica durante o tratamento ou fabricação. Deverá ser eliminada do alimento ou inativada, podendo admitir-se no produto final a presença de traços de substância, ou seus derivados.

XIV - CONJUNTO é o grupo de alimentos presente em uma mesma embalagem ou comercializado sob uma denominação única.

XV - CONSUMIDOR é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo exposta às práticas previstas neste regulamento.

XVI - CONSUMO EXCESSIVO é a ingestão de alimento em quantidade superior às recomendações dos guias alimentares brasileiros.

XVII - CRIANÇA é o indivíduo até 12 anos de idade incompletos.

XVIII - EMBALAGEM é o recipiente, o pacote ou o envoltório destinado a garantir conservação ou facilitar o transporte e o manuseio de produtos.

XIX - EMBALAGEM DE FANTASIA é aquela que agrega valor ao alimento, com utilização ou inclusão de materiais, objetos e formatos atrativos que atribuem a estes utilidades diferentes das originais.

XX - EXPOSIÇÃO ESPECIAL é qualquer forma de expor um produto de modo a destacá-lo e ou diferenciá-lo dos demais dentro de um estabelecimento comercial.

XXI - 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.

XXII - GUIAS ALIMENTARES PARA A POPULAÇÃO BRASILEIRA são os

documentos oficiais do Ministério da Saúde que contêm diretrizes alimentares para a população brasileira.

XXIII - INFORMAÇÃO DE CARÁTER COMERCIAL é aquela que mediante pagamento objetiva a divulgação da marca comercial do alimento, inclusive por cores, imagens, desenhos e logomarcas, ou por quaisquer argumentos de cunho publicitário, ainda que não informe diretamente o nome comercial ou componente principal do alimento.

XXIV - MATERIAL EDUCATIVO é todo material escrito, sonoro ou visual destinado ao público em geral que vise orientar sobre a utilização/consumo de alimentos ou sobre assuntos relacionados à área da Nutrição.

XXV - MERCHANDISING é a técnica de veicular ou mencionar produtos, marcas ou serviços de forma não ostensiva e não declaradamente publicitária em um programa de televisão ou rádio, filme cinematográfico, espetáculo teatral e outros.

XXVI - OFERTA são todos os métodos, técnicas e instrumentos que visam aproximar o consumidor dos alimentos colocados à sua disposição no mercado pelos fornecedores.

XXVII - PATROCÍNIO é o custeio total ou parcial da produção de material, programa de rádio ou televisão, evento, projeto comunitário, atividade cultural, artística, esportiva, de pesquisa ou de atualização científica, concedido como estratégia de marketing, bem como custeio dos participantes das atividades citadas.

XXVIII - PEÇA PUBLICITÁRIA é cada um dos elementos produzidos para uma campanha publicitária ou de promoção de vendas, com funções e características próprias que seguem a especificidade e linguagens próprias de cada veículo. Exemplos: anúncio, encarte, filmete, spot, jingle, cartaz, cartazete, painel, letreiro, display, folder, banner, móbile, outdoor, busdoor, brinde, etc.

XIX - PORÇÃO é a quantidade média do alimento que deveria ser consumida por pessoas saudáveis, maiores de 36 meses de idade, em cada ocasião de consumo, com a finalidade de promover uma alimentação saudável. No caso de indivíduos com idade inferior a 36 meses, considera-se a quantidade constante no regulamento técnico específico do alimento em questão. Quando não existir regulamento técnico específico, é aquela apresentada pelo fornecedor ou distribuidor como sendo a adequada para o consumo, desde que não contrarie o conhecimento técnico-científico vigente.

XXX - PROMOÇÃO COMERCIAL é o conjunto de atividades informativas e de persuasão procedente de empresas responsáveis pela produção ou manipulação, distribuição

e comercialização com o objetivo de induzir a aquisição ou venda de um determinado produto.

XXXI - PROPAGANDA/PUBLICIDADE Conjunto de técnicas e atividades de informação e persuasão com o objetivo de divulgar conhecimentos, tornar mais conhecido e/ou prestigiado determinado produto ou marca, visando a exercer influência sobre o público por meio de ações que objetivem promover e/ou induzir a prescrição, a aquisição, a utilização e o consumo de alimentos.

XXXII - PROPAGANDA/PUBLICIDADE/PROMOÇÃO COMERCIAL DE ALIMENTO DESTINADA ÀS CRIANÇAS é aquela realizada para alimento de uso direto ou empregado em preparo caseiro, destinado diretamente ao consumo por crianças, ou que, de alguma forma, esteja sendo comercializado ou apresentado como apropriado para esse grupo populacional.

CAPÍTULO II

DOS REQUISITOS GERAIS

Art. 5º As informações exigidas por este Regulamento, devem ser veiculadas de maneira adequada, ostensiva, correta, clara, precisa e em língua portuguesa.

Parágrafo único Quando exibidas em linguagem escrita, as informações exigidas por este regulamento devem ser apresentadas em cores que contrastem com o fundo do anúncio, estar dispostas no sentido predominante da leitura da peça publicitária e permitir a sua imediata visualização, guardando entre si as devidas proporções de distância, indispensáveis à legibilidade e destaque.

Art. 6º Na oferta, propaganda, publicidade e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a promoção comercial dos alimentos com quantidade elevada de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, é exigido:

I - Que a sua realização seja direta e verdadeira, de forma a evidenciar o caráter promocional da mensagem;

II - Que sejam facilmente distinguíveis como tais, não importando a sua forma ou meio utilizado;

III - Que seja(m) veiculado(s) alerta(s) sobre os perigos do consumo excessivo desses nutrientes por meio da(s) seguinte (s) mensagem (s), aplicável(s) de acordo com os casos descritos abaixo:

a) "O (nome/ marca comercial do alimento) contém muito açúcar e, se consumido em grande quantidade, aumenta o risco de obesidade e de cárie dentária".

b) "O (nome/ marca comercial do alimento) contém muita gordura saturada e, se consumida em grande quantidade, aumenta o risco de diabetes e de doença do coração".

c) "O (nome/ marca comercial do alimento) contém muita gordura trans e, se consumida em grande quantidade, aumenta o risco de doenças do coração".

d) "O (nome/ marca comercial do alimento) contém muito sódio e, se consumido em grande quantidade, aumenta o risco de pressão alta e de doenças do coração".

IV - Quando o alimento ou o conjunto a que ele pertença possuir quantidade elevada de dois ou mais nutrientes, deverá ser aplicado o seguinte alerta cumulativamente em relação aos nutrientes: "O (nome/ marca comercial do alimento ou conjunto) contém muito (a) [nutrientes que estão presentes em quantidades elevadas], e se consumidos (as) em grande quantidade aumentam o risco de obesidade e de doenças do coração".

Art. 7º Os alertas a que se refere o artigo 6º devem ser contextualizados na peça publicitária, de maneira que sejam pronunciados pelo personagem principal, quando a peça publicitária for veiculada na televisão ou outros meios audiovisuais; proferidos pelo mesmo locutor, quando veiculada em rádio; e, quando se tratar de material impresso, o alerta deve causar o mesmo impacto visual que as demais informações presentes na peça publicitária.

§ 1º A locução dos alertas deve ser perfeitamente compreensível.

§ 2º Se a propaganda ou publicidade de televisão não apresentar personagem principal, os alertas devem observar os seguintes requisitos:

a) após o término da mensagem publicitária, os alertas serão exibidos em cartela única, com fundo verde, em letras brancas, de forma a permitir a perfeita legibilidade e visibilidade, permanecendo imóvel no vídeo;

b) a locução deve ser feita com voz adulta e perfeitamente compreensível;

c) a cartela deverá ocupar a totalidade da tela.

§ 3º Na internet, os alertas serão exibidos de forma permanente, visível, juntamente com a peça publicitária, e devem causar o mesmo impacto visual que as demais informações presentes na propaganda ou publicidade.

Art. 8º É obrigatória a veiculação do alerta a que se refere o artigo 6º em amostras grátis de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e

de bebidas com baixo teor nutricional, bem como em cupons de desconto para a promoção desses alimentos.

Art. 9º Todo material publicitário referente ao patrocínio de fornecedores ou distribuidores dos alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional deve veicular o alerta exigido pelo art. 6º.

Art. 10. A divulgação de programas ou campanhas sociais que mencionem nome/marcas dos alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, ou que tenham por objetivo a promoção comercial desses alimentos deve observar todas as disposições desta resolução, inclusive quanto ao alerta exigido pelo art. 6º.

Art. 11. Não poderão constar na propaganda, publicidade ou outras práticas correlatas cujo objetivo seja a promoção comercial de alimentos e bebidas citados no caput do artigo 1º, indicações, designações, denominações, símbolos, figuras ou desenhos que possibilitem interpretação falsa, erro e confusão quanto à origem, a procedência, a natureza, a qualidade, a composição ou que atribuam características nutritivas superiores àquelas que realmente possuem, tais como:

I - Informar ou sugerir que qualquer tipo de alimento seja completo nutricionalmente ou que supra todas as necessidades nutricionais dos seres humanos, excetuando-se o leite materno quando consumido até os seis meses de idade;

II - Informar ou sugerir que o consumo do alimento constitui-se em garantia para uma boa saúde, inclusive no que diz respeito às expressões que o caracterize como fundamental ou essencial para o crescimento e desenvolvimento de crianças, excetuando-se o leite materno; e salvo quando aprovado por órgão competente ou disposto em regulamento técnico específico;

III - Desestimular de qualquer forma o aleitamento materno exclusivo até os seis meses de idade e complementar até os dois anos de idade ou mais;

IV - Informar ou sugerir que alimentos que possuam em sua composição nutrientes e fibras alimentares adicionados intencionalmente possam atuar como substitutos de alimentos que os possuam naturalmente em sua composição;

V - Utilizar expressões ou sugerir de qualquer forma que o alimento é saudável ou benéfico

para a saúde, quando este for classificado com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, ou de sódio e bebidas com baixo teor nutricional;

VI - Informar ou sugerir que alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional possam substituir uma refeição, salvo quando aprovado por órgão competente ou disposto em regulamento técnico específico.

CAPÍTULO III

DA PUBLICIDADE, PROPAGANDA E PROMOÇÃO COMERCIAL PARA AS CRIANÇAS

Art. 12. Em toda e qualquer forma de propaganda, publicidade ou promoção comercial de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional direcionada a crianças, é obrigatório o alerta a que se refere o artigo 6º dessa resolução, devendo ser observada principalmente a contextualização do alerta na peça publicitária.

CAPÍTULO IV

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 13. Todos os abrangidos por esta Resolução terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados a partir da data de sua publicação para promover as adequações necessárias ao Regulamento Técnico.

Art. 14. As empresas deverão manter em seu poder, à disposição da Autoridade Sanitária os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária.

Art. 15. As empresas devem informar a todo o seu pessoal de comercialização e divulgação de alimentos, incluindo as agências de publicidade, sobre este Regulamento Técnico e as responsabilidades no seu cumprimento.

Art. 16. O descumprimento das disposições contidas nesta Resolução constitui infração sanitária, nos termos da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo das responsabilidades civil, administrativa e penal cabíveis.

Art. 17. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

DIRCEU RAPOSO DE MELLO

ANEXO B

COMISSÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INFORMÁTICA

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 5.921, DE 2001

Dispõe sobre a propaganda comercial de produtos,
práticas e serviços
que possam ser nocivos à saúde física e mental de
crianças e adolescentes, sobre a propaganda comercial dirigida
majoritariamente a crianças e adolescentes, e dá outras
providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a propaganda comercial de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças e adolescentes, sobre a propaganda comercial dirigida majoritariamente a crianças e adolescentes, e dá outras providências.

Parágrafo único: Considera-se, para os efeitos desta lei, os limites de idade estipulados no art. 2º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Art. 2º Crianças e adolescentes ficam reconhecidos como vulneráveis frente à propaganda comercial.

Art. 3º Considera-se, para os fins desta lei, propaganda comercial de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças ou adolescentes aquela que anuncie algum dos seguintes itens:

I – tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos, terapias, emagrecedores e produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida;

II – produtos, práticas e serviços de natureza sexual ou com forte apelo à sensualidade;

III – produtos, práticas ou serviços de relacionamento, em especial os de natureza sexual;

IV – serviços financeiros;

V – serviços de aposta, incluindo as loterias oficiais;

VI – fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;

VII – armas de fogo e munições;

VIII – alimentos com quantidade elevada de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans ou de sódio e bebidas com baixo teor nutricional;

IX – qualquer outro produto, prática ou serviço cujo consumo por crianças ou adolescentes seja proibido ou não recomendável;

Parágrafo único: Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a meio grau Gay Lussac.

Art. 4º Considera-se, para os fins desta lei, propaganda comercial dirigida majoritariamente a crianças e adolescentes aquela que contenha ao menos um dos seguintes elementos:

I – anúncio de produto, prática ou serviço sabidamente destinado ao consumo por crianças e/ou adolescentes, ou que tenha algum desses grupos como seu maior público consumidor;

II – linguagem infantil;

III – personalidades, personagens ou qualquer outro elemento reconhecível como pertencente ao universo de produtos culturais destinados majoritariamente a crianças e adolescentes;

IV – desenho animado ou de animação;

V – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis com apelo ao público infantil;

VI – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil;

VII – trilhas sonoras compostas por música infantil ou cantada por vozes de crianças;

VIII – utilização de personagem, real ou animado, reconhecível como criança.

Art. 5º A propaganda comercial de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças ou adolescentes, assim definida no art. 3º desta lei, deve atender aos seguintes requisitos:

I – não conter qualquer dos elementos presentes em propaganda comercial destinada majoritariamente a crianças e adolescentes, em especial aqueles elencados no art. 4º desta lei;

II – não ser veiculada em publicações, programas, sítios na internet ou qualquer outro produto midiático que seja destinado majoritariamente a crianças e adolescentes;

III - conter cláusula de advertência, facilmente identificável, informando que o consumo do produto, prática ou serviço anunciado pode ser nocivo à saúde física e mental de crianças e adolescentes.

Art. 6º A propaganda comercial dirigida majoritariamente a crianças e adolescentes, assim definida no art. 4º desta lei, deve atender aos seguintes requisitos:

I – respeitar a dignidade da pessoa humana, a intimidade, o interesse social, as instituições e símbolos nacionais e o núcleo familiar;

II – garantir atenção e cuidado especial às características psicológicas da criança e do adolescente;

III – respeitar a ingenuidade, a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade da criança e do adolescente;

IV – primar por uma apresentação verdadeira do produto, prática ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, sem o emprego de recursos que exagerem suas reais características, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina;

V – exhibir, de maneira clara e objetiva, em linguagem de fácil compreensão por crianças e adolescentes, preços e condições de venda dos produtos, práticas e serviços anunciados;

VI – contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam crianças e adolescentes;

VII – não permitir que a influência do anúncio leve a criança ou o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior ou condenável;

VIII – não explorar a confiança de crianças e adolescentes em seus pais, professores e outros líderes de opinião;

IX – não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;

X – não induzir, ainda que implicitamente, sentimento de inferioridade na criança e no adolescente, caso este não consuma determinado produto, prática ou serviço;

XI – não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular, de qualquer forma, atividades criminosas, ilegais ou que ofendam aos usos e costumes da sociedade;

XII – não explorar a crença, o medo e a superstição;

XIII – não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;

XIV – não induzir, de forma alguma, a qualquer forma de degradação do meio ambiente;

XV – não apregoar que o produto, prática ou serviço conta com características peculiares se, na verdade, tais características puderem ser encontradas em similares;

XVI – não desmerecer valores sociais positivos, como amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;

XVII – não empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo;

§1º Em conteúdos audiovisuais ou de áudio, a exibição da propaganda prevista no caput será feita exclusivamente em intervalos comerciais, com clara indicação do início e do fim do intervalo, de forma a possibilitar à criança e ao adolescente uma fácil percepção da diferença entre os conteúdos midiáticos sem natureza publicitária e o intervalo comercial;

§2º Os anúncios previstos no caput devem retratar o consumo de produtos, práticas e serviços de maneira responsável e moderada, sendo vedado o encorajamento de condutas inadequadas, tais como o consumo exagerado ou compulsivo.

§3º Os anúncios de brinquedos deverão indicar claramente o tamanho real do produto anunciado, se acessórios adicionais são necessários para o seu funcionamento, se o produto é isolado ou parte de uma série colecionável e a quais faixas etárias é recomendado.

Art. 7º São vedadas e consideradas abusivas, na propaganda comercial dirigida majoritariamente a crianças e adolescentes, assim definida no art. 4º desta lei, as seguintes práticas:

I – utilização de formato de merchandising, em especial em programas audiovisuais ou de áudio destinados majoritariamente a crianças e/ou a adolescentes;

II – utilização de apelo imperativo de consumo, direta ou indiretamente;

III – utilização de formato que procure gerar confusão

entre propaganda comercial e conteúdos midiáticos sem natureza publicitária;

IV – utilização de técnicas na elaboração da peça

publicitária que possam induzir o entendimento de que o produto ou serviço

pode oferecer mais do que na realidade oferece;

V – exibição, indicação ou sugestão de qualquer atitude que possa conduzir a criança ou o adolescente a uma situação de risco ou uso inadequado do produto ou serviço;

VI – utilização de expressões “somente”, “apenas”, “precinho”, “preço baixo” ou outras da mesma natureza para qualificar o preço anunciado do produto, prática ou serviço.

Art. 8º As infrações das normas desta lei ficam sujeitas às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das demais de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas contidas na legislação em vigor, tais como as previstas nos artigos 61 a 80 da Lei nº 8.078, de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências:

I – advertência;

II - multa, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aplicada conforme a capacidade econômica do infrator;

III – imposição de contrapropaganda.

§ 1º As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas gradativamente e, na reincidência, cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

§ 2º A multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, (Lei da Ação Civil Pública), os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

§3º A imposição de contrapropaganda será cominada sempre às expensas do infrator e divulgada no mesmo formato, na mesma frequência, na mesma dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, em forma capaz de:

I - desfazer o malefício da propaganda comercial abusiva ou enganosa;

II - divulgar campanhas de utilidade pública.

§4º São solidariamente responsáveis, independentemente de culpa, o fornecedor do produto ou serviço, a agência publicitária e a empresa responsável pela mídia utilizada para veiculação da propaganda comercial.

Art. 9º Serão responsáveis, conjuntamente, pela fiscalização da efetivação e do respeito às normas desta lei o DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – e o Departamento de Classificação Indicativa, ambos integrantes do Ministério da Justiça.

Art. 10º Aplica-se à propaganda comercial de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças e adolescentes, e à propaganda comercial dirigida majoritariamente a crianças e adolescentes, sem prejuízo das determinações especiais contidas nesta lei e no que couber, todas as disposições da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 11. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Sala da Comissão, em de de 2010.

Deputado Bilac Pinto

Relator

ANEXO C

PROJETO DE LEI Nº , DE 2011

(Do Sr. MARCELO MATOS)

Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, restringindo a veiculação de
propaganda de produtos infantis.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, restringindo a veiculação de propaganda de produtos infantis.

Art. 2º Acrescente-o § 2º ao art. 76 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, com a seguinte redação:

“Art. 76.

.....

§ 2º *É proibida a veiculação de propaganda direcionada especificamente para o público infantil nos canais de televisão aberta e por assinatura no período das 7 (sete) às 22 (vinte e duas) horas.*”

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor noventa dias após a sua publicação.

ANEXO D

PROJETO DE LEI Nº 193, DE 2008

Regulamenta a publicidade infantil de alimentos no Estado de São Paulo.

A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO DECRETA:

Artigo 1º - Fica proibida no Estado de São Paulo a publicidade, dirigida a crianças, de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio.

§1º - A vedação se estenderá no período compreendido entre 6 horas e 21 horas, no rádio e televisão, e em qualquer horário nas escolas públicas e privadas.

§2º – Fica impedida a utilização de celebridades ou personagens infantis na comercialização, bem como a inclusão de brindes promocionais, brinquedos ou itens colecionáveis associados à compra do produto.

Artigo 2º - A publicidade durante o horário permitido deverá vir seguida de advertência pública sobre os males causados pela obesidade.

Artigo 3º - Em caso de descumprimento das restrições apresentadas nos artigos antecedentes, sujeita o infrator às penas de:

I – multa;

II – suspensão da veiculação da publicidade;

III – imposição de contrapropaganda.

§1º - A pena de multa será graduada de acordo com a gravidade, entre duzentas e três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), ou índice equivalente que venha substituí-lo.

§2º - A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício e informar as crianças sobre o mal ocasionado pelo consumo dos alimentos indicados no artigo 1º;

§3º - A pena de multa, suspensão da veiculação da publicidade e imposição de contrapropaganda, será aplicada pela administração, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa e contraditório;

§4º - As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicada cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Artigo 4º - Entende-se por publicidade qualquer forma de veiculação do produto ou marca, seja de forma ostensiva ou implícita em programas dirigidos ao público infantil.

Artigo 5º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO E**PROJETO DE LEI Nº 1096, DE 2011**

Proíbe a venda de alimentos acompanhados de brindes ou brinquedos no Estado de São Paulo

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO DECRETA:

Artigo 1º - Fica proibida a venda de alimentos acompanhados de brindes ou brinquedos de qualquer tipo no Estado de São Paulo.

Parágrafo único: Em caso de desobediência, o estabelecimento fica sujeito as penalidades do artigo 56 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC).

Artigo 2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação