

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

IGOR RODRIGUES BRITTO

**PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA
NA SOCIEDADE DE CONSUMO E O CONTROLE DA
ATIVIDADE PUBLICITÁRIA NO BRASIL**

VITÓRIA

2009

IGOR RODRIGUES BRITTO

**PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA
NA SOCIEDADE DE CONSUMO E O CONTROLE DA
ATIVIDADE PUBLICITÁRIA NO BRASIL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito de Vitória, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite.

VITÓRIA

2009

IGOR RODRIGUES BRITTO

**PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA
NA SOCIEDADE DE CONSUMO E O CONTROLE DA
ATIVIDADE PUBLICITÁRIA NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2010.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória

Professor Visitante

A minha avó Zilca Feu Rodrigues (em memória) e a minha mãe Maria da Penha Rodrigues Britto que dedicaram suas vidas à educação de crianças. Aqui estou eu, tentando seguir seus passos.

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas colaboraram para que esta etapa fosse concluída.

Ao Prof. Antonio José Abikair e à Prof^a Paula Castello Miguel pelo incentivo e oportunidade de fazer o curso de mestrado.

À Fundação Carolina da Espanha, na pessoa da Sra. Piedi Martín, pela bolsa de pesquisa, que me proporcionou realizar parte dos estudos na Universidade de Castilla –La Mancha.

Ao Centro de Estudos do Consumo, da Universidade de Castilla –La Mancha pela carinhosa acolhida, em especial à Prof^a Maria de Los Angeles Cariñana, à Prof^a Ana Carretero García e a Eva Moreno Alonso.

Ao Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana, em especial a Isabella Henriques e a Tamara Gonçalves, pela generosidade de compartilhar seus conhecimentos e experiências no combate à publicidade infantil.

Às minhas ex-orientandas Roberta Fernanda Frisso e Aline Vasconcelos pela ajuda na pesquisa bibliográfica, e às colegas de trabalho Viviane Lima, Denise Rosa, Juliana Sartório por toda ajuda nestes dois últimos anos.

Ao Professor Mario Frota e sua Associação Portuguesa de Direito do Consumo, por contribuir para o meu primeiro contato com o tema da publicidade infantil.

Ao meu orientador, Prof. Carlos Henrique Bezerra Leite, pela acolhida e pelos conselhos fundamentais.

A Clarice, pela imensa paciência, pelo companheirismo, pela espera, pela atenção, pelos sacrifícios, pela compreensão, pela ajuda, pelas noites em claro, pela escuta incansável, pelo carinho e pelo amor.

RESUMO

O presente estudo busca analisar a presença da criança na sociedade de consumo de massa para, em seguida, verificar se os seus direitos fundamentais são prejudicados a partir do exercício de liberdades econômicas pelos fornecedores de produtos e serviços. Neste sentido, se concentra no estudo da publicidade dirigida ao público infantil e à sua implicação na proteção integral da criança. Pelo estudo transdisciplinar da sociologia do consumo, da psicologia e antropologia infantil e do direito do consumidor busca soluções para a eficácia da proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo, a partir do controle público da atividade publicitária. Discute os conflitos entre os interesses constitucionalmente tutelados de liberdade publicitária (com fundamento na livre iniciativa e livre concorrência) e de proteção da criança, e encontra respostas nas teorias de restrição e ponderação de direitos fundamentais e no direito comparado.

Palavras Chave: Direitos Fundamentais – Criança – Consumo - Publicidade.

RESUMEN

El presente estudio busca analizar la presencia del niño en la sociedad de consumo de masa para a seguir verificar si sus derechos fundamentales son perjudicados a partir del ejercicio de libertades económicas por los productores de bienes y servicios de consumo. En este sentido, concentrarse en el estudio de la publicidad dirigida al público infantil y su implicación en la protección integral del niño. Por el estudio transdisciplinar de la sociología del consumo, de la psicología y antropología infantil e del derecho del consumidor busca soluciones para la eficacia de la protección de los derechos fundamentales del niño en la sociedad del consumo a partir del control público de la actividad publicitaria. Discute los conflictos entre los intereses constitucionalmente tutelados de libertad publicitaria (con fundamento en la libre iniciativa y libre concurrencia) y de protección del niño, y encuentra respuestas en las teorías de restricción y ponderación de derechos fundamentales y en el derecho comparado.

Palabras-clave: Derechos Fundamentales – Niño – Consumo - Publicidad

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A CRIANÇA NA SOCIEDADE DE CONSUMO E A ATIVIDADE PUBLICITÁRIA	21
1.1 O CONCEITO DE CRIANÇA	21
1.2 EVOLUÇÃO DO MERCADO DE CONSUMO INFANTIL.....	25
1.2.1 A publicidade dirigida à criança no mercado de consumo	37
1.3 DEFINIÇÃO DE PUBLICIDADE.....	41
1.4 CONTROLE JURÍDICO DA PUBLICIDADE NO BRASIL	51
1.4.1 Princípios da publicidade no direito do consumidor	58
1.4.2 Publicidade abusiva e proteção da criança no código de defesa do consumidor	64
2 A CRIANÇA COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTROLE DA PUBLICIDADE INFANTIL	70
2.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	70
2.2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	80
2.3 CONTROLE DA PUBLICIDADE INFANTIL	82
2.3.1 O controle da publicidade infantil na legislação de alguns países	88
2.3.2 O sistema legal brasileiro de controle da publicidade infantil	105
2.3.3 Propostas recentes para ampliação do controle da publicidade dirigida à criança no Brasil	107
3 PRINCIPIOLOGIA DE PROTEÇÃO À CRIANÇA EM FACE DA PUBLICIDADE	115
3.1 INCAPACIDADE CIVIL DA CRIANÇA.....	115
3.2 A LIBERDADE DOS CONSUMIDORES EM FACE DA PUBLICIDADE.....	120
3.2.1 A publicidade como obstáculo ao exercício da liberdade da criança	127

3.2.2 O comprometimento da liberdade da família pela publicidade e o obstáculo ao Exercício do Poder Familiar	133
3.3 VIOLAÇÕES À PROTEÇÃO INTEGRAL DAS CRIANÇAS PELO ABUSO DA PUBLICIDADE: A PERSONALIDADE, OS VALORES E A SAÚDE EM RISCO....	153
4 LIMITES CONSTITUCIONAIS À PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL.....	167
4.1 DEBATE ACERCA DA LIBERDADE DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA.....	167
4.2. LIMITES E RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE FAZER PUBLICIDADE.....	180
4.3 CONFLITO DE INTERESSES E A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO.	200
CONCLUSÃO	215
REFERÊNCIAS.....	224
ANEXOS.....	233

ANEXOS

ANEXO I - Projeto de Lei 5291/2001 (texto original)	233
ANEXO II – Substitutivo do Projeto de Lei 5291/2001	235
ANEXO III – Consulta Pública nº 71/2006 da ANVISA	251
ANEXO IV – Comunicado Público da ABIA (compromisso da indústria alimentícia).....	252

INTRODUÇÃO

A partir do desenvolvimento da sociedade de consumo de massas, em especial, após o fortalecimento da economia mundial do pós-guerra, o público infantil se tornou uma parcela bastante lucrativa do mercado consumidor global. Naquele novo clima de paz social e estabilidade econômica as famílias voltaram a crescer, e com a necessidade de desenvolvimento de novos mercados, as crianças, agora em maior número, passaram a ser inseridas no contexto do consumo de massa de bens e serviços. Para participar deste promissor mercado, as grandes companhias fornecedoras de produtos e serviços de consumo desenvolveram estratégias para destinar boa parte de sua produção a este público, e em busca de se comunicar comercialmente com seus jovens consumidores iniciaram um crescente processo de investimentos de recursos de marketing na publicidade destinada diretamente a crianças (MCNEAL, 1999, p.23).

Desde então, diariamente, crianças de todas as idades, como sujeitos passivos de absorção de mensagens comerciais, são o público-alvo de grande número de anúncios publicitários de produtos e serviços desenvolvidos exclusivamente para elas ou para suas famílias.

Alguns fatores sociais contribuem para essa alta exposição das crianças aos veículos de comunicação na qual se insere a publicidade: boa parte do público infantil passa a maior parte do tempo em frente à televisão ou navegando pela *internet*, em decorrência do aumento da insegurança (que condiciona os pais a estimularem seus filhos a permanecerem dentro de casa); há mais ausência dos pais no lar durante o dia, pelo aumento de suas atividades profissionais e da inserção das “mães” no mercado de trabalho; e o crescimento das famílias monoparentais, em que as crianças passam boa parte do tempo sozinhas em casa, tem sido registrado nas últimas décadas (MCNEAL, 1999, p.27 e SCHOR, 2006, p. 59). Enquanto não ocupam o tempo em frente à televisão ou navegando pela internet, os pequenos continuam sempre sujeitos a receber mensagens publicitárias: pelos passeios aos centros comerciais (o lazer preferido das famílias pós-modernas), pelas paisagens urbanas carregadas de um excesso de anúncios em

outdoors e em letreiros luminosos, ou durante suas atividades escolares e esportivas, em que a publicidade também se faz presente. Durante todo esse período, as crianças captam instantaneamente o conteúdo de mensagens publicitárias veiculadas em todos os meios de comunicação de massa, principalmente durante a programação infantil ou adulta dos canais de televisão, com especial destaque aos canais pagos exclusivamente destinados à audiência infantil. O intervalo comercial dos canais infantis de televisão é preenchido pela divulgação de brinquedos, roupas e acessórios infantis, artigos de esporte, eletrônicos e alimentos. Também estão veiculados nos sítios de Internet próprios para as crianças, em meio a jogos virtuais e interações, nos quais se percebem publicidades quase subliminares.

O mercado publicitário, a serviço da oferta de produtos e serviços infantis ou adultos, quando desenvolvido para cooptar crianças às práticas modernas de consumo, por utilizar técnicas que se favorecem da inocência, ingenuidade e credulidade dos menores é alvo de constantes críticas das organizações civis de defesa dos consumidores e das crianças, mas também do próprio Poder Público em algumas de suas esferas. Trata-se de um público “consumidor” formado por indivíduos facilmente convencidos e manipulados pelas mais simples técnicas de persuasão e sedução. Quando o discurso publicitário se volta para as crianças, a relação entre anunciante e consumidor se demonstra demasiadamente desleal e desequilibrada, tanto em decorrência da natureza da infância (credulidade, inocência, ingenuidade e em desenvolvimento cognitivo e da personalidade), como pela própria natureza da publicidade (persuasiva e sedutora, com fins à manipulação e criação de demandas).

Os efeitos da publicidade dirigida às crianças, fortalecidos pelo excesso desses anúncios, têm sido estudado tanto pelas ciências sociais, como pelas ciências da saúde. Durante muitos anos, sociólogos e psicólogos estiveram a serviço das grandes empresas, desenvolvendo as técnicas mais eficazes para a manipulação dos desejos dos pequenos consumidores. Ao passar das últimas décadas, percebe-se a união de especialistas dessas mesmas áreas, agora aliados a pediatras, educadores, pedagogos e antropólogos, que registram evidências dos efeitos

negativos da publicidade na formação da personalidade das crianças e no seu desenvolvimento cognitivo, moral e cultural.

Faltam estudos jurídicos sobre o fenômeno do consumo e a respeito da legalidade dessa prática crescente do mercado de consumo, ou seja, se há abusividade ou não de toda publicidade dirigida às crianças.

A preocupação com a proteção das crianças contra essas práticas desleais existentes na atividade publicitária é comum em todo o mundo, o que se percebe através da análise das normas de controle internacional da publicidade, justificando uma padronização dos princípios existentes nessas regulamentações. Entretanto, na análise de diversas regulamentações estrangeiras, é possível verificar diferenças significativas no teor das leis de controle da publicidade nas suas restrições da publicidade infantil. Essas distinções das leis estrangeiras decorrem, possivelmente, dos pesos e valores dados por cada país aos direitos de liberdades econômicas, por um lado, e aos direitos de proteção à criança, por outro. Além disso, a própria noção de infância e as capacidades da criança atuante na sociedade de consumo, e os riscos que correm diante de anúncios publicitários, podem ser compreendidos de forma diferente por cada legislador estrangeiro.

Em meio a esse contexto, grupos de pressão debatem sobre a necessidade de maior intervenção do Estado por meio de leis restritivas mais eficazes e rigorosas no controle da publicidade infantil ou sobre a necessidade de omissão do Estado no controle da atividade publicitária, garantindo maior liberdade aos anunciantes.

Os argumentos daqueles que defendem o controle rigoroso do Poder Público sobre as mensagens publicitárias dirigidas às crianças se baseiam na necessidade de se preservar a fase de desenvolvimento dos indivíduos de informações e valores ainda desnecessários para sua formação moral e cognitiva. Assim como os demais conteúdos da programação televisiva, e dos outros meios de comunicação de massas, a mensagem publicitária tem o potencial de banalizar certos conceitos do cotidiano adulto, que os pais e educadores buscam lapidar, cuidando para que a

ingenuidade e inocência das crianças não sejam atingidas por essas mensagens precocemente.

O mero fato de a publicidade estimular crianças a adquirir produtos e serviços já justificaria o seu controle, para esta corrente doutrinária. O consumismo, característica marcante que identifica a atual sociedade, é um dos hábitos sociais relacionados aos efeitos colaterais da vida moderna mais condenados pela humanidade. Tem-se, a princípio, consequências de caráter coletivo, como a degradação do meio ambiente, a criação de uma massa de consumidores alienados e irresponsáveis, e o aumento de crianças portadoras de doenças decorrentes de maus hábitos alimentares e do inculcar de valores materialistas. Dados foram registrados para comprovar que o incentivo desmedido ao consumo tem como impactos a obesidade infantil, erotização precoce, comportamentos anti-sociais, além de enraizar em suas jovens mentes um comportamento de total indiferença e alienação frente a uma conscientização de sustentabilidade dos recursos naturais que deveriam desenvolver.

Ao mesmo tempo, o estímulo ao consumo infantil pode significar a violação da liberdade individual das crianças, pois afetada estará a sua autonomia da vontade e a sua autodeterminação, bem como a violação da liberdade familiar e desconstituição das premissas necessárias ao exercício saudável do poder familiar.

Por outro lado, o mercado publicitário é defendido a partir do exercício de princípios e direitos fundamentais que figuram como interesses constitucionais cuja restrição torna-se extremamente delicada, neste caso. A livre iniciativa e demais liberdades econômicas fundamentam uma liberdade de expressão comercial. O direito ao exercício da publicidade denota um direito fundamental de liberdade tutelado pela Constituição Federal.

Os valores sociais da livre iniciativa, que podem compreender a liberdade do exercício da atividade econômica privada, é um dos fundamentos da República e da Ordem Constitucional Econômica. Nesta linha, os direitos fundamentais abarcados por nossa Constituição trazem, em seu rol, direitos de natureza econômica. O valor

social da livre iniciativa é, assim, fundamento do Estado Democrático de Direito, imprescindível para o desenvolvimento econômico e social do país. Deve ser encarado não apenas como mero direito econômico, mas sim como direito fundamental independente de outros direitos fundamentais de não intromissão do Estado, e que pode e deve ser exercido livremente para o desenvolvimento normal de uma nação capitalista.

Deve-se reconhecer que a liberdade de se conduzir o próprio negócio requer que o direito de realização da oferta de produtos e serviços seja preservado. E a livre concorrência demanda a possibilidade de fazer publicidade. Ou seja, a atividade publicitária está protegida por um grupo de direitos econômicos constitucionais que torna delicada a realização de mero controle sobre as mensagens publicitárias por meio de restrições legais. Na sociedade de consumo de massas, o efetivo exercício da livre iniciativa depende de uma livre comunicação entre fornecedores de produtos e serviços e seus consumidores em potencial.

Mas as liberdades econômicas no contexto apresentado, ao fortalecerem o direito de fazer publicidade, colidem com interesses caros da sociedade brasileira e protegidos por princípios constitucionais de direitos fundamentais: a proteção integral da criança, os valores sociais da família, e a defesa pelo Estado da liberdade dos consumidores. Todos esses preceitos constitucionais se configuram a partir da necessária proteção da dignidade humana. Neste cenário, a criança, ser humano em desenvolvimento, demanda uma proteção especial do ordenamento jurídico.

Se verificado que o aproveitamento da criança na sociedade de consumo pela publicidade a ela dirigida configura violação de seus direitos especialmente protegidos, mas que, ao mesmo tempo, a atividade publicitária está protegida por interesses constitucionais relevantes para a mesma sociedade de consumo, tem-se um conflito de liberdades e, a partir dele, problemas a serem respondidos pela pesquisa jurídica.

Eis o problema principal da discussão apresentada: os interesses constitucionais de proteção integral da criança na sociedade de consumo, como direito fundamental,

podem restringir validamente os direitos de liberdade de fazer publicidade para crianças?

A resposta ao problema posto implica enfrentar outros problemas secundários: quais são os fundamentos constitucionais que protegem o exercício da atividade publicitária no Brasil? Por outro lado, quais são os interesses sociais e direitos constitucionalmente protegidos que determinam o controle da comunicação comercial, especialmente quando direcionada ao público infantil? E, por fim, se justificada a necessidade de restrição à publicidade direcionada ao público infantil, qual o nível de sacrifício (total ou parcial) a que esta atividade deva ser submetida para proporcionar a proteção eficaz aos interesses constitucionais de proteção às crianças na sociedade de consumo?

A hipótese que se apresenta em primeira análise, e que demanda confirmação, é a de que a publicidade dirigida ao público infanto-juvenil deve ser restringida para a preservação da proteção integral da criança em todos os seus âmbitos (liberdade, cuidado, saúde etc.). Esta crença se obtém a partir do estudo transdisciplinar da sociologia do consumo, da psicologia infantil, do direito do consumidor e dos direitos fundamentais da criança. Alguns estudos sociológicos desenvolvidos nos Estados Unidos nas últimas duas décadas demonstram, em suas pesquisas, que os valores consumistas e as mensagens persuasivas e sedutoras difundidas pela publicidade, quando direcionadas ao público infantil, são capazes de deturpar o processo de desenvolvimento da personalidade e o bem-estar das crianças. Por sua vez, a análise do fenômeno da publicidade pelo Direito demonstra que esta atividade é capaz de violar a liberdade dos indivíduos na condição de suas infâncias.

Contudo, a solução do problema apresentado requer o exercício de verdadeira ponderação de valores entre os interesses constitucionais envolvidos. Para tanto, se mostra eficaz a técnica de Ponderação e Balanceamento de Direitos em busca de uma solução racional para este problema, nas perspectivas de Robert Alexy e Gomes Canotilho.

Ao ponderarmos de um lado os interesses dos fornecedores de produtos e serviços de se comunicar comercialmente com os seus consumidores e dos publicitários em exercer sua profissão, criando suas campanhas livres de censura ou de controle autoritário e ilegítimo do Poder Público, e de outro o interesse difuso da sociedade pela proteção dos consumidores e pela assistência social às crianças, verifica-se que o sacrifício aos direitos constitucionais que tutelam o primeiro grupo como é algo necessário e justificável para garantir interesses de maior peso para a sociedade, como é a proteção das crianças na sociedade de cultura do consumo.

Não há direito absoluto, isento de limitações ou restrições. Ainda assim, tratar de restrição de direitos fundamentais é algo que exige extrema cautela. A discussão trata de produtos e serviços lícitos que, a princípio, quando respeitadas as normas técnicas de produção e quando consumidos com responsabilidade, não geram danos aos seus consumidores. E trata, também, de restrição à liberdade de se comunicar comercialmente com determinado público. Apesar de aceitar que a restrição à publicidade dirigida a crianças é proporcional ao bem social que se busca, qualquer limitação a direito fundamental deve se realizar por meio de responsável ponderação. Portanto, a interferência nos direitos fundamentais que tutelam a atividade publicitária deve se fundar em direitos constitucionais fundamentais, cuja valoração lhes garanta a sua predominância no conflito.

O conflito é formado por interesses de liberdades em confronto. É necessário compreender o âmbito das liberdades que se opõem e a preponderância de alguma delas na discussão. A sociedade de consumo está permeada de problemas fundamentais de liberdades. O exercício da liberdade dos fornecedores oprime a liberdade dos consumidores, ao passo que a proteção da liberdade dos consumidores significa a restrição da liberdade dos fornecedores. Mais uma vez, se demanda a intervenção do Estado nas relações privadas para harmonizar a relação conflituosa e contribuir para a eficácia desses direitos fundamentais em risco.

O ponto nodal da questão consiste na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a eles vêm de todos os lados, e, de outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana (SARMENTO, 2008, p.186).

Resta-nos saber se os interesses em proteger os valores éticos e sociais da pessoa e da família incluem os direitos de restrição parcial ou total da publicidade direcionada às crianças e adolescentes, como afirmam representantes da sociedade civil organizada e tantos projetos de Lei e outras formas de controle legal. Pelo presente estudo, pretende-se demonstrar, a partir de um método hipotético-dedutivo de abordagem, no propósito de explicitar o conteúdo das premissas apresentadas, partindo de premissas gerais para chegarmos às particulares, que os interesses difusos de proteção integral das crianças e de proteção aos valores éticos e sociais da família, bem como a necessária intervenção do Estado para proteção dos consumidores, como preceitos de direitos fundamentais, legitimam a restrição de qualquer comunicação comercial direcionada aos indivíduos que não possuem discernimento suficiente para formação autônoma de suas vontades, como são as crianças.

O desenvolvimento da presente pesquisa foi dividido em quatro capítulos. O primeiro foi dedicado à contextualização da criança na sociedade de consumo, tendo sido necessário conceituar o que é ser criança nos tempos atuais, o que foi realizado por meio da teoria desenvolvimentista. A criança foi definida durante o decorrer dos trabalhos a partir de sua especial condição de vulnerabilidade, do seu contexto de desenvolvimento das capacidades cognitivas e da sua personalidade em formação. Optou-se por um corte metodológico em que a discussão sobre adolescência e consumo é descartada, para concentrar-se apenas no tema da infância e consumo. As peculiaridades de cada grupo e as diferenças marcantes entre estas duas fases do desenvolvimento humano prejudicariam uma discussão uniforme e homogênea acerca da publicidade destinada a estes dois públicos alvos. Neste mesmo capítulo apresenta-se o desenvolvimento do mercado de consumo infantil, ou seja, o posicionamento aparente e permanente da criança como consumidora de produtos e serviços e o fortalecimento de sua importância no mercado de consumo. Ainda no primeiro capítulo são apresentadas as condições em que se realizam publicidades dirigidas para crianças e a importância desta atividade no mercado de consumo atual, bem como os conceitos de publicidade que serão trabalhados no decorrer da pesquisa, para, enfim, tratar-se das premissas básicas do controle público e privado da publicidade.

O segundo capítulo trata dos fundamentos gerais do Direito da Criança e destes fundamentos como razão do controle legal da publicidade dirigida à criança no ordenamento jurídico brasileiro e na legislação estrangeira. Neste sentido, se fez necessária a realização de estudo de Direito Comparado em que a técnica de microcomparação¹ foi utilizada para, primeiro, realizar uma aproximação funcional do controle da publicidade infantil pelas diversas legislações estrangeiras como institutos comparáveis. Com isso, pretendeu-se demonstrar a posição de inferioridade da legislação de consumo brasileira em relação às regras estrangeiras que trataram do assunto, no que diz respeito à eficácia do controle da publicidade dirigida ao público infantil para garantir a proteção dos direitos fundamentais da criança. A importância do estudo de direito comparado nesta pesquisa se dá tanto para registrar uma tendência na evolução destes direitos da criança na sociedade de consumo, como também para cumprir uma função de instrumento de política legislativa.

A escolha de países e legislações a serem comparadas se deu por uma razão simples: tratou-se apenas dos países cujas leis de consumo ou de controle da publicidade trataram da publicidade infantil, e dentre eles optou-se por aqueles que adotaram um sistema de controle público restritivo rigoroso e por aqueles que foram capazes de combinar um eficiente controle misto, em que as entidades privadas de autocontrole contribuem com o controle das instituições públicas e em que suas regras privadas são bem recebidas pelo Poder Público. Neste sentido, os países latino-americanos não contribuíram para o estudo, pois não foram encontrados em suas normas de defesa do consumidor ou de controle público da publicidade os dispositivos que tratam da publicidade infantil, com exceção da lei Brasileira². Destacam-se, neste contexto, as legislações de alguns Estados Membros da União

¹ “A microcomparação consiste na comparação entre institutos jurídicos afins e ordens jurídicas diferentes” (ALMEIDA, 1998, p. 10). Por sua vez, “comparáveis seriam os institutos que, em ordens jurídicas diferentes, dão resposta jurídica a necessidades semelhantes, resolvendo o mesmo problema, social, político ou econômico” (ALMEIDA, 1998, p.23).

² O México regula a publicidade tanto por meio da sua Ley Federal de Protección al Consumidor, como por meio da Ley Federal de Radio y Televisión. Em nenhuma destas leis há referências sobre a publicidade infantil. A Argentina possui um marco normativo da Publicidade, composto pela Lei de Defesa do Consumidor, Lei de Lealdade Comercial, e pela Resolução da Publicidade de Bens e Serviços, que não tratou especificamente da publicidade dirigida às crianças. O Chile possui, além de uma Lei do Consumidor, uma Lei sobre Abusos da Publicidade. Não há referência à publicidade direcionada às crianças.

Europeia, que transpuseram de formas distintas a Diretiva Europeia Televisão sem Fronteiras, e alguns países de cultura jurídica anglo-saxã como Inglaterra e Canadá pela adoção de sistema misto de controle (público e privado) em visível sintonia.

A proteção integral da criança como direito fundamental se sobressai como fundamento da necessidade de maior rigor da legislação brasileira de controle da publicidade dirigida à criança. Por essa razão se apresenta, também, no segundo capítulo, as recentes propostas legislativas para ampliação do controle pelo Estado dos anúncios publicitários dirigidos ao público infantil, em atendimento a uma demanda social crescente.

No capítulo terceiro, com o aprofundamento da pesquisa, se inicia a defesa dos argumentos que confirmam a hipótese do problema principal. Neste momento do estudo, a incapacidade civil da criança, a publicidade como obstáculo da autonomia privada da criança e do exercício regular do Poder Familiar, além dos argumentos de que seu uso abusivo pelos anunciantes de produtos e serviços prejudica o desenvolvimento moral, cognitivo e da personalidade da criança, configuram o conjunto de elementos capazes de violar o desenvolvimento integral da criança e legitimam o interesse constitucional de se restringir a publicidade direcionada às crianças.

Por fim, o capítulo quatro contextualiza o conflito entre os interesses constitucionais de preservar a liberdade do exercício da atividade publicitária, defendida com base em uma liberdade de expressão comercial, em face do interesse de se proteger integralmente a criança alvo de campanhas publicitárias. A necessidade de se restringir a publicidade dirigida à criança se apresenta como uma restrição de direito não expressamente autorizada pela constituição (conforme trata Jorge Reis Novais), mas, ainda assim, possível e necessária. Entretanto, como se verá, tal restrição de direito não pode se realizar senão mediante um verdadeiro exercício de ponderação, pelo que o uso da técnica de ponderação a partir do princípio da proporcionalidade se dará no presente estudo como solução efetiva e racional para o conflito e para problema principal apresentado.

1 A CRIANÇA NA SOCIEDADE DE CONSUMO E A ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

1.1 O CONCEITO DE CRIANÇA

O Direito brasileiro define a criança como sendo “a pessoa até doze anos de idade incompletos” (artigo 2º da Lei 8069/90). As razões de uma definição de “ser criança” no Estatuto da Criança e do Adolescente decorrem, especialmente, da necessidade de diferenciá-las dos adolescentes (entre doze e dezoito anos de idade) para os efeitos da aplicação da lei penal quando “incorrem em atos de conduta descritos como delitos ou contravenções” (SOLARI *In*: CURY, 2003, p.18). Todavia, as definições do que é ser criança pelo Direito não podem ser afastadas dos conceitos e entendimentos das demais ciências que embasaram os critérios do legislador. A antropóloga infantil Clarice Cohn afirma que “só podemos entender o Estatuto da Criança vigente hoje no Brasil, assim como as polêmicas que o rodeiam, se compreendermos a concepção de criança e infância que o embasa” (2005, p.44).

Qualquer estudo sobre a proteção da criança, seja qual for o seu contexto, demanda o entendimento prévio do pesquisador sobre a fase da vida que compõe a infância, numa análise que extrapola o mero estudo do fenômeno jurídico envolvido. Para consolidar premissas e realizar a correta interpretação da Lei, não basta compreendê-la isoladamente, mas sim a partir de fundamentos transdisciplinares (pela antropologia, sociologia, psicologia e pedagogia) que a compuseram. Novamente, de acordo com a antropóloga Clarice Cohn,

[...] contemporaneamente, os direitos das crianças e própria idéia de menoridade não podem ser entendidos senão a partir dessa formação de um sentimento e de uma concepção de infância. [...] a análise antropológica deve abranger outros campos que, a cada caso, serão fundamentais para entender o que significa ser – e deixar de ser – criança nesses contextos. Por exemplo, a concepção de pessoa humana e de sua construção pode ser imprescindível para entender como se compreende e vivencia o período da vida em que se é criança (2005, p.22).

Durante muitos séculos, foi possível afirmar que “não existia infância”. A criança foi tratada durante toda a era medieval como um mini-adulto, como se fosse possível

classificar meninos e homens como adultos de tamanhos distintos³. Rousseau foi quem percebeu que este pequeno ser (“homúnculo”), até então tratado como adulto, inclusive pelos trajes, compromissos e comportamentos exigidos, era, na verdade, um indivíduo em condição especial, dotado de características próprias e distintas dos adultos, mas completamente inserido e misturado em meio à sociedade adulta. E somente a partir dele iniciou-se uma renovação dos métodos educacionais, de forma que fosse respeitada a personalidade da criança. De acordo com Lauro de Oliveira Lima,

[...] estava criado o problema: uma criança não é um adulto em miniatura: deve ser tratada como se estivesse ainda num processo embriológico extra-uterino, a ponto de até os juizes de menores (também sem conhecimento da psicologia infantil) encorajaram-se a decidir o que é bom e o que é mau para as crianças, num mundo cada vez mais complexo, em que os meios de comunicação de massa subverteram todos os tabus arcaicos da educação familiar (que ia de uma extrema complacência a mais brutal severidade) (1980, p.100-101).

Com base nas ideias de Rousseau, surge o “naturalismo pedagógico” que enaltece o valor da infância como uma singular etapa de bondade natural que deve ser preservada da maldade cultural. Rousseau defendeu que a infância deve receber um tratamento diferenciado, para ser realizada como adequada transição para a vida adulta (VIÑES; SOLER, 2008, p.19). Mais recentemente, o desenvolvimento da psiquiatria infantil, da pediatria, da psicologia e pedagogia permitiu que a infância fosse entendida como período necessário para adaptação ao universo adulto. Esse entendimento possibilitou afirmar que, quanto maior a duração da infância, melhor será sua adaptação ao mundo adulto, o que indica que não há porque suprimir a fase infantil da vida humana.

Freud também deu sua contribuição para o estudo da psicologia infantil:

³ Na história da arte é possível encontrar os vestígios mais claros do tratamento dado pela sociedade às crianças durante este período. A obra “As meninas” do espanhol Diego Velasquez, exposta no Museu do Prado em Madri, retrata a filha ainda criança do Reis Espanhóis Filipe IV e Mariana de Áustria, a infanta Margarida Teresa de Habsburgo, acompanhada de suas damas de companhia e de seus criados, como uma pequena mulher à disposição dos olhares da corte espanhola. Ainda muito pequenas eram prometidas em casamento a homens adultos, na realização de alianças internacionais entre os reinos europeus, num claro sinal de que eram adultos em crescimento, aguardando apenas os primeiros sinais de que já estavam prontas para o papel de esposas.

O primeiro grande gênio que penetrou, com um bisturi afiado, no mundo nevoento e sincrético da psicologia infantil foi Freud, que fez da infância o período de fixação de todas as condutas posteriores dos adultos (LIMA, 1980, p.101).

Os estudos pela psicanálise da infância de Freud se afirmaram pela importância das experiências durante esta fase e nelas foram baseadas as explicações de muitos dos comportamentos adultos. Neste sentido, o entendimento geral das ciências sobre a importância de este período de vida seja rico em boas experiências, que permitam a construção de uma personalidade sólida pela criança (VIÑES; SOLER, 2008, p.20).

Por fim, não se poderia ignorar a contribuição de Jean Piaget e suas ideias desenvolvimentistas da infância, e do avanço cognitivo da infância:

Basicamente, a criança – Piaget demonstra à sociedade – é incapaz até esta idade (com variações abundantes) de compreender o ponto de vista do outro; portanto, não pode compreender também o princípio da não-contradição, o princípio da relatividade dos pontos de vista, não tendo interesse em provar o que diz (função da lógica, última etapa do desenvolvimento da inteligência) (LIMA, 1980, p.104).

As ideias de Piaget prevalecem até a atualidade, apesar de ainda receberem muitas críticas, e fundamentam a noção de criança. No âmbito do Direito, fundamentam a sua proteção, pela ideia de proteção necessária do desenvolvimento integral da criança. Em verdade, a criança passa a merecer proteção especial pela afirmação de que se encontra em peculiar situação ou contexto de desenvolvimento (cognitivo moral e da personalidade).

Para Isabella Henriques, dizer que as crianças são pessoas em desenvolvimento

[...] não significa que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz, mas que vivencia uma etapa de vida distinta da etapa adulta que, como todas as etapas da vida, deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa. A criança e o adolescente são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta (2006, p.128).

A definição da criança como a pessoa com até 12 anos de idade, pela Lei, corresponde à definição da psicologia de que até esta idade o indivíduo não passou

pelo processo completo de desenvolvimento cognitivo e moral, capaz de permitir o pleno exercício de sua autonomia.

A autonomia intelectual e moral são construídas paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, tanto do ponto de vista cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2008, p.12).

Em tempos pós-modernos, de sociedade de consumo de massa bastante desenvolvida e articulada, as ideias desenvolvimentistas sobre a criança contribuíram para o fortalecimento de um marketing de produtos e serviços destinados ao público infantil. A partir da percepção da criança como consumidora, os fornecedores de produtos infantis passaram a utilizar a psicologia infantil a seu favor.

Quase todos os profissionais de marketing que entrevistei, assim como os materiais impressos que consultei sobre o tema, compartilham um mesmo modelo psicológico do que é uma criança. Trata-se de um planejamento articulado que vê os pequenos como seres que se desenvolvem de maneira constante em seu caminho até a idade adulta. Esse “desenvolvimentismo” conceitua a mudança de maneira linear, o entende como uma seqüência biologicamente pré-determinada de etapas cognitivas e emocionais. [...] A psicologia evolutiva e o marketing infantil contam com uma larga história em comum. Os profissionais do marketing tomaram a psicologia e reconceitualizaram o conceito de crescimento como um processo de aprendizagem para o consumo. [...] O que todos esses conceitos compartilhavam era a sua crença em um processo imanente segundo o qual a necessidade de adquirir produtos ia se desenvolvendo. [...] o desenvolvimento infantil e do marketing evoluíam juntos (SCHOR, 2006, p. 60-61, tradução nossa⁴)

O uso da psicologia infantil em favor do marketing de consumo se contrapõe à proteção da criança pelo Direito, que possui premissas nos mesmos fundamentos antropológicos e psicológicos. São notórios alguns sinais de redução do período que compreende a infância, a partir de uma análise do comportamento das crianças no

⁴ No original: “Casi todos los profesionales del marketing a quienes entrevisté, así como los materiales impresos que consulté sobre el tema, compartían un mismo modelo psicológico de lo que es un niño. Se trata de un planteamiento anticuado que ve a los pequeños como seres que se desarrollan de manera constante en su camino hacia la edad adulta. Ese ‘desarrollismo’ conceptualiza el cambio de manera lineal, lo entiende como una secuencia biológicamente predeterminada de etapas cognitivas y emocionales. [...] La psicología evolutiva y el marketing infantil cuentan con una larga historia en común. Los profesionales del marketing tomaron la psicología y reconceptualizaron el concepto de crecimiento en tanto que proceso de aprendizaje para el consumo. [...] Lo que todas esas conceptualizaciones compartían era su creencia en un proceso inmanente según el cual la necesidad de adquirir productos se iba desarrollando. [...] el desarrollo infantil y el marketing evolucionaban juntos.”

mercado de consumo. O estímulo ao consumo das crianças, promovido pelo excesso de anúncios publicitários, diretamente dirigidos a elas, favorece a deturpação dos conceitos da infância e à diminuição desta fase que, como visto, é essencial para o desenvolvimento do ser humano.

Desde a perspectiva comercial, poderíamos dizer que as propostas que antes se faziam a meninos e meninas de 9 a 12 anos, agora são mais adequadas a meninos e meninas de 7 a 9 anos. Existem novos marcos de idades para determinados conceitos de produtos. Podemos dizer que a infância está se reduzindo em anos? Ou as crianças maiores possuem uma série de inquietudes, mais próximas ao que poderíamos denominar de puberdade precoce? (VIÑES; SOLER, 2008, p.21, tradução nossa⁵)

A resposta a estas perguntas prescinde uma profunda análise do mercado de consumo infantil e dos elementos que compõem o comportamento da criança consumidora, com especial destaque à contribuição da publicidade para o fortalecimento da presença da criança no mercado de consumo de bens e serviços.

1.2 EVOLUÇÃO DO MERCADO DE CONSUMO INFANTIL

Já há algum tempo que o público infanto-juvenil tornou-se uma parcela bastante lucrativa do mercado consumidor global. Nos Estados Unidos, este fenômeno ganhou proporções relevantes a partir do início após a 2ª Guerra Mundial. Para o autor americano James McNeal (1999, p.23), para que as crianças sejam consideradas como consumidoras é essencial que tenham dinheiro para gastar, que tenham desejos, e que sejam numerosas. Este cenário favorável aos comerciantes norte-americanos existia antes da 2ª Guerra Mundial. Como os anos de guerra envelheceram a população mundial, e a todos pairava uma sensação de breve vida, produziu-se um egocentrismo nunca antes visto. Até então, a quantidade de crianças era a mesma desde o século anterior. Mas depois da guerra, presenciou-se na Europa e nos Estados Unidos um *baby boom*⁶, o auge das crianças. Em apenas cinco anos, o número de crianças no mundo aumentou mais do que cinquenta por

⁵ No original: “Desde la perspectiva comercial, podríamos decir que las propuestas que antes se les hacían a niños y niñas de 9-12 años, ahora son más adecuadas para niños y niñas de 7-9 años.”

⁶ Expressão comumente utilizada a partir do fim da II Guerra Mundial para definir o aumento significativo da taxa de natalidade nos Estados Unidos e Inglaterra, em especial, com o crescimento acentuado e anormal do número de crianças nos países ocidentais vencedores.

cento. O estímulo ao consumo nos Estados Unidos permitiu que as crianças passassem a receber cada vez mais dinheiro dos seus pais para gastarem com o que quisessem. O poder de compra das crianças chamou a atenção dos consumidores. A este fato somou-se o surgimento da Televisão em 1950, que apresentou às crianças coisas para desejarem. São esses os fatores que levaram a McNeal afirmar que “pensar as crianças como clientes é um fenômeno do pós-guerra” (1999, p.22, tradução nossa⁷).

Mas é preciso destacar que a relação das crianças com o fenômeno do consumo pode ser muito anterior à segunda guerra mundial. Juliet Schor, professora da Boston College, alerta que alguns produtos infantis levam séculos de existência, e que já em 1870 os brinquedos passaram a ser utilizados como símbolo de status (SCHOR, 2006, p.27). Lívia Barbosa (2008, p.16), socióloga brasileira, que também segue a corrente de que a sociedade de consumo moderna possui indícios bem anteriores ao pós-guerra e à revolução industrial, defendendo a existência prévia de uma revolução do consumo, afirma que a indústria de brinquedos funcionava a todo vapor, mesmo antes das inovações tecnológicas da Revolução Industrial, surgidas em 1780, e que só afetou a produção e comércio de brinquedos por volta de 1830, da mesma forma que ocorreu com a indústria de roupas. E para Schor, “desde que existe o capitalismo de consumo, existe relação das crianças com ele” (2006, p.27, tradução nossa⁸).

Ao contrário do que James McNeal defende como marco inicial do comportamento de consumo das crianças, Juliet Schor encontra indícios do consumo infantil muito antes da II Guerra Mundial, afirmando, inclusive, que o mercado já estimulava o consumo das crianças na década de 1930, quando já se incluía nos programas de rádio para crianças anúncios publicitários orientados exclusivamente para o público consumidor infantil (SCHOR, 2006, p.55). Ao mesmo tempo, a autora reconhece que a comunicação comercial com as crianças era limitada até a aparição de programas televisivos destinados a este público.

⁷ No original: “Pensar en los niños como cliente es un fenómeno de posguerra”.

⁸ No original: “Desde que existe el capitalismo de consumo, ha existido la relación de los niños con él.”

Algumas dúvidas surgem sobre a diferença entre os efeitos da atividade publicitária infantil realizada nas últimas décadas e a atual. Susan Linn, pesquisadora e professora de psicologia da Universidade de Harvard, responde que a grande diferença está na intensidade, no conteúdo e no discurso das publicidades antigas e atuais:

Comparar a publicidade de duas ou três décadas atrás com o comercialismo que permeia o mundo de nossas crianças seria como comparar uma pistola a um míssil teleguiado. A explosão do marketing voltado para as crianças hoje é direcionada de maneira precisa, refinada por métodos científicos e lapidada por psicólogos infantis – resumindo, é mais penetrante e importuna do que nunca (LINN, 2006, p.25).

Independente das discussões acerca do momento em que as crianças passaram a participar da sociedade de consumo, o que se pode afirmar é que não há precedentes na história que se compare a atual imersão das crianças numa cultura de consumo. É cada vez maior a entrega das suas rotinas, do seu ócio, da sua vida diária às atividades de consumo. Como já ocorre no mundo dos adultos, o universo infantil também gira ao redor de artigos de consumo nas últimas décadas.

Se as crianças já adotavam comportamento de consumidores antes de 1950, o que realmente importa é que foi a partir deste período, principalmente com a chegada da Televisão aos lares, que o mercado se atentou de forma unânime e uniforme para a importância deste público para o seu desenvolvimento econômico. “Na segunda metade dos anos sessenta as crianças gastavam mais de dois bilhões de dólares de seus próprios bolsos⁹” (MCNEAL, 1999, p.24). A década seguinte afirmou as crianças como consumidores importantes, surgindo uma variedade inovadora de produtos para este público. A partir de então, os fornecedores de produtos infantis abusaram da publicidade.

James McNeal, a quem se atribuem os primeiros estudos sobre o poder de compra dos menores, que repercutem até hoje nas estratégias de marketing voltadas ao público infanto-juvenil¹⁰, apresenta uma explicação sociológica sobre as mudanças

⁹ *En la segunda mitad de los años sesenta los niños gastaban más de 2.000 millones de dólares por año de sus bolsillos.*

¹⁰ Os estudos de James U. McNeal sobre o comportamento das crianças como consumidores e sobre o mercado de produtos destinados ao público infantil tiveram início já na década de 1960 com a

ocorridas na década de 1980 que ofereceram um novo status econômico das crianças como um dos principais públicos de consumidores (MCNEAL, 1999, p.27). O autor entende que quatro fatores típicos desta década contextualizaram uma explosão de comunicação comercial para crianças, junto ao surgimento nos EUA de canais de televisão e outros meios de comunicação exclusivos para crianças, e o desenvolvimento da indústria de produtos e serviços infantis, que se estenderam além dos brinquedos para incorporarem roupas, livros, serviços financeiros, turismo, eletrônicos e muitos outros produtos antes exclusivos dos adultos. A primeira das mudanças ocorridas neste período (não seguindo qualquer ordem de relevância) foi a relação de menos filhos por pais, decorrente da preocupação com a carreira, dos horários densos e das pressões econômicas, que fizeram com que os pais desejassem ter menos filhos do que seus antecessores. Essa ideia se relaciona com o desejo dos pais de compensarem a menor quantidade de filhos com mais recursos financeiros, ou seja, ter menos filhos para gastar mais dinheiro. Essa filosofia de vida segue até os dias atuais, como bem recorda Juliet Schor:

E descobri que é praticamente impossível encontrar pais que se ajustavam a esse perfil. Naquele momento, justifiquei que ter filhos se torna caro, ou que a maioria dos pais não deseja impor um regime de consumo reduzido aos seus filhos (SCHOR, 2006, p. 22, tradução nossa¹¹).

Houve uma diminuição nas taxas de crescimento das crianças, mas o impulso de consumo com as crianças segue crescendo.

Outra mudança foi a relação de menos pais por filho, uma combinação de maior número de divórcios de mães que não se casaram. Os filhos de famílias monoparentais são condicionados a assumir algumas responsabilidades e a cumprir

publicação de artigos como MCNEAL, James U. Children as Consumers. *Bureau of Business Research*. Austin: University of Texas, 1965 e MCNEAL, James U. The Child Consumer: A New Market. *Journal of Retailing*. 1969, p. 15-22. Tendo servido para a criação de uma área do marketing específica para crianças, as teorias e estratégias criadas por este autor são, por um lado, seguidas por todos os que seguiram pesquisando em prol do fortalecimento deste marketing, (como VIÑES, Victoria Tur e SOLER, Irene Ramos. *Marketing y Niños*. Madri: Esic Editorial, 2008 e UNDERHILL, Paco. *Por qué Compramos*. Barcelona: Gestión 2000, 3 ed., 2002) como, por outro lado, criticadas por aqueles que se engajam na defesa das crianças exploradas na sociedade de consumo (a exemplo de SCHOR, Juliet B. *Nacidos para Comprar: los nuevos consumidores infantiles*. Barcelona: Paidós, 2006 e LINN, Susan. *Crianças do Consumo: a infância roubada*. São Paulo: Instituto Alana, 2006). De uma forma ou de outra, não se pode falar em Marketing infantil sem falar de James Mcneal.

¹¹ No original: “Y descubrí que resultaba prácticamente imposible dar con padres de hijos pequeños que se ajustaran a ese perfil. En aquel momento, lo justifiqué planteándome que tener hijos resulta caro, o que la mayoría de los padres no desea imponer un régimen de consumo reducido a sus hijos”.

algumas atividades do lar, e acabam manuseando o dinheiro de forma mais precoce, comprando mais para si próprios e para a casa.

Também se destaca o fato de que os casais passaram a postergar os planos de ter filhos, por diversas razões, como a preservação da carreira profissional e a vontade de economizar. Como os filhos de pais mais velhos tendem a ser mais pappicados, e como estes tendem a estar em melhor situação financeira, quando essas crianças atingem a idade do “eu quero”, seus pais são sempre mais sensíveis a atender seus desejos de consumo.

E, por fim, com o posicionamento da mulher no mercado de trabalho, as famílias passaram a ter uma renda dupla, contudo os pais passaram a ter menos tempo para os seus filhos, e tentam compensar esta ausência comprando-lhes coisas. Além disso, filhos de pais ausentes são estimulados a ser mais independentes e, por isso, assumem o rol de consumidores com mais frequência e antes do previsto.

Em 1980, os gastos dos adolescentes na Europa aumentaram em 43%, apesar da queda do número de adolescentes nesta década em relação à década anterior (SOARES, 2004, p.180) e, juntamente com as mudanças no poder de compra dos países desenvolvidos, alterou o comportamento das crianças e adolescentes enquanto consumidores. “Quando concorrem todas essas forças sociais, como ocorreu nos anos 80, o resultado é uma criança mais bem provida de dinheiro, mais confiante em si mesma e mais madura para o mercado” (MCNEAL, 1999, p.29, tradução nossa¹²).

Todos esses fatores, de acordo com McNeal, ocorridos nos anos oitenta, tiveram como resultado crianças mais preparadas para o mercado, pois enquanto os pais contribuía para uma maior presença de seus filhos no mercado de consumo, os comerciantes e produtores aproveitavam para estimulá-los a isto. Para Juliet Schor,

¹² No original: “*Cuando concurren todas esas fuerzas sociales, como sucedió durante los años ochenta, el resultado es un niño mejor provisto de dinero, más confiado en sí mismo y más maduro para el mercado*”.

“esta década foi testemunha do espetacular aumento da influência das crianças” (2006, p.59, tradução nossa¹³).

À medida que avançava a década de 1990, a indústria de produtos eletrônicos e alimentícios e as grandes prestadoras de serviços tratavam as crianças como um dos seus principais públicos. A grande mudança durante esse período foi a entrega com que “as crianças receberam os meios eletrônicos, e que já levou alguns a se referirem a uma nova infância pós-moderna, regida pela televisão, Internet, videogames, filmes e vídeos” (SCHOR, 2006, p.47, tradução nossa¹⁴).

A partir dos canais de televisão pagos, surgiu uma grande variedade de programações televisivas destinadas às crianças. Esta ampliação do entretenimento televisivo para crianças tem início nos Estados Unidos na década de 1980. Já no Brasil, com mais desenvolvimento, nos finais da década de 1990, quando a TV a Cabo ganhou maior repercussão no mercado de serviços. Atualmente, as crianças brasileiras contam com uma média de seis canais de televisão exclusivos¹⁵, com programação infantil 24 horas por dia, recheada de anúncios publicitários. É esta a mudança mais significativa para o mercado de consumo de produtos e serviços infantis. Somou-se a essa mudança, o poder de compra das crianças, sem precedentes nas décadas anteriores, e o tempo dedicado à televisão, muito maior do que nas gerações anteriores, decorrente do aumento da violência que, por sua vez, reverteu-se na maior insegurança dos pais em deixar seus filhos fora de casa. E essa maior insegurança também está associada ao fato de as crianças dos anos noventa passarem mais tempo sozinhas, pela maior carga de tempo ocupada pelos casais no trabalho, o que se intensifica até os dias atuais.

Além disso, nos últimos anos, presencia-se uma crescente mudança das estratégias de marketing de produtos e serviços destinados a adultos e a toda família, que

¹³ No original: “esa década también fue testigo del espectacular aumento de la influencia de los niños”.

¹⁴ No original: “los niños han recibido los medios electrónicos, y que ha llevado a algunos a referirse a una nueva infancia posmoderna, regida por la televisión, Internet, los videojuegos, las películas y los vídeos”.

¹⁵ No Brasil, os canais de tv pagos dedicados ao público infantil mais famosos são: Nickelodeon, o primeiro canal de televisão para crianças a existir nos EUA, Cartoon Network, Disney Channel, Jetix, Boomerang e Discovery Kids.

passam a focar na comunicação comercial com as crianças. Esta mudança é resultado do poder de influência cada vez maior das crianças nas decisões de compra dos seus pais. Desta forma, cresce o mercado de produtos e serviços infantis, porém, é ainda maior o crescimento do marketing infantil, que abrange não apenas as estratégias para venda dos produtos infantis, mas também as estratégias de venda dos produtos adultos a partir da comunicação comercial com as crianças.

Outro fator que explica o incremento da influência das crianças nas decisões familiares é a liberalização nas sociedades ocidentais das relações entre pais e filhos. Não faz muito tempo, as relações familiares de pais e filhos se caracterizavam pela autoridade, obediência e respeito. Nas famílias de hoje em dia a compreensão, a igualdade e o compromisso são considerados primordiais na educação dos filhos. Em consequência, as decisões de compra são consensuais (VIÑES; SOLER, 2008, p.82, tradução nossa¹⁶).

Atualmente, o mercado infantil é encarado pelos fornecedores de produtos e serviços como um mercado maior que se segmenta em diversos outros mercados. Trata-se de um mercado complexo que exige dos anunciantes um grande investimento em constantes pesquisas que acompanhem as mudanças deste mercado. Os estudiosos do Marketing consideram hoje o mercado de produto e serviços infantis um dos mais estratégicos, pela sua característica multidimensional. Neste sentido, o mercado infantil se configura ao mesmo tempo em um mercado primário ou direto, um importante mercado de influência, e um fortíssimo mercado futuro (MCNEAL, 1999, p.38-41; e VIÑES; SOLER, 2008, p.26-27).

Trata-se de um mercado primário ou direto, porque as crianças possuem uma renda própria proveniente das mesadas dos pais, que se somam às quantias que recebem dos avós e padrinhos, e que economizam para gastar com produtos e serviços desejados. Este mercado representa, para McNeal (1999, p.40), um mínimo de oito bilhões de dólares, apenas nos Estados Unidos, sendo uns dois bilhões o valor das economias das crianças que, cada vez mais, chamam a atenção das instituições

¹⁶ No original: *“Otro factor que explica el incremento de la influencia de los niños en las decisiones familiares es la liberalización en las sociedades occidentales de las relaciones padres-hijos. No hace mucho, las relaciones familiares de padres a hijos se caracterizaban por la autoridad, la obediencia y el respecto. En las familias de hoy en día la comprensión, la igualdad y el compromiso se consideran primordiales en la educación de los hijos. En consecuencia, las decisiones de compras son consensuadas”.*

financeiras¹⁷. O mercado de produtos infantis reconhece que as crianças possuem dinheiro próprio e que decidem, por conta própria, com o que querem gastar suas economias. Este mercado primário se resume apenas ao consumo direto das crianças, ou seja, produtos de valores pequenos, como balas, picolés, figurinhas, refrigerantes, revistas em quadrinhos, brinquedos de baixo custo como miniaturas, coisas para colecionar, e outros produtos, que são pagos pelas próprias crianças com os recursos obtidos por meio de suas mesadas e outras doações familiares. Na Espanha, as últimas pesquisas realizadas demonstram que as crianças movimentam por ano uma média de novecentos milhões de Euros (VIÑES; SOLER, 2008, p.29). O mercado primário movimenta bilhões de reais e tem como seus maiores centros as cantinas e lanchonetes escolares, locais em que as crianças exercem seu comportamento de consumo, livre de qualquer interferência adulta. Por essa razão, a grande indústria de alimentos infantis investe grande parte da sua estratégia de mercado no relacionamento com as escolas.

Além deste mercado, há que se destacar o mercado secundário, que também pode ser abrangido por um mercado de influência, que tendo também as crianças como consumidores, mas tem os pais como compradores diretos. O marketing destes produtos e serviços é destinado às crianças, todavia levam em consideração que os pais são os que pagam diretamente os produtos, seja na companhia dos filhos, seja na hora de presentear-los. Por isso, uma das estratégias mais utilizadas pelos anunciantes de produtos e serviços infantis é o estímulo ao “fator amolação”, que será mais bem trabalhado em capítulos seguintes. Um estudo realizado pela entidade *Western Initiative Media* verificou que de 20% a 40% das compras realizadas pelos pais para os seus filhos não teriam sido realizadas se estes não tivessem insistido muito (VIÑES; SOLER, p.30). Considerando que boa parte dos produtos destinados às crianças depende da compra pelos seus pais, as crianças passam a ser estimuladas a insistir aos seus pais que lhes comprem as coisas que

¹⁷ Sendo mais preciso, McNeal estimou que na década de 1980 as crianças norte-americanas recebiam e movimentavam por ano 8.641.984.000 Dólares. Logicamente, este número sofreu enorme variação nos últimos 20 anos, seja pelo aumento da população de crianças, seja pela variação do poder de compra do norte-americano. Com relação ao interesse das instituições financeiras pelas crianças como clientes, podemos citar os Bancos que possuem serviços dedicados exclusivamente para receber as economias das crianças, a serem depositadas por seus pais, mas administradas pelos pequenos. Isso demonstra que o mercado financeiro percebe as economias das crianças como uma oportunidade de atrair um grupo de correntistas fiéis, na medida em que forem ficando mais velhos.

desejam. James McNeal (1999, p.109) apresenta um estudo que comprova que as crianças realizam uma média de 15 pedidos de compras aos seus pais quando os acompanham a um estabelecimento comercial. Os incansáveis apelos das crianças, e a insistência dos seus pedidos, segundo estudos que serão apresentados no momento oportuno, têm sido causas de conflitos familiares, e colocam em crise o exercício do Poder Familiar.

O desenvolvimento do mercado infantil primário e secundário é a causa, para alguns economistas, do denominado “encantamento do dinheiro”, ou seja, o desejo das crianças em ter mais dinheiro para comprar mais coisas, o que reflete em um materialismo precoce (MAGNET, 1987, p.26-31), e que mais à frente será objeto de discussão.

Ao mesmo tempo, o mercado infantil é um mercado de influências porque, de acordo com pesquisas apresentadas pela espanhola Norminanda Vilar (2007, p.13), as crianças influenciam em 50% das compras familiares, o que representa 90 bilhões de Euros por ano, apenas na Europa. Essa influência pode ser direta, quando as crianças pedem determinados produtos a serem consumidos por ele ou por sua família, e indireta, quando os pais consultam a preferência de seus filhos antes de comprar qualquer bem ou contratar qualquer serviço. Ou seja, as crianças influenciam seus pais na compra de produtos para eles (77% dos pais alegam que seguem o desejo dos filhos, consultados na hora de lhes comprar um presente, segundo VIÑES e SOLER, 2008, p.30), na compras para a casa e nas compras para os membros da família. Pelo poder de influência que as crianças exercem nos lares, cada vez mais relevante nas decisões de consumo da família, os fornecedores de produtos e serviços em geral adotam a estratégica cada vez mais comum de se comunicar comercialmente com o público infantil, mesmo que o produto ou serviço anunciado tenha como público-alvo o adulto¹⁸.

¹⁸ Podemos citar como exemplos destas estratégias no Brasil, as campanhas publicitárias do Unibanco, para as quais foram criados personagens de desenho animado que correspondem a uma nota de dinheiro, um ponto de exclamação, um sol, e um cofre em forma de ovo, todos humanizados, que caminham pela agência bancária e interage com o gerente e clientes do banco, tudo num cenário de desenho infantil. As campanhas se apresentam como uma clara estratégia de comunicação comercial com crianças. Outro vídeo da empresa evidencia as suas intenções publicitárias: uma atriz de aproximadamente 8 anos de idade interpreta uma filha de cliente do Unibanco e narra as suas tentativas de encontrar na agência bancária, no computador e no celular da mãe os personagens

Este crescente poder de influência das crianças, que é denominado pelos especialistas em Marketing de *Pester Power*, é coerente, segundo as autoras espanholas Victoria Tur Viñes e Irene Ramos Soler, com “o novo modelo de família, uma família que democratizou suas decisões e concede espaço e peso à opinião da criança, já formado como consumidor, pela sua exposição à mídia e certamente hábil em suas análises” (2008, p.32, tradução nossa¹⁹). Para demonstrar a importância desse mercado, as autoras espanholas citam como exemplo, diversas pesquisas que comprovam a quantidade de publicidades de produtos e serviços destinados exclusivamente para adultos que seguem sendo veiculadas em canais

infantis do Unibanco, que ela chama de “bichinhos”. Ao final, pergunta ao telespectador se os anúncios da instituição financeira podem ser considerados “propaganda enganosa”, enquanto um dos personagens (um pequeno sol) se esconde atrás da atriz. Além disso, provavelmente na intenção de entreter as crianças que procuram os personagens no seu site, o Unibanco disponibiliza jogos infantis virtuais com os mesmos “bichinhos” (todas as campanhas e jogos do Unibanco estão disponíveis em: <<http://www.unibanco.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2010). Outra instituição financeira que adotou a mesma estratégia de marketing foi o Banco Itaú (antes da sua união com o Unibanco), que realizou campanha televisiva com um desenho animado computadorizado de crianças que se dirigiam a uma agência bancária da instituição. Ao final da campanha, eram anunciados brindes (brinquedos) que seriam oferecidos às pessoas que abrissem contas no Banco anunciante (ALANA. Banco Itaú/ Itaú Vida e Previdência - Galerinha de Futuro (OUT/2008). *Ações Jurídicas*. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Ação>>. Acesso em: 12 nov. 2009). A Ford também adotou esta estratégia de atingir o público infantil ao inserir fantoches de animais nas publicidades dos seus veículos, com vozes e diálogos claramente desenvolvidos para atrair a atenção das crianças. Além de veicular a campanha publicitária nos intervalos comerciais dos canais de televisão, a agência publicitária JWT criou um filme educativo sobre regras de trânsito para as crianças, tendo os fantoches de animais como personagens. Pela atenção destes personagens infantis, a Ford disponibiliza um espaço específico para crianças em seu site, decorado com a temática infantil e onde, além dos vídeos as crianças, têm acesso a jogos, músicas, cartões virtuais, papel de parede para tela de computador e protetores de tela (Disponível em: <https://www.ford.com.br/lo_home_bichos.asp>. Acesso em: 25 jan. 2010). Outro exemplo muito discutido no Espírito Santo é a campanha da distribuidora de gás de cozinha Nutrigás, que criou um personagem infantil para ofertar pela televisão o produto da empresa. O “garoto propaganda” da referida empresa é um botijão de gás com características humanas e que possui uma voz típica dos personagens de desenhos animados e teatros infantis. A campanha da Nutrigás em 2009 iniciou com a aparição do personagem de desenho animado misturado a atores mirins que cantavam e dançavam juntos, graças à tecnologia de animação. A letra da canção aparecia na parte inferior da tela, no estilo Karaoke, para as crianças acompanharem a música. Num segundo momento, a Nutrigás contratou a apresentadora infantil Maisa, do SBT, para também interagir na publicidade da empresa, numa clara estratégia de fortalecer sua imagem perante o público infantil. O PROCON-ES instaurou processo administrativo e determinou que a publicidade fosse retirada de veiculação, considerando que a campanha estimulava crianças a brincarem ao redor de botijões de gás em suas casas. Ainda assim, a Nutrigás continuou utilizando o personagem de desenho animado em suas campanhas. Até a realização deste estudo, o criticado personagem continuava anunciando preços e promoções do gás, e dirigindo caminhões em desenhos animados de sua empresa nos intervalos comerciais da programação televisiva capixaba (GAZETA ONLINE. *Procon manda Nutrigás retirar propaganda do ar*. Disponível em: <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2009/07/110145-procon+manda+nutrigas+retirar+propaganda+do+ar.html>. Acesso em: 11 jan. 2009; e ALANA. *Nutrigás S/A (Ago/2009)*. *Ações Jurídicas*. Disponível em: <<http://www.alana.org.br>>. Acesso em: 14 dez. 2009).

¹⁹ No original: “*Parece coherente con el nuevo modelo de familia, una familia que ha democratizado sus decisiones y concede espacio y peso a la opinión del niño, sobreinformado como consumidor, por su exposición a los medios y ciertamente hábil en sus apreciaciones*”.

de televisão exclusivos para crianças (VIÑES; SOLER, 2008, p.33) e o poder de influência das crianças na decisão de compra dos seus pais. Mais de 35% dos anúncios publicitários no canal de desenhos animados *Cartoon Network* não são de marcas infantis e, durante 2006, nas faixas da programação infantil dos canais livres, apenas 20% das campanhas pertenciam a produtos infantis. Num outro estudo realizado, com crianças e adolescentes de 7 a 14 anos de dez países europeus, provou-se a capacidade dos pequenos em influenciar a compra dos seus pais. A maioria declarou ter ajudado seus pais na compra de eletrônicos e computadores, assim como no destino de viagens de férias.

Além das mudanças sociais dos anos de 1980, já relacionados, o aumento do poder de influência das crianças no consumo doméstico e familiar decorre do próprio desenvolvimento da criança como consumidor. McNeal (1999, p. 31-37) divide as fases deste desenvolvimento em: acompanhar os pais e observar, acompanhar os pais e pedir, acompanhar os pais e escolher com permissão, acompanhar os pais e fazer compras independentes e, finalmente, ir sozinho ao mercado e fazer compras independentes. Em todas essas fases, as crianças aprendem a ter coisas mediante seus pedidos aos pais. Esse primeiro comportamento como consumidor se torna algo natural e, a partir dos estímulos dos seus desejos pelos anúncios, os pedidos que se referiam apenas ao atendimento de suas necessidades ampliam-se para a realização de pedidos de todas as coisas que passam a desejar.

Além de anunciar para as crianças, reconhecendo o seu poder de influência, os fornecedores de produtos e serviços já atentaram para a necessidade de adaptar os seus estabelecimentos comerciais para a presença cada vez mais constante das crianças. E, neste sentido, ao agradar o público infantil, os estabelecimentos comerciais, restaurantes, lojas e supermercados, estarão agradando aos seus pais. Paco Underhill, pesquisador de comportamento do consumo e consultor de marketing de grandes empresas, entre elas McDonalds e Citybank, alerta que as empresas visitadas por consumidores adultos, como supermercados e restaurantes, precisam se adaptar à presença cada vez mais frequente das crianças que por sua vez, passam a influenciar a ida dos seus pais a estes locais. Afirma o autor que “se uma loja de alguma forma não resulta acolhedora para as crianças, os pais

compradores compreenderão a mensagem e se manterão distantes” e acrescenta que “se alguém requer a atenção dos pais de uma maneira prolongada, então alguma outra pessoa deve encontrar antes uma maneira de distrair a atenção das crianças incansáveis e enfadadas” (UNDERHILL 2000, p.156-157, tradução nossa²⁰). O autor lembra que seria praticamente impossível para as famílias comprar juntas se não fosse pela chegada dos estabelecimentos de comida que dão atenção especial às crianças como a McDonald’s (2000, p.159). Inicialmente, a ideia da McDonalds, ao lançar atrativos para as crianças como brinquedos e locais para brincar, objetivava aumentar as vendas durante o período noturno, porque verificou que, para o público familiar, a ideia de jantar fora de casa resultava muito chata (SCHOR, 2006, p.82).

E, por último, as crianças formam um mercado futuro que muito interessa aos maiores fabricantes de produtos e prestadores de serviços, pois, seguramente, se conquistadas durante a infância, seguirão sendo fiéis ou bem relacionadas com as marcas que se comunicaram satisfatoriamente com elas. Victoria Viñes e Irene Soler, estudiosas do marketing, a serviço das grandes marcas (2008, p.34-35) destacam que, durante a fase que leva dos 9 aos 11 anos, as crianças estabelecem muitas das atitudes e hábitos de consumo que seguirão presentes também durante sua vida adulta, e que mais da metade das marcas usadas na infância seguem sendo usadas na maturidade. Este desenvolvimento precoce dos consumidores, segundo as autoras espanholas, desperta muita atenção do marketing:

Desde o ponto de vista do marketing, sabe-se que é sempre mais fácil persuadir a alguém sem lealdades e fidelidades para que prove uma marca, do que convencer a alguém, que já tem um hábito de consumo consolidado, para que prove uma marca diferente. Por isso, um dos principais objetivos do marketing sempre foi persuadir as pessoas que entram no mercado pela primeira vez. Na infância as crianças estão continuamente aprendendo e experimentando, se convertem por tanto em consumidores desejosos por coisas novas (VIÑES; SOLER, 2008, p.34, tradução nossa²¹).

²⁰ No original: “Si una tienda de algún modo no resulta acogedora para los niños, los padres compradores comprenderán el mensaje y se mantendrán alejados” e “si alguien [...] requiere la atención de los padres de una manera prolongada, entonces alguna otra persona debe encontrar antes una manera de distraer la atención inagotables y aburridos”.

²¹ No original: “Desde el punto de vista del marketing, se sabe que siempre es más fácil persuadir a alguien sin lealtades y fidelidades para que pruebe una marca, que convencer a alguien, que ya tiene un hábito de consumo consolidado, para que pruebe a una marca diferente. Por ello, uno de los principales objetivos de marketing siempre ha sido persuadir a las personas que entran en el mercado por primera vez”.

1.2.1 A publicidade dirigida à criança no mercado de consumo

Desde muito cedo, as crianças passam a receber mensagens comerciais com o intuito de convencê-las a desejar coisas novas. McNeal (1999, p.113) afirma que a partir dos dois anos de idade as crianças já estão expostas a publicidades direcionadas a elas e que essas mensagens, combinadas com as informações que recebem durante uma ida às compras com os pais, aumentam nelas a quantidade de coisas que podem desejar.

A publicidade é o resultado de um elaborado plano de marketing com objetivos estritamente comerciais. Sua eficácia depende do alcance dos seguintes resultados: chamar a atenção do leitor ou ouvinte; provocar o interesse do consumidor; estimular o desejo de compra; imprimir o nome do produto, criando convicção; e transformar o desejo em ação (KOTLER, 1999, p.350). Para tanto, são produzidas imagens, símbolos e códigos de consumo que são difundidos, na maioria das vezes, pelos meios de comunicação e mídia. Em 1998, um estudo revelou que nos Estados Unidos um consumidor está exposto a mais de mil anúncios por dia (ROCCO, 1999, p.56).

Em meio a todas essas estratégias de marketing e no alvo de milhares de publicidades difundidas no objetivo de lucros inimagináveis estão as crianças e os adolescentes.

No Brasil, o grande número de publicidade destinada às crianças de até 14 anos demonstra a acirrada concorrência das empresas pela conquista desse mercado que já representa 40% da população brasileira. Nos Estados Unidos, anualmente, 30 mil campanhas publicitárias são lançadas na conquista desse público (GIACOMINI FILHO, 1997, p.54).

No campo da publicidade a criança terá tanto uma função de destinatária como também de mediadora e estimuladora, o que justifica o interesse na utilização de

crianças em anúncios publicitários, tanto de produtos para seu uso, como de uso comum de toda a família²².

De acordo com McNeal, as crianças aprendem a se comportar como consumidores seguindo seus pais e também os vendedores. Neste sentido, os pais figuram como agentes primários de socialização. Entretanto, os anunciantes têm um importante papel na integração do consumidor, com uma crescente influência no comportamento das crianças, ao passo em que os pais têm menos tempo, e os vendedores mais interesse (MCNEAL, 1999, p.29). O autor estadunidense, cujas pesquisas, como já dito, serviram para o fortalecimento do mercado publicitário dirigido às crianças, entende que está nesta relação dos anunciantes com as crianças a razão da preocupação de muitos pais, ao afirmar que

“[...] quando os comerciantes bombardeiam as crianças com mensagens informativas e persuasivas, alguns pais se indignam, sentindo que aqueles usurpam a responsabilidade paterna de ensinar a seus filhos os assuntos de mercado” (MCNEAL, 1999, p.30²³).

É preciso compreender que a publicidade destinada às crianças não se realiza apenas por meio da Televisão. A publicidade infanto-juvenil, pela importância do mercado em que atua, já se espalhou por ambientes diversos da mídia televisiva, e toma parte nos outdoors, nos jornais e revistas do público em geral, na mídia impressa, na internet, ambiente que o público infantil domina cada vez mais cedo, e de forma mais acentuada, nas escolas.

No passado, os anúncios televisivos representavam dois terços do total de gastos em publicidade infantil. Em meados da década de 1990, [...] a televisão ficou eclipsada pelo marketing direto, as promoções e o patrocínio que, segundo diversas estimativas, chegaram a somar 80% do dinheiro investido em marketing. Com essa mudança de tendência, a publicidade

²² As empresas de canais pagos veiculam publicidades dos canais de desenhos animados e de programas infantis no intuito de conquistar as crianças e adolescentes. Porém, o real objetivo é fazê-los convencer os seus pais a contratar o serviço dessas empresas e adquirir todos os canais oferecidos, tanto os de filmes, telejornais e esportes, cujo público é o adulto, quanto os de programas infantis. Exemplo claro dessa estratégia foi a da empresa de TV por assinatura que criou uma campanha em que o personagem filho ameaçava o pai em dizeres semelhantes a: “ou você contrata essa empresa ou pode escolher outra família para ser pai”. A campanha foi duramente criticada pelo Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana que denunciou às autoridades competentes a conduta da empresa, e alcançou os fins esperados (www.alana.org.br/CriancaConsumo).

²³ No original: “[...] cuando los comerciantes bombardean a los niños con mensajes informativos y persuasivos, algunos padres se indignan, sintiendo que aquéllos usurpan la responsabilidad paterna de enseñar a sus hijos los asuntos de mercado”.

para crianças abandonou os confins da sala de estar e colou praticamente em todos os espaços e instituições públicas, com notável exceção dos templos de culto (SCHOR, 2006, p.115, tradução nossa²⁴).

Os pais que se assustam ao receber um novo pedido do seu filho, sobre um produto que até então desconhecia, associam de forma lógica o desejo do seu filho ao estímulo da publicidade. De acordo com McNeal (1999, p.119), essa associação se deve aos 500 milhões de dólares que se gastam em publicidade dirigida às crianças, e ao fato de que grande parte destes recursos destina-se a mensagens publicitárias com apelos para que os pequenos exerçam sua influência nas compras dos pais.

A desconfiança dos pais sobre a origem dos desejos de consumo dos seus filhos possui fundamento científico. Pesquisas realizadas por McNeal (1999, p.120), apontam, desde a década de 1970, que a publicidade é a fonte principal das ideias que as crianças formam sobre os produtos. Um desses estudos, por exemplo, realizado ainda em 1975, provou que a principal fonte de informação das crianças para ter idéias sobre presentes (27% das respostas) eram anúncios vistos na televisão. Outras fontes de informação, igualmente importantes, eram os amigos, seguida das lojas e logo os catálogos. Atualmente, com o aumento da exposição das crianças à programação televisiva, publicidade é indiscutivelmente a fonte principal de informação e estímulo de consumo para a criança.

A influência dos amigos e terceiros no consumo das crianças, que após a publicidade televisiva é uma das principais fontes de informação deste público sobre os produtos e serviços, como visto anteriormente, também é muito explorada pelo marketing de produtos e serviços infantis. É que, como afirma Sara Acedo (2008, p. 106),

[...] está demonstrado que não é o objeto, nem suas qualidades intrínsecas, o que suscita o desejo de adquirir um produto, senão que, muitas vezes, é a

²⁴ No original: *“En el pasado, los anuncios televisivos representaban dos tercios del total de gastos en publicidad infantil. A mediados de la década de 1990, la televisión quedo eclipsada por el marketing directo, las promociones y el patrocinio que, según diversas estimaciones, llegaron a sumar el 80% del dinero invertido en marketing. Con este cambio de tendencia, la publicidad para niños ha abandonado los confines de la sala de estar y se ha colado prácticamente en todos los espacios e instituciones públicas, con notable excepción de los templos de culto”.*

contemplação do 'desejo do outro' o que desencadeia dito mecanismo (tradução nossa²⁵).

Esta fonte de desejos, o desejo alheio, é muito mais forte nas crianças, que possuem uma necessidade de pertencimento e de imitar o próximo ainda maior. Este estímulo se percebe em muitas campanhas publicitárias dirigidas às crianças, que tentam demonstrar ao seu público alvo que os demais da sua idade utilizam o produto anunciado com satisfação²⁶.

Em 2004, segundo Juliet Schor (2006, p.33), o mercado publicitário infantil movimentou 15 bilhões de dólares, um crescimento surpreendente quando comparado a 1983, quando esses investimentos correspondiam a 100 milhões de dólares. O aumento dos investimentos na publicidade infantil é acompanhado pelo aumento do tempo de exposição das crianças à televisão, decorrente, provavelmente, da diversificação de programas e canais televisivos exclusivos para as crianças. Juliet Schor (2006, p.48) coordenou uma pesquisa nos Estados Unidos que verificou que 27,5% das crianças entre 8 e 13 anos asseguram que assistem televisão mais de cinco horas por dia.

Toda essa massa de publicidade à qual as crianças estão expostas tem como finalidade criar desejos de consumo de produtos e serviços infantis, mas também influenciar os pequenos influenciadores domésticos.

²⁵ No original: *“Está demostrado que no es el objeto, ni sus cualidades intrínsecas, lo que suscita el deseo de adquirir un producto, sino que, muchas veces, es la contemplación del ‘deseo del otro’ lo que desencadena dicho mecanismo”.*

²⁶ Juliet Schor (2006, p.96-106) narra com detalhes uma estratégia utilizada pela indústria de brinquedos Hasbro, para promoção de um brinquedo eletrônico denominado POX. A narrativa de Schor, a respeito destes fatos, demonstra que o marketing de produtos infantis leva muito a sério o poder de influência de crianças sobre o consumo dos demais da sua idade. Para tornar o POX um grande sucesso de vendas a Hasbro criou uma longa estratégia que tinha como objetivo disseminar o desejo pelo novo jogo a partir de algumas crianças criteriosamente selecionadas que tinham como missão “influenciar” seus amigos. Essas crianças selecionadas foram tratadas como “agentes secretos”, e como o jogo tratava de uma invasão alienígena, a missão dos meninos era “infectar” o maior número de colegas. Para isso contavam com mochilas que vinham com um verdadeiro kit, composto de camisetas, gorros, acessórios e exemplares dos jogos, que deveriam ser distribuídos a outros meninos com a mesma capacidade de influenciar outras crianças. A campanha de marketing contava também com muitos anúncios publicitários em todos os meios de comunicação de massa, que não poderiam ser descartados, dada sua maior importância como fonte de desejo do consumo das crianças.

1.3 DEFINIÇÃO DE PUBLICIDADE

O conceito de publicidade não pode ser encontrado em algum diploma jurídico nacional. Da importância de se realizar um controle pelo Estado da atividade publicitária, a doutrina jurídica, em especial a de Direito do Consumidor, demanda um conceito preciso que delimite a abrangência da atividade publicitária. Não se trata de uma tarefa fácil, dada a complexidade das diversas funções, faces e meios pelos quais se realiza a publicidade. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman Benjamim, um dos autores do anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, e um dos responsáveis pelo texto que trata da publicidade no respectivo anteprojeto, apresenta como conceito inicial de publicidade “toda informação dirigida ao público com o objetivo de promover, direta ou indiretamente, uma atividade econômica” (BENJAMIM, 2001, p.268).

Para a teoria do marketing e seus estudiosos, a publicidade, que nesse âmbito também é tratada como sinônimo de propaganda²⁷, é “qualquer forma paga de apresentação e promoção não-pessoal de ideias, produtos ou serviços, realizada por um patrocinador identificado” (KOTLER, 1998, p.341). Este é também o conceito utilizado pela Associação Americana de Agências de Publicidade²⁸ (MARTINEZ, 2006, p.229).

A expressão “publicidade” é originária do termo latim “*publicus*” que, por sua vez, deriva de “*publicare*”, cujo significado é expor ao público ou publicar. A provável origem do termo em português decorre do termo francês “*publicité*”, que também deriva do latim, e que significa a qualidade do que é público, ou caráter do que é feito em público (MARTINEZ, 2006, p.228). Trata-se, entretanto, de um conceito muito mais amplo do que aquele que define a atividade de comunicação comercial, voltada exclusivamente aos consumidores, e regulamentada pelo Direito do Consumidor.

²⁷ Na doutrina de Direito do Consumidor costuma-se diferenciar publicidade de propaganda. Para Antonio Herman e Benjamim (2001, p.270), o legislador do CDC entende a publicidade como a difusão de mensagens com objetivos comerciais, enquanto a propaganda tem finalidade ideológica, religiosa, filosófica, política ou social. Essa distinção é seguida por Isabella Henriques (2006, p.35), Sergio Martinez (2006, p.228) e diversos outros autores.

²⁸ AAAA – American Association of Advertising Agencies.

A publicidade que se submete aos preceitos da legislação de consumo é aquela que se presta à comunicação entre o fornecedor de produtos ou serviços e os seus consumidores, por onde se anuncia os produtos e serviços colocados por aquele no mercado de consumo. A publicidade de consumo, na definição de Sergio Martinez, é

[...] o ato lícito, efetuado às expensas do fornecedor, que visa levar ao conhecimento exclusivo do público consumidor uma imagem ou uma mensagem com um conteúdo informativo, com fins econômicos destinados a fomentar direta ou indiretamente a realização de negócios jurídicos de consumo. (2006, p.231)

Para o Ministro Herman Benjamim, dois serão os elementos essenciais de toda publicidade: difusão e a informação (2001, p.269). Entretanto, parece um equívoco entender a publicidade como uma transmissão de mensagens livre de conteúdos subjetivos, que se limite apenas a informar aos consumidores a existência e a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo.

O objetivo da publicidade, convencer consumidores sobre as características e qualidades do produto ou serviço anunciado e induzi-los a consumir, até mesmo pela criação ou pelo despertar de desejos, se faz por um dos seus elementos essenciais: a persuasão.

A mexicana Dorothy Cohen (*apud* CLÈVE, 2006, p.232) também define a publicidade a partir de seu elemento persuasivo, sendo uma atividade comercial

[...] que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos do consumidor.

Nenhuma publicidade se realiza sem uma comunicação de mensagens persuasivas. Não se trata, portanto, de difusão de informações puras acerca do que está sendo anunciado. É imprescindível, para que se possa fomentar a realização de um ato ou comportamento de consumo, para que se possa promover um produto ou serviço, que a atividade publicitária faça uso de técnicas de persuasão. Sem este elemento, a publicidade não atingiria seus objetivos.

Podemos considerar que a publicidade tem como função, por um lado, transmitir e impor opiniões, valores e crenças e, por outro, ser um instrumento do marketing com um fim econômico para o logro do consumo massivo. Na primeira função, a publicidade se converte em um discurso persuasivo, mas como o foram a retórica clássica grega ou os discursos políticos de todos os tempos. Na segunda função, a publicidade assume uma missão econômica relacionada com todas as técnicas de vendas dentro da nossa sociedade capitalista (ACEDO, 2008, p.105, tradução nossa²⁹).

Mais uma vez, Antônio Herman Benjamin apresenta um conceito sobre publicidade, e inclui neste seu conceito próprio o elemento persuasivo. Conclui que publicidade é “qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços, com utilização de informação e/ou persuasão” (BENJAMIM, 1994, p.30).

Para Fabiano Del Masso (2009, p.30), “o discurso publicitário é, por excelência e finalidade, de intenção persuasiva”. E a educadora espanhola Sara Acedo defende que “a intenção da publicidade é transmitir uma mensagem que informe sobre a existência de um produto, bem ou serviço e persuade sobre sua compra ou uso a uma audiência determinada” (2008, p.106, tradução nossa³⁰).

Da leitura do Código de Defesa do Consumidor é possível compreender que a divulgação de informação pura sobre produtos e serviços não se coincide nem combina com a atividade publicitária. O artigo 30 da Lei, ao tratar do princípio da vinculação da oferta, ou seja, a determinação pela qual os fornecedores estão contratualmente vinculados às mensagens que transmitem a respeito dos negócios jurídicos que oferecem, estabelece que: “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer meio de comunicação [...]”. O texto do referido artigo demonstra que o legislador diferencia a informação sobre produtos e serviços da sua publicidade. Ao separar “informação” de “publicidade” com a

²⁹ No original: “podemos considerar que la publicidad tiene como función, por un lado, transmitir e imponer opiniones, valores y creencias y, por otro, ser un instrumento del marketing con un fin comercial y económico para el logro del consumo masivo. En la primera función, la publicidad se convierte en un discurso persuasivo más, como lo fueron la retórica clásica griega o los discursos políticos de todos los tiempos. En la segunda función, la publicidad asume una misión económica relacionada con todas las técnicas de ventas dentro de nuestra sociedad capitalista”.

³⁰ No original: “La intención de la publicidad es transmitir un mensaje que informe sobre la existencia de un producto, bien o servicio y persuade sobre su compra o uso a una audiencia determinada”.

conjunção alternativa “ou”, o legislador indica que não podem os dois termos ser confundidos.

Não se pode ignorar uma função informativa da publicidade. Entretanto é preciso ser consciente sobre as diferenças do que é simplesmente informar e do que é fazer publicidade. É que a função informativa da atividade publicitária não se dissocia, em nenhum momento, das outras funções da publicidade: vender, de maneira que se perceba o retorno financeiro em curto prazo, e seduzir, porque o êxito de um produto ou serviço se realiza também na construção de sua marca para o futuro (ACEDO, 2008, p.108). Para a eficiência da publicidade em cumprir suas funções de informar, vender e seduzir, o elemento persuasivo se fará sempre presente.

Isabella Henriques reconhece a relevância da persuasão para a existência da publicidade:

Ainda sobre o conceito de publicidade, não existem dúvidas, ante todas as definições apresentadas, de que seu primordial intuito é persuadir aqueles aos quais se destina – os consumidores – a adquirir determinado produto ou serviço, ressaltando, para tanto, suas qualidades, sem, jamais, informar suas limitações. [...] O objetivo da publicidade é, pois, informar para vender – e não apenas informar (HENRIQUES, 2006, p.38).

A atividade publicitária, no objetivo de promover a informação sobre a existência de produtos e serviços, e com a finalidade de servir para a sua comercialização, o faz pela persuasão do público destinatário das mensagens. Sem a sua eficiência persuasiva, de nada serviria o investimento na comunicação comercial. Ao mesmo tempo, este poder de persuadir da publicidade, e também de seduzir, é que a torna susceptível ao controle legal, haja vista que lhe garante o potencial de manipular a vontade e o desejo do destinatário, em certas circunstâncias e condições, como em sua modalidade subliminar ou quando dirigida ao público infantil.

A publicidade, como já sabemos, comunica um mundo de total inessencialidade. Sua mensagem é completamente conotativa, pura sedução, que não é o mesmo que engano ou alienação do sujeito [...] o objeto termina “nos querendo” mas seu jogo é perverso. Se a publicidade persuade não é somente para vender, senão para através da compulsão de compra obter nossa adesão ao consenso social. O que todo este sutil entrelace esconde – sempre para o Baudrillard pós-estruturalista – é uma estratégia de poder radicalmente nociva (MARTÍNEZ *apud* SOUZA JR, 2009, p.29).

A mensagem publicitária será eficiente, na medida em que interferir na vontade dos indivíduos de adquirir ou contratar determinado produto ou serviço. Neste sentido, a linguagem tem uma significativa importância para a intenção do comunicador ao pretender que seu argumento seja aceito e fazer com que o destinatário da mensagem faça ou deixe de fazer algo em seu favor, o que se alcança pelo discurso persuasivo. Para Fabiano Del Masso (2009, p.29), o conceito de persuasão deve ser aproximado ao de manipulação que, por sua vez, é caracterizada “pela condução da consciência e do comportamento das massas de forma não-terrorista, através dos recursos linguísticos e estéticos”.

Sara Acedo (*apud* ESTEBAN, 2008, p.105) entende que “persuadir consiste em mover a outra, ou outras pessoa, a aceitar nosso ponto de vista de maneira voluntária” (tradução nossa³¹). E, neste passo, a autora cuida de diferenciar os atos de persuadir e de influenciar. A influência que um exerce sobre o outro pode ocorrer, mesmo independente da vontade de quem influencia, que pode servir de exemplo aos demais involuntariamente, pelo seu comportamento, pelo seu aspecto e por tudo que lhe é próprio. Quem influencia nem sempre percebe que está influenciando. Já a persuasão é sempre um ato intencional de quem persuade. Ela só existe no esforço em persuadir, e se aproveita, normalmente, das carências do persuadido. Qualquer pessoa quando perguntada se foi ou se está sendo persuadida, habitualmente negará. Isso se dá pelo fato de que “a persuasão é um processo que se produz de forma inconsciente” (ACEDO, 2008, p.106, tradução nossa³²).

O extremo da persuasão publicitária é a mensagem subliminar. De acordo com Wilson Brian Key:

Ainda que o homem ignore, existe a percepção inconsciente – conhecimentos subliminares – que manipulam, dirigem e controlam o comportamento humano. Todo tema da sublimariedade é muito desconhecido, ainda quando está onipresente no meio ambiente do comportamento (KEY, 1988, p.29).

³¹ No original: “*persuadir consiste en mover a otra u otras personas a aceptar nuestro punto de vista de manera voluntaria*”

³² No original: “*la persuasión es un proceso que se produce de forma inconsciente*”.

Por outro lado, pode-se dizer que os efeitos da persuasão publicitária se farão menos eficientes sempre que for possível distinguir o que a publicidade parece querer dizer do que ela realmente diz. Neste sentido, o consumidor consciente e crítico será aquele, entre outras definições, capaz de compreender claramente a verdadeira mensagem por trás da publicidade, ou seja, capaz de perceber a intenção persuasiva da mensagem publicitária. Quanto menor esta percepção, mais vulnerável será o consumidor com relação à manipulação de suas decisões. Como será apresentado, posteriormente, resta comprovada a total incapacidade de a criança diferenciar o discurso aparente da publicidade e o objetivo real do anunciante, e de perceber que está sendo alvo de persuasão. É esta condição especial do público infantil que coloca em discussão a publicidade dirigida à criança.

Fabiano Del Masso, citando Gabriel Chalita, também apresenta como significado de persuasão “levar convicção ao ânimo de alguém” (MASSO, 2009, p.29). A sensação de ânimo se configura pela forma em que o indivíduo vive em sua mente o êxito e o fracasso, e pode ser de três tipos, de acordo com Sara Acedo:

[...] o ânimo pelo que virá, o ânimo pelo que está sucedendo e o ânimo pelo sucedido. O ânimo tem como ponto de partida as possibilidades de êxito que pensamos ter respeito a um projeto passado, presente ou futuro. O ideal é ser muito consciente do que realmente somos capazes de conseguir para não fracassar na tentativa, mas ocorre que, às vezes, os indivíduos se deixam levar por falsas sensações de ânimo. (2008, p.112, tradução nossa³³).

Essa vulnerabilidade ao poder da persuasão, no âmbito da psicologia, tem uma lógica relação com a personalidade do emissor e do receptor da mensagem. Entende-se por esta personalidade “o conjunto de pautas de pensamento, de percepção e de comportamento relativamente fixas e estáveis dos indivíduos” (ACEDO, 2008, p.110). A personalidade pode, então, ser prevista, ou seja, é possível prever qual será a reação de um indivíduo diante de determinada situação. Essa possibilidade permite que uma publicidade seja elaborada e que os seus

³³ No original: “*el ánimo por lo que vendrá, el ánimo por lo que está sucediendo y el ánimo por lo sucedido. El ánimo tiene como punto de partida las posibilidades de éxito que pensamos tener respecto a un proyecto pasado, presente o futuro. El ideal es ser muy conscientes de lo que realmente somos capaces de conseguir para no fracasar en el intento, pero ocurre que, a veces, los individuos se dejan llevar por falsas sensaciones de ánimo*”.

resultados sejam mensurados, quando definidos a audiência destinatária da mensagem e o público-alvo do anúncio.

Para que uma mensagem persuasiva produza resultados, nas lições de Sara Acedo, “o enfoque emissor – mensagem – receptor deve se basear sobre as noções psicológicas de aptidão e atitude (2008, p.110, tradução nossa³⁴)”. A autora apresenta três tipos de elementos persuasivos introduzidos na publicidade: os elementos paralinguísticos, como o volume e a entonação da voz emitente, a fluidez e a clareza da mensagem e a velocidade de sua emissão; os elementos verbais, aqueles que estão relacionados com o conteúdo; e os elementos não verbais, que, não sendo signos sonoros, acompanham os componentes verbais para transmitir ou complementar as mensagens.

As condições especiais de atitude influenciável e de baixas aptidões das crianças, combinados com o domínio e uso intencional dos elementos persuasivos nas mensagens, dificilmente percebidos por este grupo, garante ao discurso publicitário maior poder de persuasão quando dirigido ao público infantil, e maior eficiência da publicidade na produção dos seus resultados, de convencer as crianças a desejar e consumir os bens anunciados e de manipular os seus ânimos.

As teorias da persuasão têm origem na retórica clássica aristotélica, quando se estabeleceram as bases da comunicação persuasiva. Foi Aristóteles o primeiro a criar uma Teoria Geral da Persuasão (ACEDO, 2008, p.113). Para o filósofo grego, a realização do discurso persuasivo se prova a partir de três espécies de provas: as que residem na pessoa que fala, no seu caráter e fama, outras em animar o ouvinte de alguma maneira e, por fim, no discurso mesmo, no que este demonstra ou parece demonstrar (DEL MASSO, 2009, p.31). O primeiro elemento se configura pelo caráter, honestidade e honra do orador³⁵. No campo da publicidade infantil, os heróis, personagens de desenhos animados e apresentadores de programas de TV

³⁴ No original: “*Aptitud es un rasgo general y propio de los individuos que le distingue de los demás y que le facilita el aprendizaje de tareas. Actitud es la forma de motivación social que predispone la acción de los individuos hacia determinadas metas, existiendo actitudes individuales o personales, propias de cada individuo, y actitudes sociales, propias de un grupo de personas determinado*”.

³⁵ *Pues bien, se persuade por el talante, cuando el discurso es dicho de tal forma que hace al orador digno de crédito* (ARISTÓTELES, 1999, p.176).

para crianças possuem a respeitabilidade e as referências ideais para anunciar produtos e serviços para as crianças. O segundo elemento se realiza a partir de formas de emocionar o auditório³⁶. O último elemento “consiste no próprio discurso que mostra a verdade, ou pelo menos aquilo que parece ser verdadeiro” (DEL MASSO, 2009, p.31). Aristóteles descobriu que havia outro elemento na sua Teoria da Persuasão, o *atechnoi* (ACEDO, 2008, p.114), que seriam os fatos e acontecimentos que o não estariam sob o controle do orador e que, por isto, este deveria se esquivar de abordá-los em seu discurso. O desenvolvimento desta estratégia levou a um estado da questão que consiste na persuasão que deve oferecer a definição da situação mais vantajosa para o ponto de vista do próprio orador.

Durante o século XX, os publicitários desenvolveram as teorias da persuasão, fundadas na retórica aristotélica, identificando uma diversidade bem mais complexa de elementos da mensagem persuasiva³⁷. Entende-se, atualmente, que são seis as variáveis que intervêm nas técnicas de persuasão e que são capazes de dar maior efetividade à mensagem publicitária: a credibilidade da fonte³⁸, a credibilidade e compreensão da mensagem³⁹, o efeito da intencionalidade percebida no persuasor, a estrutura da argumentação, as características do canal e as características dos sujeitos receptores (ACEDO, 2008, p.116). Todavia, muitos outros elementos podem ser utilizados para potencializar os efeitos persuasivos da publicidade, como a exposição reiterada dos anúncios, as melodias e fundos musicais “pegajosos”, a realização de comparações entre o produto ou serviço anunciado e os da concorrência e a compreensão do tempo na transmissão de mensagens longas em frações cada vez mais curtas de tempo, o que provou ser um obstáculo à contra-argumentação da mensagem pelo seu destinatário (ACEDO, 2008, p.120-121).

³⁶ *De otro lado, se persuade por la disposición de los oyentes, cuando éstos son movidos a una pasión por médio del discurso. Pues no hacemos los mismos juicios estando tristes que estando alegres, o bien cuando amamos que cuando odiamos* (ARISTÓTELES, 199, p.177).

³⁷ Philip Kotler (1999, p.342) afirma que a utilização das técnicas de persuasão pelos publicitários se faz mais presente no mercado na proporção em que o mercado se torna cada vez mais concorrente: “a propaganda persuasiva torna-se mais importante à medida que a concorrência aumenta e quando o objetivo da empresa é criar uma demanda seletiva”.

³⁸ Para garantir maior credibilidade à fonte, a escolha do locutor da mensagem é crucial. É esta a razão de se escolher pessoas com boa fama entre o público alvo que se pretende atingir.

³⁹ Três são as formas que se costuma emitir uma mensagem persuasiva pela publicidade: fundar-se nos fatores emocionais da mensagem, realizar uma argumentação racional e recorrer aos atributos do comunicador para dar credibilidade aos enunciados.

A manipulação dos ânimos, dos desejos, e por consequência das vontades dos consumidores por meio do discurso persuasivo da publicidade, requer a atenção do Direito, para imposição de limites à atividade publicitária, no objetivo de se garantir, na sociedade de consumo, o respeito aos preceitos fundamentais e constitucionais de uma ordem jurídica justa e solidária em que pesem a liberdade, a dignidade e demais direitos humanos, sociais e fundamentais. Ao tratarmos da participação da criança na sociedade de consumo, e da sua exposição às constantes e massivas mensagens publicitárias de estímulo ao consumo de bens e serviços, é preciso uma análise mais atenciosa do rigor que se deve exigir do controle jurídico da atividade publicitária, em respeito à condição de especial vulnerabilidade da infância e à necessidade de se efetivar a sua proteção integral e o seu desenvolvimento.

Um segundo elemento constante na publicidade, que abre espaço para críticas contra a publicidade infanto-juvenil, é o elemento sedutor do discurso comercial.

Para Jean Baudrillard (1992, p.61), a técnica da sedução é a que “desloca o sentido do discurso e o desvia de sua verdade”. O discurso publicitário é carregado de estratégias de sedução. E Baudrillard afirma que

A estratégia da sedução é a do engano. Assim, ela espreita todas as coisas que tendem a se confundir com sua própria realidade. Existem aí recursos de um fabuloso poder. Pois, se a produção sabe apenas produzir objetos, signos reais, deles obtendo algum poder, a sedução produz apenas enganos e dele obtém todos os poderes, dentre os quais o de remeter a produção e a realidade ao seu engano fundamental (Baudrillard, 1992, p. 80).

Fabiano Del Masso defende a ideia de que a técnica sedutora da publicidade tem como finalidade dificultar o senso crítico do público alvo, a partir do estímulo às emoções como instrumento do desejo de consumir e da futura tomada de decisão do consumo e do afastamento da racionalidade do indivíduo sobre o discurso que percebe. Ou seja, “os mecanismos comunicativos utilizados para seduzir serão desenvolvidos por meio de signos que ativam as emoções e inibem a racionalidade do receptor da mensagem” (DEL MASSO, 2009, p.86). Não há necessidade de uma teorização profunda para concluir que o elemento sedutor do discurso publicitário, quando dirigido para a criança, se configura em uma covarde e abusiva estratégia

de convencimento e venda. Estando as crianças em fase de desenvolvimento cognitivo e de sua personalidade são facilmente manipuláveis pelo elemento sedutor da publicidade. Em verdade, crianças são os indivíduos mais facilmente seduzidos, e as mais simples técnicas sedutoras são capazes de criar e manipular seus desejos em favor do transmissor da mensagem.

A sedução reúne em sua estratégia a presença de dois mecanismos psíquicos: o adormecimento da racionalidade e a transferência globalizadora que se realiza pela ativação do pensamento primário. O primeiro elemento da sedução despreza toda a capacidade crítica reflexiva do receptor da mensagem, privilegiando exclusivamente a emoção. As imagens têm a capacidade de se desviar dos recursos racionais e incidir diretamente na emoção. Em segundo momento, reconstrói-se a realidade com a transferência dos valores da dimensão fascinante em questão. [...] A publicidade veiculada na televisão também se aproveita dessa forma de seduzir, e faz com que o inconsciente do consumidor acredite em falsidades (DEL MASSO, 2009, p.100).

O conceito de publicidade não pode ser resumido à mera transmissão de informações pelo fornecedor de produtos e serviços para a coletividade de consumidores, na realização da divulgação ou da simples oferta dos bens anunciados. A publicidade deve ser sempre entendida a partir, também, de seus elementos “persuasão” e “sedução”, que valoram as informações transmitidas em um discurso rico em subjetividades, ampliando a mera informação para uma tentativa de convencimento, criação de desejos, estímulo ao consumo e manipulação de vontades. Tais características não servem para condenar a existência da publicidade no mercado de consumo, muito menos para proibi-la. Entretanto, este último entendimento só tem cabimento quando se tratar de um público alvo exclusivamente adulto, pois capaz de perceber que se não se trata de mera informação e de captar os valores que se agregam ao discurso. O que não ocorre com o público infantil. As crianças, por suas características naturais de desenvolvimento, não são capazes de perceber a existência dos elementos persuasivos e sedutores da mensagem publicitária, e quando passam a perceber ainda são completamente vulneráveis a essas estratégias de convencimento.

1.4 CONTROLE JURÍDICO DA PUBLICIDADE NO BRASIL

A importância da publicidade na sociedade de consumo de massa, tanto como meio de informação nas fases pré-contratuais das relações de consumo, com também (e principalmente) pelo seu potencial de persuadir na formação de desejos, vontades e na tomada de decisão dos indivíduos, indica que o Direito não poderia deixar de regulamentar a atividade publicitária. Para Herman Benjamim, “na medida em que a publicidade influencia – quando não determina – o comportamento contratual do consumidor, nada mais razoável que passe o Direito a lhe dar consequências proporcionais a sua importância fática (econômica e cultural, mais que tudo)” (BENJAMIM, 2001, p.235). Como já verificado, é mais adequado tratar de persuasão do que influência no estudo da natureza da publicidade, dado que seu efeito maior é a manipulação do comportamento de consumo. O Direito garantirá, ao exercer controle sob a publicidade, que a vontade de persuadir e de manipular vontades, desejos e comportamentos dos consumidores não passe despercebido por estes.

Sob outro aspecto, além de se preocupar com os níveis de persuasão do discurso publicitário sobre o comportamento dos consumidores, o Direito reconhece no controle da atividade publicitária a necessidade de se garantir que as expectativas legítimas dos consumidores geradas pela publicidade sejam atendidas pelos anunciantes. Trata-se de garantir que o fornecedor de produtos e serviços de consumo seja impedido de criar expectativas falsas e estimular desejos que não serão atendidos e, por outro lado, se vincule ao seu discurso publicitário, na garantia de que os interesses legitimamente despertados pelo anúncio sejam respeitados.

Além disso, a própria forma em que o discurso é realizado e, por isso, a maneira em que se tenta a persuasão e que se provocam os estímulos de consumo, também estão sob os cuidados do Direito. A publicidade, ao tentar convencer os indivíduos a consumir, e para isso, ao tentar identificar os produtos, serviços e suas marcas ao público alvo, é capaz de incentivá-los também a adotar outros comportamentos não aceitos pela ordem jurídica, que podem, por exemplo, colocar em risco a segurança, a vida, saúde e a convivência harmoniosa entre os indivíduos.

O controle da publicidade no Brasil se realiza principalmente em nome da proteção dos consumidores. São eles o foco da intervenção do Estado, na atividade publicitária. É possível afirmar que a finalidade maior do controle da publicidade pelo Direito é basicamente a garantia da liberdade de vontade e decisão dos consumidores, da verdade nas relações de consumo e do respeito aos valores morais, culturais e humanos da sociedade. Mas também é possível encontrar no controle da atividade exercido pelas entidades formadas pelo próprio mercado publicitário, como será visto, uma finalidade alheia ao ângulo do consumidor, como a proteção da concorrência leal entre anunciantes e da moralidade, balizados por uma ética da atividade publicitária. “Não é a proteção do consumidor, todavia, o único ângulo da publicidade que interessa ao Direito” (BENJAMIM, 2001, p.266).

Outra finalidade do controle à publicidade tem sido percebida nas recentes transformações do Direito do Consumidor. O próprio excesso de publicidade tem sido alvo de regulamentações em defesa da sociedade de consumidores. Conforme Fabiano Del Masso (2209, p.118), “o feito do ‘consumismo’ que assola atualmente a sociedade é coibido apenas como uma repercussão da proteção do consumidor”. O exagero do consumo, associado a diversas consequências desde o desgaste dos recursos naturais e a degradação do meio ambiente, até o superendividamento dos consumidores⁴⁰, tem sido relacionado ao excesso de publicidade e de estímulo ao consumo. Ao atribuir-se ao excesso da publicidade uma das causas do consumismo, também o relacionam com comportamentos não-saudáveis. Algumas pesquisas científicas provaram que o comportamento consumista, ou seja, o estilo de vida que dá demasiada importância ao consumo de produtos e serviços, e que está relacionado a uma conduta irresponsável de consumo inconsciente, contribui para uma vida menos saudável, física e psicologicamente:

Os psicólogos determinaram que adotar esses tipos de valores materialistas é contrário ao bem estar e leva às pessoas a sofrer mais depressão,

⁴⁰ “O superendividamento pode ser definido como a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, as oriundas de delitos e as de alimentos). Este estado é um fenômeno social e jurídico, a necessitar algum tipo de saída ou solução pelo direito do consumidor [...]. Estas soluções que vão desde a informação e controle da publicidade, ao direito de arrependimento [...] são fruto dos deveres de informação, cuidado e principalmente de cooperação e lealdade oriundos da boa-fé para evitar a ruína do parceiro [...] (MARQUES, 2006, p.1237).

ansiedade, menor tono vital e um pior estado de saúde física (SCHOR, 2006, p.53, tradução nossa⁴¹).

No Estado de São Paulo foi promulgada a Lei 13.226/2008 que proíbe que sejam realizadas abordagens comerciais por telefone (telemarketing) aos consumidores que não as desejam e que não tenham autorizada a ligação com fins publicitários, sendo punida, desta forma, a prática do “spam por telefone”. No mesmo sentido, em Portugal, como em outros países da União Europeia, também é proibido o envio de *spams* eletrônicos (por e-mail), bem como o depósito de anúncios publicitários impressos nas caixas de correios dos consumidores portugueses, pela Diretiva Europeia 2000/31/CE, transposta para o ordenamento jurídico português por meio do Decreto-Lei 7/2004. Tal proibição demonstra que o excesso de publicidade também tem sido cada vez alvo de controle legal no objetivo da proteção dos consumidores.

O controle da publicidade dirigida ao público infantil tem uma finalidade extra de garantir o respeito à especial condição de vulnerabilidade em que se encontram as crianças, e será objeto de melhor análise a seguir.

Na realização do controle eficaz da atividade publicitária em defesa do consumidor deve-se entender o consumidor em sua definição coletiva.

Realmente, o consumidor, sozinho, não consegue fazer frente aos abusos massificados da publicidade. O fenômeno, por ser coletivo, não permite que cada consumidor, individualmente, se proteja contra os abusos e desvios publicitários. Ou se protege a todos, conjunta e indistintamente, ou não se resguarda ninguém. Qualquer intervenção estatal na matéria, em consequência, deverá levar em conta esta dimensão coletiva (BENJAMIM, 1991, p.36).

Para Sergio Martinez (2006, p.242), o controle da publicidade deve ser entendido como um ato de verificação, na medida em que confirma a ocorrência de um anúncio contrário às regras estabelecidas, pois “o controle se dá, na maior parte dos casos, pela atuação repressiva à ocorrência da publicidade de consumo

⁴¹ No original: “*Los psicólogos han determinado que adoptar ese tipo de valores materialistas va en contra del bienestar, y lleva a la gente a sufrir más depresión, ansiedad, menor tono vital y un peor estado de salud física*”.

patológica⁴²”. Entretanto, a atuação do Poder Público e das entidades de classe no controle da publicidade não se dão apenas após a veiculação da publicidade nos meios de comunicação de massa. Não há uma análise prévia do anúncio publicitário como uma censura, sendo a função de controle exercida na verificação da regularidade da forma e do conteúdo do ato publicitário, para a aplicação de penalidades e para que os efeitos lesivos sejam sanados, reparando, inclusive, os lesados. Mas o próprio ato de regulamentar a atividade publicitária, o que constitui um ato em constante atualização, com a determinação do que é proibido ou não na elaboração de anúncios publicitários, com fins ao controle de lesões coletivas ou individuais, deve ser considerado também como um ato de controle. Por isso, entenderemos o controle publicitário como o conjunto de funções de regramento, de verificação (ou fiscalização), de reparação e de punição.

O fenômeno publicitário pode ser submetido a três naturezas de controle: estatal, privado e misto.

O controle exclusivamente estatal é aquele em que apenas o Estado dita as normas de controle da publicidade, as implementa e as fazem ser cumpridas por meio de fiscalização e aplicação de penalidades. Trata-se, como afirma Adalberto Pasqualotto (1997, p.67), de uma intervenção do Estado na economia.

Já o sistema exclusivamente privado há uma total ausência do Poder Público no controle da atividade publicitária e parte do pressuposto de que “o Estado não tem nenhum papel legítimo a cumprir no regramento da publicidade” (BENJAMIM, 2001, p.265). Muito presente nos Estados de cultura jurídica anglo-saxã, como Estados Unidos e Austrália, no sistema privado de controle da publicidade acredita-se que o próprio mercado possui condições e justificativas suficientes para exercer a correção dos desvios nesta atividade. Para a realização do controle privado da publicidade, entidades privadas do meio publicitário se reúnem por um negócio jurídico, que pode se figurar como uma associação ou sociedade de classe, e estabelecem um sistema de regras que limitam o exercício da criação publicitária e fiscalizam aqueles que desobedecerem ao pacto firmado. Desta forma, deve-se entender o controle privado

⁴² A expressão “publicidade patológica” é citada pelo autor, bem como por Herman Benjamim (2001, p.268) para referir-se ao tipo de publicidade que está em desacordo com sua regularidade.

como a vontade de pessoas físicas e jurídicas de direito privado, envolvidas no mercado publicitário, de se auto-regulamentar.

Antônio Herman de Vascolcellos e Benjamim (2001, p.265-266) percebe três grandes objeções ao método de disciplina privado da publicidade: as regras não vinculam todos os integrantes do mercado publicitário e apenas àqueles que aderem ao pacto; as regras da autorregulamentação não configuram normas jurídicas por lhe faltar a característica de generalidade, já que obrigam apenas aos que aderem ao negócio jurídico; tal sistema se apresenta apenas como derivação contratual, com força vinculante bem inferior ao modelo público; e, por fim, o controle não é realizado sob o ângulo do consumidor, mas com fundamentos na proteção da concorrência leal e da moralidade.

No Brasil, percebe-se a existência de um sistema misto de controle da publicidade, que se realiza a partir da composição entre os sistemas público e privado. “Trata-se de modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro a cargo dos partícipes publicitários” (BENJAMIM, 2001, p.266). O controle privado é realizado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR que vela pelas regras do seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. O controle realizado pelo Estado se faz através da administração pública ou do Poder Judiciário com base nas disposições do Código de Defesa do Consumidor e em outras legislações esparsas. Como será analisado posteriormente, ao considerar que nem o Código de Defesa do Consumidor tem sido suficiente para regular a complexa atividade publicitária no desenvolvimento da sociedade de consumo, e de conter os abusos deste mercado, nem o CONAR tem sido capaz de exercer um controle eficiente da atividade, muitas são as recentes iniciativas de implementação do sistema público de controle, com a discussão de novos projetos de lei complementares ao CDC e de resoluções de entidades públicas para implementação de novas políticas de controle da publicidade, tendo em sua maioria a proteção da criança como fundamento.

A fonte atual da regulamentação pelo Estado da publicidade provém da nossa Constituição Federal, em que a publicidade comercial é tratada de forma implícita

no sistema por enquadrar-se como um ato de expressão e criação intelectual para o exercício da livre iniciativa e, como tal, foi associada ao sistema de comunicação social, com limitações impostas pelo próprio texto Constitucional.

O artigo 220, § 3º, II, ao determinar a competência de lei federal para estabelecer os meios legais de garantia à pessoa humana e à família, apenas se refere à defesa destes em face de “programas ou programação de rádio e televisão” em sua primeira parte, reservando a segunda parte para a publicidade de produtos nocivos. Vem daí, portanto, a autorização constitucional para o surgimento de norma ordinária a regular e efetuar o controle legal da publicidade comercial, a fim de evitar abusos que possam ser cometidos em detrimento dos direitos do consumidor (NERY JR. 1995, p.210-211).

A Autorregulamentação no Brasil, com a elaboração do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária em 1978, é anterior ao Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078 de 1990. Contudo, mesmo antes do CDC, a autorregulamentação já convivia num sistema misto de controle com diversas leis esparsas que continham disposições de controle público da publicidade, como o Estatuto do Índio (Lei 6001/73), a Lei 4.680/65, o Decreto 57.960/66 e normas que garantiam proteção aos consumidores. Por essa razão, abrangiam determinações ao mercado publicitário, como a Lei 4728/65, a Lei 5768/71 e a Lei 6463/77 (que tratava da divulgação de preços dos produtos e serviços), e Leis que associavam a distribuição de produtos potencialmente nocivos com o controle da sua publicidade comercial, como a Lei 7802/89, que ao regulamentar a produção e comercialização de agrotóxicos, preocupou-se com algumas restrições à sua publicidade. Também no Direito Penal já se percebia o controle público da publicidade, pela tipificação dos crimes de charlatanismo (art. 283 do Código Penal), de perturbação do sossego alheio (art. 42 da Lei de Contravenções Penais), entre outros.

Mesmo após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, não se percebe uma organização sistêmica do controle da atividade publicitária no Brasil, como ocorre em Portugal e Espanha, onde vigoram leis que correspondem a verdadeiros Códigos da Publicidade que demonstram a atenção do Direito aos diversos aspectos da

publicidade⁴³. No Brasil, a regulamentação dos diversos aspectos da atividade publicitária tem sido realizada de forma bastante fragmentada. Conforme Carlos Alberto Bittar, “inexiste uma sistematização: somente certos aspectos têm recebido regulamentação legal e sob premissas diversas” (BITTAR, 1992, p.90). Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor trouxe uma melhor organização das regras de controle da publicidade no âmbito da defesa do consumidor, determinando as práticas publicitárias ilícitas capazes de lesar a sociedade de consumidores. É possível afirmar que, no que se refere aos aspectos da defesa do consumidor, o CDC inseriu de forma estruturada o controle público da publicidade no microsistema de proteção dos consumidores, e inovando quanto ao controle do discurso publicitário. Apesar disso, dada a complexidade da atividade publicitária e suas constantes alterações, o controle da publicidade pelo CDC carece de alguma complementação, principalmente quando nos referimos à tutela das crianças na sociedade de consumo de massa.

Outra grande contribuição do Código de Defesa do Consumidor para o controle da publicidade foi realizá-lo a partir da percepção que o direito do consumidor possui natureza difusa. Tutelar os consumidores contra os abusos da atividade publicitária significa garantir a proteção de uma coletividade de pessoas mesmo que não identificáveis.

De uma preocupação eminentemente individualista com a publicidade, priorizando mais o ato que a atividade, o legislador, modernamente, vem passando a exercer um controle social difuso do fenômeno. Ou seja, a publicidade, embora ainda enxergada como mercadologicamente importante, passa a ser igualmente vista como manifestação social difusa, daí concluindo-se que os malefícios que ocasionalmente provoca no mercado são, pela mesma razão, difusos (BENJAMIM, 2001, p.267-268).

O CDC, ao regulamentar a atividade publicitária, exerce o controle da mensagem desta, ao conteúdo da comunicação. Este controle obedece a determinados princípios que serão observados a seguir, a partir da ótica da proteção do público infantil.

⁴³ Na Espanha é possível identificar um verdadeiro Direito da Publicidade, ramo do direito relacionado ao Direito Mercantil, tanto pela grande quantidade de cursos e disciplinas acadêmicas que se dedicam a ao Direito da Publicidade como obras organizadas como “curso de direito publicitário”, “manual de direito publicitário”. Tais fatores demonstram como o controle da publicidade na Espanha está bem organizado de forma sistêmica.

1.4.1 Princípios da publicidade no direito do consumidor

A relação entre duas partes durante os momentos anteriores à celebração do contrato ou do ato de aquisição de um produto ou serviço configura uma relação jurídica.

Essa relação pré-contratual tem em seu conteúdo as vinculações interpessoais decorrentes do dever de boa-fé. Trata-se da boa fé objetiva, como regra de conduta (VASCONCELOS, 2003, p.326), traduzindo-se num dever de atuação honesta, leal e transparente. O princípio da boa fé cumprirá uma função inadiável do Direito do Consumidor que é o de restaurar o equilíbrio das relações de consumo e a igualdade real de forças entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços. A boa fé deverá pautar as relações de consumo na busca do Direito por uma compensação à desvantagem natural entre as partes, garantindo a harmonia dos interesses em conflito, conforme o artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor⁴⁴, e fundamenta uma política nacional das relações de consumo. Também nas relações civis, além das de consumo, a boa fé deverá se fazer presente, como atualmente exige o Código Civil Brasileiro em seus artigos 113 e 422.

A boa fé pode ser entendida como “uma regra de conduta a ser, obrigatoriamente, verificada no modo de agir dos participantes da relação de consumo de acordo com os parâmetros de honestidade e lealdade aceitos pela sociedade” (HENRIQUES, 2006, p.57). Levando em consideração que os sujeitos da relação de consumo estão sempre em situação de total desigualdade de forças econômicas, de conhecimentos técnicos e informações, é o princípio da boa fé que impede o aproveitamento da situação de vantagem pelo fornecedor de produtos ou serviços. A obrigatoriedade de agir com base na boa fé impede o abuso do poder econômico pelo fornecedor em

⁴⁴ Art. 4º - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

face da vulnerabilidade do consumidor. A aplicação do princípio da boa fé na atividade publicitária protege a sociedade de consumidores contra a utilização indevida e injusta dos poderes de persuasão da mensagem comercial. Neste sentido, o respeito a este princípio na publicidade garante o exercício da liberdade de escolha do consumidor, livre de persuasões que manipulam a autonomia da sua vontade.

Deve-se atribuir à boa-fé um alcance amplo nas fases pré-contratuais, na qual se encontra a veiculação de publicidade, de modo que sirva não só para reprimir condutas claramente maliciosas e fraudulentas, mas também para impor um modelo de conduta presidido pelas ideias de lealdade e de cooperação. O “modelo socializante” de Holger Fleicher defende que cada uma das partes deve levar em consideração os interesses da contraparte, pois o contrato nasce de uma “relação jurídica fundada na cooperação e na solidariedade” (SILVA, 2003, p.76). Obviamente os interesses em questão serão divergentes. Quem resolve contratar, o faz por interesses próprios e deseja satisfazê-los, o que implica uma falta de interesse nos objetivos da contraparte. Ainda assim, a obrigatoriedade de se relacionar em boa fé tutela a relação de confiança entre os sujeitos. Tratando-se de publicidade, o anunciante deverá cuidar para que a confiança do consumidor do discurso publicitário não seja utilizada para induzir este ao erro ou nem para camuflar as verdadeiras intenções da mensagem. Em outros termos, ser leal e solidário na atividade publicitária significa não se aproveitar da confiança que os consumidores depositam no discurso publicitário e não tirar proveito da condição de vulnerabilidade natural da audiência.

Para Isabella Henriques (2006, p.58), a importância da boa fé e a sua imprescindibilidade nas relações de consumo onde intervenha a mensagem publicitária está na

[...] garantia do equilíbrio real entre as partes, em razão da forma ágil como são realizadas as transações comerciais, muitas vezes mediante a influência de agressivas e abusivas técnicas de marketing que não permitem ao consumidor realizar uma escolha sensata e amadurecida.

A afirmação desta autora está em consonância e se fundamenta nas palavras de Odete Queiroz (1998, p.81), que ao tratar da relação do princípio da boa fé com as atuais relações da sociedade de massa afirma:

Na sociedade menos dinâmica e mais individualizada de outrora, já fazia esse princípio seu império absoluto, agindo como fator estabilizante. De outro modo não poderia ser nas relações entre consumidores, provindas de contratação em massa, nas quais, dada a necessidade de rapidez nos negócios, o consumidor muitas vezes é levado a contratar sem a cautela necessária, sem a informação adequada e sem a escolha sensata, sob a influência, muitas vezes, de uma técnica agressiva de marketing, dobrando-se a uma forma mais incisiva de publicidade, circunstâncias essas geradoras de uma preocupante e cada vez maior desigualdade entre os contratantes.

A incidência do princípio da boa fé na atividade publicitária também se verifica na preocupação de que os consumidores tenham condições de utilizar de um senso crítico sempre que receberem mensagens publicitárias. E, este princípio, determina que o anunciante seja solidário e leal a ponto de não persuadir o seu público alvo sem que este perceba que está sendo alvo da persuasão. Esta obrigatoriedade remete a outro princípio que fundamenta o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da identificação.

Determina o artigo 36 do CDC que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”⁴⁵. A relação do princípio da boa fé com o princípio da identificação da publicidade se dá, pois, nas palavras do Ministro Herman Benjamim (2001, p.281), “publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor”. A obrigatoriedade de que nenhuma publicidade seja veiculada de forma clandestina ou subliminar⁴⁶ se deve ao reconhecimento pelo Direito de que o

⁴⁵ O artigo 36 do CDC é inspirado no artigo 46 do *Code de la Consommation* francês que estabelece: “*la publicité doit pouvoir être nettement et instantanément distinguée comme telle*”.

⁴⁶ Fabiano Del Masso ensina que a publicidade subliminar é aquela que estimula ou persuade o expectador de forma inconsciente. “Nos estudos da comunicação, encontram-se várias formas subliminares de recepção de mensagens, o que faz com que o receptor receba a mensagem também de forma inconsciente, por estar abaixo do umbral sensorial mínimo ou acima do umbral sensorial máximo” (DEL MASSO, 2009, p.87). Para o mesmo autor (2009, p.88), a publicidade subliminar “compreende apenas aquelas mensagens que não são perceptíveis conscientemente, mas plenamente captáveis pelos sentidos”. Já a publicidade clandestina, para o mesmo autor, é “aquela divulgada às escondidas, que não quer ser percebida como tal” (DEL MASSO, 2009, p.88). O autor atribui graus para a intensidade da camuflagem de uma mensagem publicitária, diferenciando-os em publicidade semiclandestina e publicidade totalmente clandestina. E conclui que a mensagem subliminar é a clandestinidade em seu grau mais elevado (DEL MASSO, 2009, p.93-96).

uso indevido do poder de persuasão viola a autonomia privada do consumidor, que será objeto de melhor análise posteriormente.

Para Fabiano Del Masso (2009, p.89), o anunciante que utiliza dessas estratégias publicitárias se aproveita do fato de que consumidores normalmente confiam mais nas mensagens que não aparentam ser publicitárias⁴⁷. É como também entende Guy Durandin (1997, p.143):

A publicidade clandestina, assim como a propaganda clandestina, tem o objetivo de exercer uma influência sobre o público, evitando provocar desconfiança. As pessoas sabem que os propagandistas e os publicitários têm a missão de influenciá-las e, quando conseguem identificá-los, só ouvem o que dizem com muitas reservas. É por isso que a propaganda e a publicidade às vezes são apresentadas como informações providas de fontes pretensamente independentes.

A lealdade do emissor da mensagem, que se obriga pelo princípio da boa fé, indica que “o ato de transmissão de mensagens depende de certo esforço dos comunicadores [...] para que o receptor tenha possibilidades de identificar a mensagem e decodificar seu significado” (DEL MASSO, 2009, p.85).

Conforme o português Carlos Ferreira de Almeida (1982, p.81), o princípio da identificação tem sua finalidade para determinar que a mensagem publicitária surja “aos olhos do público identificada com tal, colocando assim os seus destinatários de sobreaviso acerca das intenções comerciais dos textos ou imagens”. E para Isabella Henriques (2006, p.59), o objetivo de tal princípio é “assegurar o direito de saber clara e imediatamente que a mensagem transmitida tem caráter publicitário e, por isso, seu objetivo é promover a venda de algum produto ou serviço por meio da persuasão”.

O princípio da identificação determina que o consumidor deve saber que está sendo persuadido por uma publicidade. Representa um dever do anunciante e, ao mesmo tempo, um direito do consumidor de não ser molestado e persuadido sem saber. A sua violação significa a manipulação indevida, abusiva e imoral da vontade do consumidor.

⁴⁷ Razão pela qual, segundo o autor, se encontram matérias jornalísticas falsas, que na realidade possuem caráter publicitário, para transmitirem mais confiança (DEL MASSO, 2009, p.89).

Para grande parte da doutrina jurídica, práticas como o merchandising, tão utilizado na programação televisiva brasileira⁴⁸, são proibidas na aplicação do princípio da identificação.

A preocupação do Direito do Consumidor com a identificação da publicidade tal como ela é pelos consumidores se dá pelo fato de que o domínio do significado da mensagem publicitária é condição da sua eficiência e, por isso, também de poder, em acordo com a lição de Fabiano Del Masso. Como bem afirma este autor,

[...] o emissor poderá comunicar sua mensagem buscando certa conduta do receptor, o que pode ser realizado por intermédio de argumentos de convencimento ou pela utilização de mecanismos linguísticos de influência, despertados mediante a sedução do receptor; neste caso, sempre dependente de recursos cuja finalidade consiste na ativação da emoção e inibição da racionalidade, o que provocará o despertar de um prazer, de um sentimento profundo, etc. (DEL MASSO, 2009, p.85-86).

Como visto anteriormente, a sedução pode se tornar um instrumento de poder do comunicador. Para que ela ocorra de forma capaz de manipular a vontade do receptor da mensagem, é imprescindível que este não reconheça a intenção do comunicador, caso contrário restaria prejudicada a dominação deste sobre aquele. A sedução proibida é aquela utilizada para ocultar os significados da mensagem publicitária e manipular as vontades do seu receptor (DEL MASSO, 2009, p.86).

Em última instância, a utilização de uma mensagem publicitária clandestina, que não pode ser identificada com tal, é uma violação à liberdade de escolha do consumidor, fruto do domínio do anunciante sobre os receptores da mensagem.

Também é possível afirmar que a publicidade que se faz de forma clandestina é também enganosa. A não enganabilidade da publicidade, determinação que se

⁴⁸ Merchandising é uma técnica publicitária que se realiza a partir da “aparência dos produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca” (BENJAMIM, 2001, p.282). Pode ser entendido também como “técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes” (NUNES, 2005, p.431). Não há programa televisivo de auditório no Brasil em que não haja merchandising, incluindo os que possuem as crianças como público alvo. Filmes também fazem uso de merchandising e, atualmente, é quase “obrigatório” nos reality shows, em que a prática é quase subliminar.

fundamenta no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, se realiza também por meio de um princípio, o da veracidade da publicidade. A boa fé determina que as bases da relação de consumo devem se realizar sob a veracidade das informações transmitidas. A publicidade capaz de induzir a erro o receptor da mensagem, por afirmações falsas ou por omissão de informações relevantes para a formação de sua vontade de consumir, se realiza pelo total desrespeito aos compromissos de lealdade, confiança e solidariedade que o princípio da boa fé exige.

Fabiano Del Masso busca as lições da doutrina italiana para afirmar que a publicidade clandestina, que possui uma eficácia persuasiva bem maior já que o receptor não está prevenido com seu senso crítico para compreender a intenção de venda da mensagem, possui a enganiosidade implícita.

Se a caracterização da enganiosidade opera-se quando se percebe alguma informação falsa sobre o bem anunciado, tal ilícito deve compreender também a falsidade do anunciante, que faz crer ao pretendo consumidor que tal mensagem representa, por exemplo, uma opinião de relevo, ou que se trata apenas de uma reportagem meramente informativa (DEL MASSO, 2009, p.91).

A condição de especial vulnerabilidade da criança, pelo seu processo de desenvolvimento que implica estar desprovida de experiências e saberes suficientes para decifrar os códigos e signos das mensagens que recebe e, por isso, a sua incapacidade de compreender o verdadeiro significado da publicidade, é obstáculo para que perceba os elementos persuasivos por trás da mensagem publicitária e a sua intenção de seduzir. A partir desta premissa, que será mais bem analisada nos capítulos posteriores, é possível afirmar que a publicidade dirigida à criança possui os mesmos efeitos que a publicidade clandestina dirigida ao público adulto, pois é transmitida de forma a tornar ineficaz o senso crítico do receptor, já que este não pode identificá-la, e assim enganá-lo sobre a existência do signo publicitário. Por essas razões, a publicidade dirigida às crianças não se adéqua ao princípio da identificação da publicidade, colocando em risco a liberdade da coletividade de crianças, que têm a autonomia da sua vontade violada, bem como a liberdade dos pais, passíveis de uma influência despercebida dos filhos, e o pleno e adequado exercício do seu poder familiar. Em outro âmbito, a publicidade dirigida às crianças se realiza a partir da violação do princípio da boa fé, pois sua realização ocorre na

intenção de persuadir as crianças, crédulas, inocentes e vulneráveis, sem que estas tenham chance de formar sua vontade e antes dos seus responsáveis terem condições de filtrar estas mensagens. Ignoram-se, neste sentido, os mandamentos de lealdade e solidariedade. É o que se tentará provar nos próximos capítulos, quando todas estas questões serão objeto de análises mais profundas.

1.4.2 Publicidade abusiva e proteção da criança no código de defesa do consumidor

A criança exerce um papel de dupla vulnerabilidade na sociedade de consumo. Como afirma o espanhol Iñigo Navarro, “quando falamos do consumidor menor, estamos nos referindo a um personagem que juridicamente é a mescla de dois sujeitos protegidos por parte do ordenamento jurídico: o menor e o consumidor” (MENDIZÁBAL, 2005, p.147, tradução nossa⁴⁹).

Realmente, a criança se apresenta na sociedade do consumo como um sujeito duplamente vulnerável. Todo consumidor é vulnerável, conceito este reconhecido pelo Código de Defesa do Consumidor que, ao estabelecer a Política Nacional de Defesa do Consumidor, adotou como primeiro princípio “o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (Art. 4º, I, C.D.C).

Afirmar o consumidor como o personagem vulnerável da sociedade de consumo significa dizer que, a partir da evolução da sociedade de consumo de massas, as pessoas consumidoras perderam o poder de barganha nas suas relações pré-contratuais, que suas insatisfações individuais com relação aos produtos e serviços tornaram-se menos significantes, que as relações entre consumidores e fornecedores tornaram-se mais distantes, e que aumentaram os obstáculos para o seu acesso à justiça. Estas características estão resumidas em três conceitos de vulnerabilidade: técnica, econômica e informacional. A vulnerabilidade técnica indica que o consumidor se encontra em uma situação de desvantagem latente perante o

⁴⁹ No original: “*Cuando hablamos del menor consumidor, estamos refiriéndonos a un personaje que jurídicamente es la mezcla de los sujetos protegidos por parte del ordenamiento: el menor y el consumidor*”.

fornecedor de produtos e serviços dado que este detém todo o conhecimento técnico sobre a produção, distribuição, manutenção e funcionamento dos produtos e sobre o conhecimento técnico a respeito dos serviços prestados. Fala-se em vulnerabilidade econômica pela brutal diferença de poderes econômicos entre os consumidores, pessoas físicas ou jurídicas e as grandes corporações fornecedoras de produtos ou serviços, cada vez “maiores”, financeiramente. A vulnerabilidade econômica do consumidor, quando analisado individualmente, torna seus interesses e vontades sempre mais insignificantes, sendo tratado pelo mercado como apenas mais um integrante da massa de consumidores. E, por fim, a vulnerabilidade informacional, que compreende a falta de conhecimento de grande parte da população sobre a sua posição na sociedade de consumo, sobre os cuidados necessários para o consumo seguro e responsável e, especialmente, pelo comum desconhecimento acerca dos seus direitos. (MARQUES, 2007, p.66-70; FILOMENO, 2001, p.31-33).

Estando a criança inserida na sociedade de consumo, participando dela ativamente como consumidor, conforme já verificado nos capítulos anteriores, estará obviamente numa posição ainda mais vulnerável do que os demais consumidores, pela sua especial condição de desenvolvimento. Sendo os adultos vulneráveis, poderíamos definir as crianças como sujeitos “hipervulneráveis” de direitos na sociedade de consumo.

Crianças e adolescentes merecem, e receberam, do ordenamento brasileiro esse tratamento mais abrangente e efetivo porque, à sua condição de seres diversos dos adultos, soma-se a maior vulnerabilidade deles em relação aos seres humanos adultos. É esta vulnerabilidade que é a noção distintiva fundamental, sob a ótica de um sistema especial de proteção, eis que distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção de homo médio. É ela, outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal (MACHADO, p.119).

Estando em uma posição ainda mais vulnerável do que os demais consumidores, as crianças jamais poderão ser tratadas da mesma forma pelo Direito do Consumidor. Isso porque a sua condição de maior vulnerabilidade contribui para um risco maior

de lesões, já que é facilmente induzida a erro e manipulada pelos interesses dos fornecedores de produtos e serviços.

A indústria do marketing, com o auxílio de psicólogos, direciona suas campanhas para fisgar as crianças e explorar sua vulnerabilidade de desenvolvimento – as maneiras como seu desenvolvimento cognitivo, social, emocional e físico influenciam a tomada de decisões, gostos, desgostos, interesses e atividades (LINN, 2006, p.48)

Mesmo aqueles que atuam para o fortalecimento do marketing infantil, e que desenvolvem técnicas para o aumento do comércio dos produtos infantis, ou que trabalham em estratégias de comunicação comercial com as crianças, reconhecem essa maior vulnerabilidade, e é em decorrência deste fator que atuam.

As crianças são os consumidores mais cãndidos de todos; são os que menos têm e, portanto os que mais desejam. Por consequência, estão em uma perfeita posição para que sejam enganados. Se é difícil comercializar para eles, é igualmente difícil fazê-lo eticamente. A cada passo do caminho há que colocar defesas para protegê-los (MCNEAL, 1999, p.47, tradução nossa⁵⁰).

Essa proteção especial que as crianças recebem da legislação de consumo nacional, comum em todos os demais sistemas estrangeiros de proteção do consumidor, está diretamente relacionada ao controle da publicidade. O artigo 37, § 2º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor define como um dos exemplos de publicidade abusiva a que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”⁵¹. Neste sentido, o direito do consumidor pátrio reconhece que o

⁵⁰ No original: “*Los niños son los consumidores más cãndidos de todos: son los que menos tienen y por lo tanto los que más desean. Por consiguiente, están en una perfecta posición para que se los defraude. Si bien es difícil comerciar con ellos con éxito, es igualmente difícil hacerlo éticamente. A cada paso del camino hay que colocar defensa para protegerlos.*”

⁵¹ O Conselho Federal de Psicologia elaborou parecer acerca dos efeitos da publicidade no desenvolvimento da personalidade infantil. Ao tratar do dispositivo legal que trata da publicidade abusiva, quando direcionada às crianças, a entidade condenou o uso do termo “deficiência”, que não existe, em absoluto na Psicologia, mas sim que o intelecto infantil é menos sofisticado do que o adulto, o que é bastante distinto de “deficiente”. “Ora, sabe-se – e todas as teorias do desenvolvimento afirmam-no – que a criança tem uma inteligência extremamente ativa, que é muito observadora, que estabelece relações entre os fenômenos que presencia e entre as idéias que tem ou que percebe nos outros. Portanto, do ponto de vista funcional, não há diferença entre a inteligência adulta e a infantil, e muito menos deficiência da segunda em relação à primeira. Em compensação, há diferença de estrutura. Dos dois aos sete anos em média, a criança ainda não possui as ferramentas intelectuais necessárias ao estabelecimento de demonstrações lógicas e para perceber e superar as contradições, quando presentes, nos raciocínios próprios e nos dos outros. E, dos sete aos 12 anos, sempre em média, embora tais ferramentas já tenham sido construídas, permanecem apenas aplicáveis a situações concretas, concreto significando aqui referência a experiências vividas, e não a virtuais ou possíveis. Dito de outra forma, nessa fase a criança está no mundo do real, e não do possível. A partir dos 12 anos, suas estruturas mentais assemelham-se às

contexto de desenvolvimento da personalidade da criança possibilita que seja mais facilmente persuadida, seduzida e manipulada pelos anúncios publicitários dirigidos diretamente a este público. Ao mesmo tempo, além do controle da publicidade em favor da proteção integral da criança, o CDC estabelece que é prática abusiva no mercado de consumo “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços” (art. 39, IV). Trata-se do reconhecimento de que não apenas pela publicidade alguns determinados grupos de consumidores hipervulneráveis podem ter seus comportamentos de consumo manipulados, mas por diversas outras formas de abordagem do marketing de produtos e serviços.

Esse grupo de consumidores, em que se incluem as crianças, é também denominado pela Lei⁵² e pela doutrina de “hipossuficientes”.

Não custa lembrar que são distintos os conceitos de vulnerabilidade e de hipossuficiência. Vulnerável é todo consumidor, *ope legis*. Hipossuficientes são certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da periferia. Percebe-se, por conseguinte, que a hipossuficiência é um *plus* em relação à vulnerabilidade. Esta é aferida objetivamente. Aquela, mediante um critério subjetivo, consumidor a consumidor, ou grupo de consumidores (BENJAMIM, 2001, p.303).

Sendo a criança hipossuficiente, assim como demais atores da sociedade de consumo, a publicidade que se aproveita de sua credulidade, ingenuidade, pureza, inocência, enfim, de sua condição de desenvolvimento psíquico, cognitivo e físico, é proibida porque é considerada abusiva. Nenhuma prática no mercado de consumo pode ser ética, responsável e baseada na boa-fé objetiva, se pautada no aproveitamento dessas limitações das crianças. Estariam condenados os princípios da confiança, da lealdade e da harmonia das relações de consumo e, assim, afastadas estariam essas relações privadas das práticas de direitos fundamentais,

do adulto, faltando-lhe, é natural, o acúmulo de conhecimento e experiências de vida que não deixará de ter. Portanto, é correto dizer que a criança não tem a mesma compreensão do mundo que o adulto, se for entendido, com essa afirmação, que, além da menor experiência de vida e de menor acúmulo de conhecimentos, ela ainda não possui a sofisticação intelectual para abstrair as leis (físicas e sociais) que regem esse mundo, para avaliar criticamente os discursos que outros fazem a seu respeito.” (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2008, p.18-19).

⁵² O artigo 6º, VIII da Lei 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor, estabelece como direito básico de todos os consumidores a facilitação de sua defesa, em especial quando se tratar de consumidor hipossuficiente, ocasião em que o juiz poderá determinar a inversão do ônus da prova.

essenciais para a manutenção do Estado Democrático de Direito. A dificuldade do Estado em permitir a continuidade de anúncios publicitários serem direcionados às crianças está no fato incontestável de que a criança é o sujeito de direitos mais hipossuficiente da sociedade de consumidores, e qualquer comunicação comercial a ela dirigida não será capaz de se realizar sem o aproveitamento de sua inexperiência e deficiência de julgamento, tanto pela finalidade persuasiva e sedutora da publicidade, como pela inafastabilidade da criança de sua condição hipossuficiente.

A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários. A noção de que o consumidor é soberano no mercado de consumo e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em consequência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo (BENJAMIM, 2001, p.303).

Mais uma vez, o fundamento dos riscos da publicidade dirigida às crianças está nos elementos persuasivos e sedutores do discurso publicitário comercial. Não há mal na publicidade, ao contrário, há benefícios econômicos no seu desenvolvimento criativo. Entretanto, esta premissa é válida apenas quando tratar-se do público destinatário adulto, que dota de senso crítico e experiência, além de competências cognitivas suficientes para perceber a verdadeira mensagem por trás do discurso publicitário. Em se tratando de crianças, não há vantagens na publicidade, e a defesa dos anunciantes pela liberdade de comunicação comercial com as crianças esconde interesses muito obscuros, que em nada se aproximam dos reais interesses da criança.

Então qual é o problema? Qual é o mal [...] em tentar fazer as pessoas comprarem um anel de noivado de diamantes, tingir o cabelo ou esbaldar-se num eventual Big Mac com fritas? Bem, todas essas campanhas famosas foram destinadas a adultos, que, presume-se, podem se informar e tomar decisões sobre o que é melhor para eles. Uma vez que as crianças não são capazes de tais julgamentos, elas estão mais vulneráveis à ação do marketing. [...] A propaganda agrada às emoções, não ao intelecto, e afeta as crianças ainda mais profundamente do que os adultos (LINN, 2006, p. 22-23).

O abuso da hipossuficiência da criança pela publicidade tem como consequência o desrespeito à sua condição de desenvolvimento cognitivo e à formação da sua personalidade. Se o sistema de proteção da criança no Brasil se realiza a partir da preocupação em preservar a infância em prol deste desenvolvimento e da personalidade humana em formação, o que garante a esta proteção o status de tutela de direitos humanos, temos a publicidade dirigida à criança como possível violação aos seus direitos fundamentais, integralmente protegidos, hipótese esta que será estudada a seguir.

2 A CRIANÇA COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTROLE DA PUBLICIDADE INFANTIL

2.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O estudo da proteção da criança, em face dos abusos da atividade comercial, deve passar por uma análise do desenvolvimento do pensamento da proteção da criança e do adolescente com fundamentos de direitos fundamentais.

Neste sentido, é possível afirmar que o ápice desta evolução, que marcou profundamente a tutela dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, com bases nas concepções dos direitos humanos universais, foi a consagração desses direitos na Constituição Federal de 1988.

No contexto da mobilização social em que se inseria a assembléia constituinte, verificou-se uma intensa articulação de grupos de pressão dedicados à defesa das crianças e dos adolescentes, compostos por psicólogos, assistentes sociais, juristas envolvidos na causa como juízes, promotores de justiça e advogados, além de movimentos organizados, todos envolvidos na defesa dos Direitos Humanos e das crianças e adolescentes, “que desaguou numa Frente Parlamentar suprapartidária em prol desses interesses, composta por membros de todas as agremiações representadas na assembléia” (MACHADO, 2003, p.25).

O que provavelmente uniu estes profissionais e entidades foi a sua insatisfação diante da ineficiência do Estado em garantir às crianças e adolescentes das classes menos favorecidas e marginalizadas um atendimento adequado que lhes proporcionasse o mínimo de dignidade e qualidade de vida. Esta ausência dos cuidados do Estado pelos mais jovens se verificava tanto no ordenamento jurídico vigente até a Constituição de 1988, quanto nas políticas públicas de atenção aos menores.

A omissão do Estado, em relação às crianças até 1988, decorria de uma cultura de ignorância da sociedade sobre a relevância do papel da infância para o desenvolvimento do indivíduo e, em consequência, para o desenvolvimento da própria sociedade.

“Nos primórdios da civilização, a criança era ignorada como pessoa” (VIEIRA *In*: CURY, 2003, p.242). A criança não era vista, na era medieval, como indivíduo, consequência das altas taxas de mortalidade infantil, que tornavam muito comum às famílias a perda de suas crianças. Esta falta de apego às crianças, decorrente do sentimento de que eram normalmente substituíveis, lhes garantiam um tratamento de coisas, e não de indivíduos. E, ao superar esta fase de risco de vida, tendo sobrevivido às inúmeras causas de mortalidade infantil, a criança passava a ser tratada da mesma forma dos adultos.

A criança muito pequeninha, demasiado frágil ainda para se misturar à vida dos adultos, “não contava” [...]. A pequena não contava porque podia desaparecer. [...] Assim que a criança superava esse período de alto nível de mortalidade, em que sua sobrevivência era improvável, ela se confundia com os adultos (ARIÉS, 1981, p.99).

Este sentimento de desapego às crianças, e esta ideia de que a criança tinha “serventia” apenas quando superados os riscos de não sobreviver e de não chegar à vida adulta com saúde plena permitia, inclusive, que fosse defendido que crianças portadoras de deficiências físicas ou filhas de famílias muito pobres deveriam ser entregues à morte (TAVARES, 2001, p.46). Ou seja, a criança só deveria ser considerada pela sua capacidade de se tornar adulto. Superada a fase de perigo, a criança já passava a receber os mesmos tratamentos que um adulto. Era, na verdade, retratada como um mini-adulto, do qual apenas se esperava o seu crescimento.

A arte medieval representava a criança como um homem em escala reduzida, ‘isso se prendia [...] não à existência, mas à natureza do sentimento da infância’. A criança era portanto diferente do homem, mas apenas no tamanho e na força, enquanto as outras características permaneciam iguais. Seria então interessante comparar a criança ao anão. [...] mas um anão seguro de que não permanecerá anão (ARIÉS, 1981, p. 101).

Esta visão sobre as crianças se perpetuou durante muitos séculos. No Brasil, até o início do século passado, o desprezo da sociedade e do Estado em relação à condição especial de desenvolvimento durante a infância se verificava na possibilidade de exploração da mão de obra infantil, nos mesmos moldes do trabalho adulto. Ao mesmo tempo, em grande parte dos povos antigos do Ocidente e Oriente, “as crianças não eram consideradas como sujeitos de direito, mas servos da autoridade paterna” (HENRIQUES, 2006, p.125).

Na sistemática anterior, eram vistos essencialmente como adultos em miniatura: quando muito, tinham alguns direitos da mesma natureza daqueles conferidos aos adultos. [...] crianças e adolescentes não eram reconhecidos como sujeitos de direitos especiais em face dos adultos e transformam-se eles em meros objetos de intervenção do universo das relações jurídicas entre essas outras pessoas humanas, ao poder de quem estavam despoticamente submetidos (MACHADO, 2003, p.116).

A diferença, até então, entre a criança e o adulto é que aquela era desprovida de vontades e desejos. Sua liberdade se limitava às imposições dos seus pais, podendo estes, inclusive, obrigá-la a trabalhar para contribuir para o sustento da família. A partir de um primeiro sinal de preocupação do Estado com a preservação da infância, no intuito de resguardar o desenvolvimento do indivíduo, foi promulgado em 12 de Outubro de 1927 o Decreto 17.943-A, o Código de Menores. Entre outras garantias, o Código de Menores determinava que a idade mínima para o exercício de atividades laborais seria os 12 anos, proibiu a jornada de trabalho noturno para menores de 18 anos, e os prestados em praças públicas aos menores de 14 anos. Numa demonstração de que o que vigorava entre as famílias brasileiras era uma concepção de Estado Liberal, que impedia que o Poder Público interferisse “no direito da família em decidir sobre o que é melhor sobre seus filhos” (GRUSPÜN, 2000, p.23), a vigência do Código de Menores foi suspensa por dois anos por força de um *habeas corpus*. Da mesma forma, o protesto contra as proibições do Código de Menores demonstravam a total ausência de autonomia da vontade da criança e sua desconsideração como sujeito autônomo de direitos.

O Código de Menores de 1927, e sua posterior versão de 1979 (Lei 6.697/79), se apresentava em uma concepção política e social de proteção e vigilância da infância e da adolescência, para tutelar os direitos básicos da vítima de omissões e de

transgressões da família ou da sociedade e do Estado. A criança abrangida pelo diploma era o menor abandonado ou delinquente, sujeito às medidas da autoridade pública e, posteriormente, o menor em situação irregular sujeito a medidas sócio educativas. A intervenção do Estado para o atendimento da criança nestes diplomas não pode ser confundida como de natureza de direitos sociais, já que os objetivos da atuação do Poder Público não eram de atendimento às demandas e necessidades individuais das crianças, mas sim como reflexo da proteção da propriedade privada.

Os 20 anos que se seguiram à última versão do Código de Menores marcaram profundas alterações na visão da sociedade e do Estado sobre os direitos da criança e do adolescente e na concepção da tutela aos indivíduos em desenvolvimento.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a promoção dos direitos da criança e do adolescente entre o seu elenco de direitos e garantias fundamentais. Assim como os adultos, as crianças têm assegurados os direitos e deveres individuais e coletivos à vida, liberdade, segurança e propriedade e direitos fundamentais e sociais especiais decorrentes da sua situação peculiar de desenvolvimento, todos em prol de uma sociedade brasileira mais justa e solidária. Além disso, a Constituição de 1988 atrelou os direitos da criança e do adolescente ao princípio da dignidade da pessoa humana, que “orienta as esferas ética, moral e legal, que regem e dispõem a proteção da criança no ordenamento jurídico brasileiro” (HENRIQUES, 2006, p. 117).

As grandes mudanças nos fundamentos teóricos dos direitos da criança tiveram cabimento a partir da percepção das crianças e adolescentes como seres humanos em desenvolvimento. Esta evolução de entendimentos, que contou com a contribuição da Psicologia, da Pedagogia e outras ciências, contribuíram para a evolução do direito da criança. Ao mesmo tempo, a cultura de direitos humanos e de direitos sociais consagradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, já atribuíam à infância direitos especiais a serem protegidos, além dos diplomas internacionais de proteção das crianças, que lhes consideravam como sujeitos de direitos

autônomos e seres humanos em desenvolvimento, como a Declaração dos Direitos da Criança de 1959.

A carga de direitos sociais previstos na Constituição de 1988, entre os quais se insere a proteção da infância (art. 7º), se apresentou como inovação de uma sociedade que se afastava definitivamente do paradigma Liberal⁵³ e que demandava uma maior atuação do Estado para a garantia de necessidades básicas da população. Os direitos fundamentais sociais, previstos na Carta de 1988, se inserem num contexto de Estado de Bem Estar Social que, conforme Daniel Sarmiento (2008, p.18), configuram:

[...] a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação, etc.).

Em verdade, a proteção constitucional da criança se insere no contexto do Estado Social pela natureza que os direitos decorrentes deste paradigma se positivam na premissa de que “se o Estado não agir para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se lastreia o constitucionalismo seguramente vão se frustrar” (SARMENTO, 2008, p.19). Reconhecida a condição de vulnerabilidade em que se encontra o indivíduo em situação de desenvolvimento, que corresponde a sua fase da infância, perante os demais indivíduos, os direitos fundamentais sociais da criança têm como finalidade que o Estado assegure um mínimo de condições materiais para o seu completo desenvolvimento e garantir a efetiva promoção da igualdade factual entre as crianças e adultos.

Entre os direitos sociais comuns a todos os indivíduos, a Constituição enumerou alguns a que dizem respeito apenas às crianças, como os previstos no seu artigo

⁵³ Daniel Sarmiento alerta que “o Brasil jamais vivenciou o liberalismo em sua pureza, já que nossa economia, desde os seus primórdios, sempre gravitou em torno de um Estado Cartorial. [...] O patrimonialismo, e a perene confusão entre o público e o privado, tão característicos da cultura política nacional, mergulham suas raízes na própria formação da Nação, e tornam incerta a existência de uma fase liberal em nossa trajetória histórica.” (2008, p.15). De toda forma, é possível perceber, no âmbito da proteção da criança e do adolescente, resquícios de uma cultura liberalista da sociedade nas primeiras décadas do século passado ao contestarem qualquer intervenção do Estado na família, e ao concentrar esforços no direito das crianças apenas para o controle social daquelas que, de alguma forma, colocavam em risco a propriedade privada alheia.

227, como o direito à convivência familiar e comunitária, as regras especiais de profissionalização, e as exigências de investimentos de recursos públicos na assistência materno-infantil.

No ano de 1990, o Brasil ratifica a Convenção sobre os Direitos da Criança, e a aprova ao ordenamento jurídico pátrio mediante o Decreto 99.710 de 21 de Novembro, mesmo ano em que decreta o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069 de 13 de Julho.

Neste sentido, é importante a verificação de que o sistema brasileiro de proteção da criança com fundamento constitucional e a partir das leis ordinárias (carregadas de princípios fundamentais), bem como pela transposição de tratados internacionais, se realiza nitidamente no paradigma de Estado Democrático de Direito. Os direitos da criança vigentes no Brasil possuem fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo plenamente possível afirmar que estamos diante de direitos que preservam a dignidade da pessoa humana em fase de desenvolvimento. A Constituição Brasileira adotou a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, no sentido de que o homem nunca decai da dignidade humana.

Com efeito, na essência de tudo está aquela idéia já antiga e que foi gatilho da evolução histórica, do aprofundamento, da noção de Estado de Direito de que o homem só pode ser livre em um Estado livre e que o Estado somente é livre quando se edifica sobre um conjunto de homens livres, titulares de direitos fundamentais que assegurem a sua dignidade humana (MACHADO, 2003, p.98).

Afirmar os direitos da criança como direitos humanos fundamentais, e que se fundamentam no princípio da dignidade humana, permite concluir que o conjunto de direitos fundamentais que a protegem não está limitado ao rol de direitos constituídos no Título II da Constituição Federal, entre os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais. Os direitos do indivíduo em desenvolvimento, a criança, são direitos fundamentais independentes da sua posição na Constituição Federal ou fora dela. Tal premissa se confirma a partir do § 2º do seu artigo 5º, ao determinar que “os direitos e garantias expressos nesta

Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

Outro aspecto de transcendental importância para a compreensão do papel cumprido (ou a ser cumprido) pelo princípio da dignidade da pessoa humana, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, diz com sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional. Com efeito, não é demais lembrar que a Constituição de 1988 [...] consagrou a idéia de abertura do catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos (SARLET, 2001, p.97).

Desta forma, a Carta Cidadã reconheceu as crianças como seres humanos em desenvolvimento físico, moral, psíquico, cognitivo e emocional, e adotou um sistema de proteção especial para estes indivíduos. Tal sistema especial de proteção se apresenta expressamente no artigo 227 da Constituição, cujos aspectos são elencados em seu § 3º. Entretanto, a proteção especial não pode ser reduzida apenas às garantias referidas neste parágrafo, permeando diversas outras disposições da Constituição quando direta ou indiretamente, como na tutela da família, tratar dos interesses da criança.

Estabelece o artigo 227 da Constituição Federal que

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

A natureza dos direitos elencados no artigo 227 e nos demais dispositivos constitucionais que tratam da proteção da criança e da infância demonstram que a tutela da criança no direito constitucional é tutela de direitos fundamentais. “Só que são direitos fundamentais de uma pessoa em condição especial: da pessoa humana em fase de desenvolvimento” (MACHADO, 2003, p.107).

A condição peculiar em que se situam as crianças, de desenvolvimento físico, moral, psicológico e intelectual, as destinam a uma situação diferenciada de maior

vulnerabilidade em relação aos demais indivíduos, adultos. Essa característica que enseja a vulnerabilidade exige um regime jurídico específico capaz de salvaguardar seu desenvolvimento em sua plenitude, para que possam alcançar todas as suas potencialidades.

Inerente à condição de desenvolvimento da criança está a idéia de que sua personalidade ainda está em formação. Elevando a personalidade a um bem jurídico maior do ser humano, imprescindível para o exercício dos demais direitos fundamentais, tem a razão pela qual a proteção da fase infantil do ser humano deve se realizar como prioridade absoluta do Direito.

A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. (TELLES JR., 1992, p. 584).

Por sua vez, dever estar inerente ao direito da personalidade humana a possibilidade de que ela seja desenvolvida plenamente, configurando o direito da criança de formar uma personalidade humana adulta em um direito humano fundamental. Martha de Toledo Machado (2003, p.112) relaciona todos os direitos fundamentais das crianças aos direitos da personalidade, afirmando que aqueles compõem diretamente os últimos ou configuram extensão destes, e citando Adriano de Cupis, a autora garante aos direitos da personalidade o status de direitos essenciais, pois constituem a medula da personalidade humana que, por sua vez, arrolam bens especialíssimos relativos à vida, honra e integridade do homem.

É neste sentido que surge a preocupação com a mensagem publicitária que se dirige à criança. A capacidade da publicidade de persuadir e de seduzir seu destinatário se potencializa quando dirigida ao público infantil, dadas as suas características já vistas que o torna mais vulnerável à manipulação de desejos e vontades. Além de atentar contra a autonomia da sua vontade e, por isso, contra a sua liberdade, o que será verificado no capítulo seguinte; a publicidade dirigida à criança influencia diretamente na formação da sua personalidade. Como seu objetivo é criar desejos de consumo e manipular vontades de compra, a influência

que a publicidade exerce na formação da personalidade da criança se realiza exclusivamente para que esta aceite os valores transmitidos pelo discurso como essenciais para si, o que se perpetuará na fase adulta. Só assim, a publicidade infantil produz os resultados comerciais almejados. Contudo, é neste sentido que se vislumbra a violação dos direitos fundamentais da criança pela publicidade a ela direcionada, pois ignorados os direitos à liberdade e ao respeito da criança, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente como direitos humanos da pessoa em desenvolvimento, e que por sua vez abrangem a autonomia e integridade psíquica da criança, conforme artigo 17.

Tendo a proteção da criança no ordenamento jurídico brasileiro sido influenciada pelos tratados internacionais, é pertinente invocar para a presente discussão o princípio inerente ao artigo 32-1 da Convenção dos Direitos da Criança, que estabelece o reconhecimento pelos Estados-Partes do direito da criança “estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou seja, nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social”. O que se pode concluir, a partir de tal reconhecimento, é que a criança deve ser privada de qualquer ambiente ou situação que coloque em risco o seu desenvolvimento, em amplo sentido, para finalidades econômicas. E, neste sentido, não se deve limitar tal reconhecimento apenas à exploração do trabalho infantil, mas a toda forma de exploração econômica em que se aproveite da criança, como ocorre na sociedade de consumo de massa, e em especial pela atividade publicitária dirigida ao público infantil.

Tais direitos fundamentais devem ser observados não sob a ótica de direitos positivados, mas de “interesse essencial do ser humano criança ou adolescente, que demanda proteção jurídica” (MACHADO, 2003. p.110) e proteção especial, pela noção distintiva de direitos fundamentais que a vulnerabilidade da criança exige em relação aos direitos fundamentais dos demais seres humanos. Ao mesmo tempo, a vulnerabilidade da criança, decorrente da sua ausência de saberes, competências e experiências capazes de atribuir-lhe capacidade crítica e de se defender, não pode ser visto como fator determinante para a estrutura especial de direitos que recebe na

ótica exclusiva de seus interesses individuais. É que as razões fundamentais da diferenciação de direitos não estão exclusivamente “ligados ao aspecto de fraqueza dos sujeitos de direito; mas sim à força potencial que a infância e a juventude representam para a nação” (MACHADO, 2003, p.132). Vê-se, daí, que o interesse essencial do ser humano, fundamento destes direitos fundamentais especiais, não devem ser observados por uma ótica exclusivamente individual da criança, mas também sob a ótica de interesse difuso da sociedade que confia no desenvolvimento da infância como fortalecimento da sociedade futura, confirmando o velho ditado “a infância é o futuro da nação”. Isabela Henriques (2006, p.119) acredita que “o reconhecimento de que as crianças e os jovens são o futuro da sociedade não é suficiente” para justificar a necessidade da proteção especial e do cuidado que a criança deve receber do adulto. Mas sim, segundo a autora,

[...] a constatação de que a preservação da infância de forma plena depende de um contexto sociocultural, e o fato das crianças serem diferentes dos adultos geram a indeclinável responsabilidade da família, da sociedade e do Estado quanto ao seu crescimento e desenvolvimento da melhor forma possível (HENRIQUES, 2006, p. 119).

A organização deste sistema de direitos fundamentais especiais surge da inspiração de uma denominada doutrina da Proteção Integral. Tal doutrina se encontra presente também como fundamento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na busca do Direito Brasileiro pelo reconhecimento dos princípios da proteção internacional da criança, e na demonstração do cuidado com os mais jovens perante os organismos internacionais, a aprovação, em 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente veio “em resposta ao anseio de dotar o País de um instrumento válido para salvaguardar a vida e garantir o desenvolvimento pleno das meninas e meninos do Brasil” (ALMEIDA *In* CURY, 2003, p.17).

Muito distinto dos antigos Códigos de Menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 adotou como concepção político-social instrumentos de desenvolvimento social dedicados à proteção especial da coletividade dos seres humanos em desenvolvimento (art. 6º), considerando-os como em risco pessoal e social. E esta é a sua percepção de criança e adolescente: sujeitos de direito em peculiar condição de desenvolvimento⁵⁴. Para efetivar estes direitos, a Lei

⁵⁴ Para Isabella Henriques, “a principal diferença entre o novo Estatuto da Criança e do Adolescente e o antigo Código de Menores diz respeito à base da doutrina utilizada por um e por outro. O Estatuto

8069/1990 adotou, como já dito, o princípio da proteção integral como norteador do sistema de proteção da criança.

2.2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A proteção da criança na Constituição Federal, tendo como premissa e fundamento a condição peculiar de desenvolvimento em que se encontra a criança, está organizada na dinâmica da tutela dos direitos sociais. A infância se configura como direito social no artigo 6º, e os já referidos direitos fundamentais de proteção da criança foram posicionados nos artigos 227 e 228, no Título VIII, denominado “Dar ordem social”. Apesar de estes direitos fundamentais serem nomeados como direitos sociais, também podem ser encaixados na tipologia de direitos civis. A Constituição de 1988 superou qualquer dicotomia entre classes de direitos fundamentais, o que se reflete na organização constitucional dos direitos fundamentais da criança. De acordo com Martha Machado (2003, p.136),

Essa superação deu-se justamente por conformar todos os direitos fundamentais de crianças e adolescentes da mesma maneira, qual seja, fazendo com que produzam essencialmente obrigações de natureza comissiva, e não meramente omissiva, consubstanciadas no dever de asseguramento pelo mundo adulto (Estado, sociedade e família).

É neste sentido que se insere a ideia de proteção integral: na concepção unitária dos direitos humanos, de interdependência dos direitos civis (liberdades) e sociais (igualdade), em que somente é possível alcançar sua efetividade quando todas as suas “espécies” de direitos são atendidas, tal como estabelece o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁵.

da Criança e do Adolescente assegura os direitos de todas as crianças e adolescentes, sem qualquer discriminação, considerando-os como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, enquanto o Código de Menores apresentava o ‘direito de tutelar o menor’, objeto de medidas judiciais quando a criança ou o adolescente se encontrava em situação irregular, nos termos daquela lei. O Estatuto da criança e do adolescente é um instrumento de desenvolvimento social que garante a proteção especial a uma grande parte da população considerada mais vulnerável. Já o Código de Menores era um instrumento de controle social dirigido às vítimas de omissões e transgressões da família, sociedade e Estado. Tratou-se, com efeito, de um avanço em prol da defesa dos direitos das crianças” (2006, p.125).

⁵⁵ Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Pela noção da proteção integral das crianças, a efetivação dos seus direitos sociais (educação, saúde, alimentação, profissionalização, proibição do trabalho) é imprescindível para a proteção real dos seus direitos fundamentais. A proteção integral da criança requer, desta maneira, políticas públicas que garantam a efetivação dos seus direitos fundamentais⁵⁶.

Ao mesmo tempo, a proteção integral pode significar todo o conjunto de direitos fundamentais próprios dos indivíduos em desenvolvimento. Este conceito pode ser entendido a partir do artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se denomina como uma Lei que “dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente”. A proteção integral também tem seu sentido a partir da necessidade que a criança possui de que seus interesses sejam respeitados e garantidos pelo Estado, pela família e pela sociedade, tal como afirma Paolo Vercelone: “em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles” (VERCELONE *In* CURY, 2003, p.33); e Paulo Afonso de Paula que ensina que “a proteção integral constitui-se em expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado” (2002, p.23).

O princípio da proteção integral fortalece a ideia da criança como sujeito de direitos autônomos e que pela sua peculiar condição de desenvolvimento físico, moral, psíquico, cognitivo, espiritual e de sua personalidade, possui interesses especiais em face do Estado, da família e da sociedade, que se traduzem em direitos fundamentais especiais.

A atividade publicitária, quando direcionada ao público infantil, deve, obrigatoriamente, sofrer um rigoroso controle público em decorrência do peso do

⁵⁶ “Na base da noção de proteção integral está a idéia de efetivação dos direitos fundamentais. Logo, na criação de instrumentos jurídicos que assegurem essa efetivação. Um deles, como dito, são as políticas sociais públicas. Outro é a tutela jurisdicional. [...] penso que o respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento está no centro, também, dos fundamentos de uma tutela jurisdicional diferenciada, que a noção de proteção integral demanda. Por outras palavras, a tutela jurisdicional diferenciada é uma das facetas da proteção integral dos direitos de crianças e adolescentes, que deriva da condição especial desses sujeitos de direitos especiais” (MACHADO, 2003, p.140).

princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, previstos no artigo 227 da Constituição Federal.

2.3 CONTROLE DA PUBLICIDADE INFANTIL

Na análise do controle da publicidade dirigida às crianças, adotado por diversos países, o que se leva em consideração é que a publicidade desperta vontades, desejos e influencia na formação e na cultura deste público, gravitando em torno de suas convicções e valores⁵⁷. Em uma função persuasória, a publicidade atua sobre tendências e comportamentos dos jovens consumidores. Não é o fato de poder ou não comprar que influenciará juridicamente na sociedade, mas sim o despertar do desejo de consumir que a publicidade proporciona nas crianças e o seu reflexo nas normas sociais e morais.

É ainda jovem que o cidadão forma os seus hábitos, atitudes e valores, definindo quais serão as suas regras morais. As mensagens publicitárias são capazes de atingir o ser humano exatamente nesta fase e, por isso, contribui para a formação desses conceitos, exatamente quando ainda não existe uma percepção crítica que o protege da intenção persuasiva da publicidade. Esta condição especial de desenvolvimento da criança é um dos objetos de tutela dos regulamentos de controle da publicidade.

Outra preocupação é que ao confundir a criança, impedindo-a de distinguir a sua real necessidade do seu desejo, a publicidade é capaz de contribuir para o favorecimento do consumismo desenfreado, ocupando a sua mente com preocupações visivelmente desnecessárias. A preocupação em “ter” substitui qualquer outro interesse da criança. Esse fato impede o desenvolvimento do que seria a sua consciência cidadã, contribuindo para a formação de uma sociedade mais desigual e pobre em consciência sobre direitos humanos.

⁵⁷ A publicidade desperta sonhos e perspectiva de prazeres, em associação à compra de um produto, e é perigosa quando explora sentimentos de inferioridade, ou medo de não pertencer a um dado grupo (SOUCHON, 1969, p.146). Muitas vezes incita ao consumo de alimentos que nem sempre são os mais saudáveis, e acaba por criar hábitos nocivos às crianças.

No contexto familiar, o fator conflito estará sempre presente em conjunto com o desenvolvimento de necessidades utópicas, sendo essas de difícil interiorização pelos pais, o que cria uma fonte de conflitos e brigas familiares.

Todas essas situações geradas pela publicidade dirigida às crianças terão consequências profundas na sociedade. Trata-se de uma preocupação comum dos vários países ao tentar controlar este ramo do mercado publicitário, como será apresentado a seguir.

Como verificado anteriormente, as empresas que colocam no mercado produtos e serviços destinados ao público infantil investem uma enorme quantia do seu orçamento com publicidade destinada diretamente às crianças. Isso significa que, diariamente, crianças, enquanto sujeitos passivos de absorção de mensagens comerciais, são bombardeadas com um grande número de publicidades de produtos a elas destinados.

O atual estágio da tecnologia avançada de mídia e de informação permite que boa parte do público infantil passe a maior parte do tempo em frente à televisão ou navegando pela Internet⁵⁸. Enquanto não ocupam o tempo dessa forma estão dedicando suas horas a programas de lazer que incluem grande exposição à mensagens publicitárias. Mesmo durante o período escolar, as crianças são expostas a estratégias publicitárias que se aproximam das instituições educacionais⁵⁹ (FROTA, 2006, p.101-111; LINN, 2006, p. 105-126). Durante todo esse período, os menores captam instantaneamente o conteúdo de mensagens publicitárias veiculadas principalmente durante os intervalos da programação infantil dos canais de televisão, com especial atenção aos diversos canais de TV paga que se dedicam exclusivamente à programação infantil durante 24 horas diárias,

⁵⁸ “A faixa etária em que mais se assiste televisão se dá entre os 8 e 13 anos [...] 27,5% das crianças entre 8 e 13 anos asseguram que vêem televisão mais de cinco horas por dia” (SCHOR, 2006, p.48). A criança brasileira é que mais assiste televisão no mundo: 4 horas por dia (CRIANÇA, A ALMA DO NEGÓCIO. Direção: Estela Renner. Produção: Marcos Nisti. São Paulo: Maria Farinha, 2009. 1 filme (48min)).

⁵⁹ “Há certo despudor na medida em que o comércio invade a escola e a escola se deixa penetrar por estratégias mercadológicas que não servem nem à formação das crianças e dos jovens, nem se tem de resto, como práticas saudáveis de inserção na vida real” (FROTA, 2006, p.101-102)

intercalados com mensagens publicitárias, dos sítios de Internet próprios para crianças patrocinados ou criados pelas marcas de produtos e serviços infantis, e em várias outras ocasiões. Como já dito, trata-se de um nicho de mercado promissor e em constante crescimento.

Os mecanismos de controle da publicidade infantil partem do pressuposto que o mercado publicitário, como ferramenta de venda desses produtos e serviços lucrativos, na ânsia por conquistar novos consumidores, utiliza técnicas que se favorecem da inocência, ingenuidade e credulidade dos menores. São consumidores facilmente convencido por omissões de informações ou exageros e por discursos sedutores. Dessa forma, a relação entre o fornecedor e o consumidor infantil, no momento da oferta publicitária, demonstra-se demasiadamente desleal e desequilibrada.

Além disso, é reconhecido que os anunciantes, por via das vezes, ignoram princípios sociais de proteção aos direitos e interesses da criança e do adolescente ao utilizarem em suas mensagens publicitárias apelos sexuais violentos, e que induzem o menor a condutas prejudiciais a si próprios e a outras pessoas, e que colocam em risco a sua integridade física, moral ou psíquica.

A publicidade é formadora de opinião e ao utilizar estratégias persuasivas ou sedutoras para impingir-lhes o consumo de bens e serviços pode influenciar a personalidade dos mais jovens. Por refletir os valores atuais, ou a falta deles, inerentes a uma sociedade, as mensagens publicitárias, por via das vezes, apresentam situações encenadas com teor extremamente adulto. Os efeitos da absorção desse conteúdo por crianças podem ser desastrosos diante do delicado processo educativo guiado por seus responsáveis, pelo Estado e pela sociedade. O ordenamento jurídico de tutela das crianças procura preservar os mais jovens de informações ainda desnecessárias para sua formação moral e intelectual, e é possível citar como exemplo algumas realidades sobre a violência e a sexualidade. Assim como os demais conteúdos da programação televisiva, e dos outros meios de comunicação de massas, a mensagem publicitária tem o potencial de banalizar certos conceitos do cotidiano adulto, que os pais e educadores buscam lapidar,

cuidando para que a ingenuidade e inocência das crianças e dos adolescentes não sejam aproveitadas por essas informações.

A preocupação com a proteção das crianças contra as práticas desleais existentes na atividade publicitária é comum no ordenamento jurídico de muitos países desenvolvidos ou em desenvolvimento, o que se percebe através da análise das normas de controle internacional da publicidade, justificando uma padronização dos princípios existentes nessas regulamentações. Entretanto, é possível verificar algumas diferenças nas limitações da publicidade dirigida às crianças no teor dessas regras e no rigor do seu controle, decorrentes das diferenças culturais formadoras de cada Estado, da influência do Marketing naquele meio social, da força da publicidade no respectivo mercado econômico em decorrência das liberdades vigentes das atividades privadas no respectivo Estado e na percepção atual de cada sociedade sobre as consequências da exposição excessiva das crianças à sociedade de consumo.

A análise das diversas regulamentações sobre a publicidade dirigida ao público infanto-juvenil de alguns países e principalmente a eficácia do sistema brasileiro atual, e da preocupação desses países com a proteção dos menores face aos abusos da publicidade, permite verificar quais os problemas que esse conjunto de Estados deseja evitar. Ao mesmo tempo, a comparação das legislações internacionais com a brasileira é capaz de mostrar o estágio em que o Brasil está a respeito deste controle e em qual deve ou pode atingir.

A partir desta análise também é possível verificar o reconhecimento pela ciência jurídica dos transtornos causados ao desenvolvimento infantil por algumas mensagens publicitárias. Qualquer malefício aos mais jovens produz efeitos negativos imediatos em toda sociedade, o que corresponde a uma preocupação comum à sociedade global e que legitima suas diversas regras de controle à publicidade.

Credulidade e inexperiência das crianças são armas em poder dos anunciantes. A falta de maturidade, experiências e saberes tornam esse público mais susceptível

aos resultados da persuasão e sedução da mensagem publicitária. Além disso, outros fatores merecem atenção como o grau de influência pelo grupo a que o menor está submetido e a sua falta de capacidade de entender mensagem como publicitária.

É exatamente a credulidade e a inexperiência do menor a razão mais frequentemente citada como motivo para a regulamentação da atividade de natureza publicitária que lhes são dirigidas (MACKLIN; CARLSON, 1999, p.256), já que os conduzem a uma posição de total desvantagem, retirando-lhes a capacidade de se defender contra eventuais imposições ou manipulações de desejos e vontades para compras ou de recusar as ofertas. Considerando que nem sempre possuem condições financeiras para adquirir os produtos anunciados, ou que fazem parte de famílias desprovidas de recursos necessários para atender todos os seus desejos de consumo, surge o conflito familiar baseado em pedidos insistentes e constantes aos pais. “Os pais querem dizer não, mas não querem ter seus filhos aborrecidos com eles” (AGANTE, 2000, p.214).

O conflito familiar gerado pelos insistentes e incansáveis apelos de compra dos filhos aos pais ou outros adultos é uma preocupação da maioria dos legisladores estrangeiros ao regulamentar a publicidade dirigida às crianças e dos sistemas de autorregulamentação publicitária. As legislações mais rigorosas sobre o assunto, quando não proíbem completamente a publicidade que se dirija às crianças, preveem a proibição de mensagens publicitárias que incentivem os menores a persuadir seus pais a comprar produtos ou contratar serviços, através de pedidos intermináveis, como será apresentado a seguir.

Outro ponto em comum nas diversas regulamentações é a dissimulação de publicidade em programas infantis. É prática comum dos anunciantes a divulgação de anúncios publicitários disfarçados em programas destinados ao público infantil e jovem, criando uma confusão entre a mensagem e o entretenimento, tornando aquela mais difícil de detectar e destruindo a margem entre o que se pode detectar como mensagem de venda e publicidade disfarçada. Com o mesmo objetivo, os publicitários utilizam os próprios personagens dos desenhos animados ou de outros

programas juvenis, tornando ainda mais difícil a distinção entre os programas e a publicidade⁶⁰. Tais técnicas colocam o jovem consumidor em desvantagem por prejudicar a sua capacidade de discernir entre uma intenção pura de vender ou de entreter⁶¹.

Dúvidas surgem quanto à natureza dessa regulamentação, de como deve ser controlada a publicidade dirigida a menores. Grandes discussões são travadas pelos grupos denominados pela doutrina de “libertários” e “protecionistas” (BUNTER; FURNHAM, 2001, p.202). Os primeiros demonstram um desconforto perante qualquer tipo de censura, e consideram que é dever dos pais e dos professores proteger e educar para o consumo. Já os segundos afirmam-se pela necessidade de leis para a proteção dos destinatários da publicidade, e em especial as crianças e adolescentes, defendendo que é papel do Estado e de Instituições regulamentares emitir leis e regulamentos de proteção nesse sentido.

Outro ponto primordial da regulamentação é o produto anunciado, que estará diretamente interligado com o ato de consumo, seja antes, durante ou depois a compra. O produto atua como agente de socialização do consumo, e no que se refere aos menores, o consumo e todas as informações a ele inerentes devem ser regulamentados. Por essa razão se justifica o controle rigoroso da publicidade de bebidas alcoólicas, a proibição da publicidade de tabaco, e a atual discussão sobre a publicidade de produtos ricos em açúcares e com excesso de sódio, gordura e

⁶⁰ Na Espanha, uma empresa fabricante de cereais transmitia durante o intervalo do desenho animado “Flinstones” uma publicidade onde a personagem Barney aparecia comendo o cereal. 75% das crianças acreditavam que o comercial fazia parte do filme (CARVALHO, 2001). Em Portugal, de acordo com um estudo realizado pelo Observatório da Publicidade do Instituto do Consumidor em Outubro de 2001, somente “um em cada seis anúncios dirigido a menores (17,9%) não utiliza personagens, o que de acordo com os autores do estudo se justifica, pelo fato de a existência de personagens serem mais apelativa para os jovens. Constatou-se, também, que em cerca de dois terços dos anúncios (60,9%) só é utilizado um personagem, enquanto pai e mãe aparecem em igual percentagem (4,3%) na companhia de um filho, como personagens dos anúncios analisados” (INSTITUTO DO CONSUMIDOR, 2002).

⁶¹ É o que aparenta ser a atual estratégia da Mattel para aumentar a distribuição da boneca Barbie. Quando aparentemente ameaçada pelo surgimento de outras bonecas no mercado infantil, surgem os filmes da Barbie. São aproximadamente 15 filmes lançados onde a personagem principal é a boneca Barbie em enredos e cenários criados em computador que encantam qualquer menina. Junto com o sucesso dos filmes surgem no mercado as bonecas da Barbie que representam as personagens do filme: Barbie em forma de princesa, bailarina, fada, cantora, etc. O encantamento das meninas pelo mundo imaginário dos filmes auxilia na venda das bonecas. Durante intervalo comercial da transmissão dos filmes nos canais infantis, são difundidas as publicidades das bonecas, personagens dos filmes, criando uma verdadeira confusão na mente das crianças.

outros elementos que contribuem para a obesidade, que será objeto de uma análise específica na presente pesquisa.

Mesmo diante de crianças tão bem informadas pelo livre acesso à informação, que as fazem ser encaradas como consumidores sofisticados e complexos, a publicidade a elas dirigida pode ser bastante prejudicial à sua formação cultural, social e moral. Muitas das ideias desenvolvidas sobre os menores como consumidores, tanto pelos pais quanto pelas empresas estão incorretas. Apesar de o pequeno consumidor parecer estar bem informado, seletivo e certo de suas decisões, a criança deverá ser tratada, de uma maneira geral, no que se refere à lei civil, como ingênua, com entendimento limitado sobre as ações dos anunciantes e com domínio limitado da linguagem. Daí, justifica-se uma proteção especial destes sujeitos de direitos alvos de publicidade.

2.3.1 O controle da publicidade infantil na legislação de alguns países

A extensão das medidas legislativas controladoras das mensagens publicitárias dirigidas aos menores varia, consideravelmente, entre os diversos sistemas jurídicos internacionais⁶². Tais variações são influenciadas pelas diversidades econômicas, pelas culturas jurídicas de liberdades econômicas e de ofício, e pelas percepções sobre as influências da publicidade infantil na proteção da criança e da família e do seu impacto no desenvolvimento da criança e na sociedade em geral. Em meio a essa diversidade encontram-se princípios comuns, mas que podem assumir pesos diferentes. Referem-se ao grau de proteção aos menores no âmbito da regulamentação da atividade publicitária, definindo as circunstâncias em que ocorrerão as restrições.

⁶² O primeiro registro de regulamentação da oferta de bens a menores se encontra no Código de Hamurabi. Na primeira Dinastia Amorita da Babilônia, o Código de Hamurabi foi promulgado prevendo como crime punível com a morte a venda de qualquer produto a uma criança (SOARES, 2004, p.203).

A análise dos diversos sistemas jurídicos⁶³ demonstra que a intensidade das atividades de regular e fiscalizar a publicidade que envolve os menores varia bastante de acordo com a cultura de consumo e com o grau de envolvimento com o mercado de consumo de cada país, havendo aqueles em que há um forte controle dessas mensagens através de regulamentos rígidos e da intensa pressão por parte de associações de defesa dos consumidores, e aqueles onde a enraizada cultura de consumo impede qualquer limitação à oferta de bens de produção em massa. Nos Estados Unidos, por exemplo, o Marketing de bens destinados a crianças é praticamente considerado um direito constitucional fundamental já há algumas décadas⁶⁴ (SCHOR, 2006, p.44; LINN, 2006, p.191).

O que parece unânime é a afirmação de que o menor merece uma consideração especial no campo da publicidade, o que se conclui da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (JHUALLY, 1990, p. 46), ao estabelecer que ele deve ser “livre de exploração prejudicial a qualquer aspecto do seu bem-estar” e nos projetos político-legislativos da União Europeia⁶⁵.

Em 1937, a Câmara do Comércio Internacional – CCI (*International Chamber of Commerce - ICC*) editou e aprovou as diretrizes do Código Internacional da Prática

⁶³ Conforme já apresentado na introdução, o método de microcomparação utilizado na presente pesquisa buscou a aproximação de legislações estrangeiras que tratam do mesmo instituto jurídico comparável: o controle público da publicidade dirigida às crianças. Por essa razão foram descartados os sistemas jurídicos dos países latino americanos, com exceção do Brasil, onde não foi identificado tal instituto específico. A título de exemplo, nem o México (por sua Lei Federal de Proteção ao Consumidor, ou pela Lei Federal de Radio e Televisão), nem a Argentina, (que possui um marco normativo da Publicidade, composto pela Lei de Defesa do Consumidor, Lei de Lealdade Comercial, e pela Resolução da Publicidade de Bens e Serviços), e nem o Chile (que além de uma Lei do Consumidor, possui uma Lei sobre Abusos da Publicidade) regulamentaram de forma específica, mesmo que superficial, a publicidade infantil por meio de leis ordinárias. Na América-latina, o assunto é sempre tratado por meio de regras de autocontrole das entidades privadas mantidas por publicitários, o que não garante eficácia de tutela jurídica e, por isso, não serve para a presente comparação. Destacam neste estudo as legislações de alguns Estados-Membros da União Europeia que transpuseram de formas diversas as diretivas europeias sobre controle da publicidade, regulamentando distintamente a publicidade dirigida às crianças. Também foram alvo de comparação os sistemas jurídicos de alguns países de cultura jurídica anglo-saxã que souberam compatibilizar de forma eficiente o controle público e privado da publicidade, num eficaz sistema misto de controle da publicidade infantil.

⁶⁴ No Brasil, como será melhor apresentado no capítulo 4 da presente pesquisa, recentemente uma significativa doutrina também vem defendendo esta mesma ideia.

⁶⁵ Como exemplo, o programa para a proteção da infância na Internet, recomendado pelo ERICA (Pesquisas Europeias em Casos de Consumidores) para a proteção das crianças na Internet, adotado pelo Comitê Econômico e Social da UE, onde se lê na recomendação 4.7: “A União Europeia devia garantir que a atividade comercial em linha não se aproveita da impulsividade e inexperiência das crianças”.

Publicitária, que foi revisto no decorrer dos últimos 70 anos (CCI, 2008, p.6). Seus termos foram elaborados para adoção em códigos nacionais de autorregulamentação e continuam influenciando praticamente todas as normas de autocontrole da publicidade elaboradas pelas diversas entidades privadas de controle da atividade ao redor do globo. Quanto aos limites impostos à publicidade dirigida às crianças, pode-se afirmar que grande parte dos dispositivos das regras de autocontrole em vigor na maioria dos países possui previsões inspiradas no atual Código Consolidado da CCI sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial⁶⁶.

O Código Internacional estabelece alguns princípios básicos de cuidado nas comunicações comerciais direcionadas ao público infantil: a mensagem não deve comprometer as atitudes, o comportamento social e o estilo de vida das crianças, que devem ser necessariamente positivos; produtos não destinados às crianças não devem ser anunciados a este público; e o discurso da publicidade infantil deve ser apropriado a esta faixa etária. Estas premissas, estabelecidas no artigo 18 das Disposições Gerais do Código Internacional, se subdividem em três detalhados dispositivos que tratam do reconhecimento da inexperiência e credulidade da criança consumidora (com exigências acerca da transparência da mensagem publicitária e dos deveres de informação adequados à idade infantil), da prevenção de danos (buscando combater mensagens publicitárias que estimulem comportamentos perigosos) e dos valores sociais (cujas disposições buscam tutelar a criança contra estímulos ao consumismo e contra o uso de estratégias que afetam negativamente a família e a sua convivência social). O Código da Câmara de Comércio Internacional ainda trata da comunicação comercial para crianças em meios eletrônicos (art. D7).

Com relação ao controle público supranacional, merece especial destaque a legislação da União Europeia. No dia 3 de Outubro de 1989, o Conselho Europeu

⁶⁶ “O primeiro Código da C.C.I. sobre Práticas da Publicidade foi publicado em 1937, de forma a organizar um quadro globalmente aceite para uma criatividade e comunicação responsáveis. Desde então, este código geral tem sido regularmente actualizado e enriquecido com códigos distintos dedicados à promoção de vendas, patrocínios, marketing directo, meios electrónicos, publicidade ambiental assim como o estudo de mercado e venda directa. Uma série de orientações complementares resultam de linhas directrizes e de interpretações” (ICC, 2008, p. 6). Mais de 130 países possuem companhias e associações filiadas a ICC (MOBERGER, 2002, p.75).

aprovou a Diretiva⁶⁷ 89/552/CEE, denominada também por *Television Without Frontiers Directive – TWF* (Diretiva Televisão Sem Fronteiras), relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva. Um de seus objetivos foi harmonizar as regras da publicidade televisiva e impedir que as transmissões transfronteiriças desrespeitassem as leis nacionais. Ao considerar a necessidade de se prever normas para a proteção do desenvolvimento físico, mental e moral dos menores nos programas e na publicidade televisiva, a Diretiva prevê em seu artigo 16 que:

A publicidade televisiva não deve causar qualquer prejuízo moral ou físico aos menores, pelo que terá de respeitar os seguintes critérios para a proteção desses mesmos menores:

- a) Não deve incitar diretamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, à compra de um determinado produto ou serviço;
- b) Não deve incitar diretamente os menores a persuadir os seus pais ou terceiros a comprar os produtos ou serviços em questão;
- c) Não deve explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, professores ou noutras pessoas;
- d) Não deve, sem motivo, apresentar menores em situação de perigo.

Por sua vez o artigo 22º estabelece que:

Os Estados-membros tomarão as medidas apropriadas para assegurar que as emissões dos organismos de radiodifusão televisiva sob a sua jurisdição não incluam programas susceptíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores, nomeadamente programas que incluam cenas de pornografia ou de violência gratuita. Esta disposição aplica-se a todos os programas que sejam susceptíveis de prejudicar o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores, exceto se, pela escolha da hora de emissão ou por quaisquer medidas técnicas, se assegurar que os menores que se encontrem no respectivo campo de difusão não vejam ou ouçam normalmente essas emissões.

⁶⁷De acordo com o artigo 189 do Tratado da União Europeia, “para o desempenho das suas atribuições e nos termos do presente Tratado, o Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adoptam regulamentos e directivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres. [...] A directiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”. Neste sentido, após a adoção de uma diretiva pelo Parlamento Europeu, cada país membro destinatário escolhe a forma em que a norma será transposta ao ordenamento jurídico nacional. A 89/552/CEE não se opõe a uma disposição nacional que prevê regras mais estritas para emissoras de televisão, estabelecidas no território do mesmo Estado-Membro, o que permite a verificação de diferentes níveis de rigor no controle da publicidade de cada Estado-Membro.

Tanto a diretiva europeia quanto o código internacional da câmara de comércio internacional combinam, na maior parte dos seus termos, o que demonstra que, ao menos no âmbito do direito internacional, o controle público e privado se encontram em sintonia. Ambas as normas reconhecem como lesivas as formas em que as mensagens publicitárias violam o desenvolvimento social saudável da criança e a autonomia da sua vontade. E, na concepção de ambos os tratados, optou-se pelo uso de exemplos de estratégias publicitárias que são proibidas pelo abuso da credulidade e inexperiência da criança consumidora.

Os dois primeiros exemplos do artigo 16 da referida diretiva europeia resumem as estratégias básicas da atividade publicitária voltada ao público infantil: dirigir-se diretamente à criança no aproveitamento de sua condição especial de desenvolvimento cognitivo e da sua personalidade e estimulá-la a dirigir-se aos seus pais com apelos de compra, mais conhecida como “fator amolação”. É o que também estabelece, em outros termos, o código internacional de autorregulamentação. Ambas as estratégias mercadológicas serão objeto de análise mais profunda, no que diz respeito aos seus efeitos psicológicos e jurídicos, no capítulo 3 do presente estudo. Todavia, desde já, ressalta-se a preocupação do legislador europeu com a proteção da liberdade plena da criança e da sua família na sociedade de consumo, afetadas por estas práticas publicitárias.

O que importa no presente momento é a verificação de que as normas internacionais reconhecem como premissa inicial de seu controle que a publicidade é ilícita quando se aproveita da inexperiência e da credulidade da criança. Em seguida, detalham este conceito em diversos exemplos de mensagens e discursos proibidos.

O tratamento dado pelo direito brasileiro, quando comparado à diretiva europeia, em especial cujos dispositivos foram transpostos para os países membros de forma mais ou menos rigorosa, se apresenta muito mais superficial, já que o código brasileiro de defesa do consumidor, como será visto no tópico seguinte, proíbe apenas a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e da inexperiência da criança. Esta mesma disposição na legislação europeia (art. 16, “a”:

explorar sua inexperiência e credulidade) é apenas pressuposto do controle deste tipo de publicidade que se ramifica em vários outros dispositivos, dando à norma europeia muito mais eficácia em razão da especialidade dos seus dispositivos.

Neste sentido, as legislações nacionais dos estados membros da união europeia que transpuseram a Diretiva Televisão Sem Fronteiras e as de outros países que, mesmo não sendo membros, se influenciaram na norma comunitária apresentam um controle público da publicidade dirigida às crianças muito mais claro e eficaz do que o presente no ordenamento brasileiro.

Em Portugal, foi a partir de Março de 1987 que se despertou o debate sobre o impacto da publicidade na formação das crianças e adolescentes quando foram elaboradas recomendações sobre os “os menores e a publicidade” pelo Conselho da Publicidade⁶⁸ e posteriormente em Julho de 1988. De acordo com essas recomendações, no âmbito das publicidades dirigidas aos menores, deveriam ser observadas “a não exploração da credulidade dos menores; a não criação de frustrações, ou o encorajamento de atitudes estereotipadas; os princípios básicos da alimentação racional ou da saúde e segurança dos jovens consumidores” (SIMÃO JOSÉ, 1995, p.115).

Mas desde 1980 o legislador português volta sua atenção ao menor no campo da publicidade, o que se verifica através do artigo 23º do revogado Decreto-Lei nº 421/80, de 30 de Setembro.

O Código da Publicidade – Decreto-Lei nº 330/90, de 23 de Outubro, que transpôs ao ordenamento português a Diretiva Europeia 89/552/CEE, protege o menor tanto como destinatário (artigo 14º, nº 1) como interveniente (artigo 14º, nº 2) da mensagem publicitária. Na primeira situação prevê o Código Português que:

- 1 - A publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se, nomeadamente, de:
- a) Incitar diretamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, adquirir um determinado bem ou serviço;

⁶⁸ Criado pelo Decreto-Lei nº 421/80, e hoje já extinto.

- b) Incitar diretamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão;
- c) Conter elementos susceptíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência;
- d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores.

Salienta-se a alteração do Código da Publicidade Português realizada através do Decreto-Lei nº. 275/98, de 9 de Setembro⁶⁹ que alargou o âmbito da alínea "c" do citado artigo, levando em consideração na publicidade os elementos que ponham em causa a saúde do menor ou em que haja cenas de pornografia.

Verificam-se na lei portuguesa as preocupações do legislador com a imaturidade e ingenuidade dos menores; com os conflitos familiares gerados pelos insistentes apelos de compra dos menores aos pais e com a proteção da confiança existente entre ambos; e com as imagens e mensagens que poderão influenciar no comportamento e na formação cultural e moral desse público consumidor⁷⁰.

O legislador espanhol, por sua vez, ao transpor a Diretiva Europeia Televisão Sem Fronteiras para o ordenamento jurídico da Espanha, incluiu alguns elementos de proteção da criança em face da publicidade a ela dirigida, inexistentes na lei portuguesa. A Lei Espanhola 25/1994, posteriormente alterada pela Lei 22/1999 estabelece em seu artigo 16 (além do que também já prevê o código de Portugal) que: (d) no caso de publicidade ou de televenda de brinquedos, estas não poderão induzir as crianças a erro sobre suas características, segurança, nem sobre a capacidade e atitudes necessárias na criança para utilizar os brinquedos anunciados sem produzir danos a si próprios ou a terceiros; (e) a publicidade ou a televenda

⁶⁹ O diploma sofreu 12 alterações, sendo que a última trouxe avanços significativos quanto ao controle da publicidade de alimentos e bebidas geradores da obesidade infantil. Sobre a *lege ferenda* portuguesa, os comentários do nosso Professor Mario Frota, presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo, em sua obra publicada no Brasil sob o título *A Publicidade Infanto-Juvenil – perversões e perspectivas*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2006, p.80 a 86.

⁷⁰ A legislação francesa que transpôs a referida Diretiva Europeia apresenta conteúdo muito semelhante ao Código da Publicidade Português (Décret no 92-280 de 1992, art. 7º: “*La publicité ne doit pas porter préjudice aux mineurs. A cette fin, elle ne doit pas: 1º Inciter directement les mineurs à l’achat d’un produit ou d’un service en exploitant leur inexpérience ou leur crédulité; 2º Inciter directement les mineurs à persuader leurs parents ou des tiers d’acheter les produits ou les services concernés; 3º Exploiter ou altérer la confiance particulière que les mineurs ont dans leurs parents, leurs enseignants ou d’autres personnes; 4º Présenter sans motif légitime des mineurs en situation dangereuse*”).

dirigida a menores deverá transmitir uma imagem igualitária, plural e não estereotipada de homens e mulheres⁷¹.

Mesmo com dispositivos muito mais bem trabalhados do que o que ocorre com a legislação brasileira, garantindo melhor complexidade do instituto de controle público da publicidade infantil espanhol em relação ao brasileiro, na Espanha também se perpetua intensa reclamação entre as associações de defesa dos consumidores e as entidades públicas de defesa das crianças com relação à eficácia da Lei 25/1994. Esta movimentação das organizações civis e públicas exige do Poder Público espanhol medidas efetivas que incrementem a proteção já consagrada pela referida legislação⁷² (GONZÁLEZ, 2005, p.63).

Alguns países impõem limites sobre a publicidade dirigida aos menores, utilizando critérios de idade. Reconhecem que, de acordo com a idade do ser humano, sua capacidade de perceber a publicidade pode variar. Quanto mais jovem, mais difícil distinguir entre um programa televisivo e uma mensagem publicitária. Para muitos autores (SOARES, 2002, p.200; BUNTER e FURNHAM, 2001, p.198; e ALVES, 2001, p.302), é a partir dos doze anos de idade que o indivíduo se torna capaz de identificar a publicidade e as suas intenções. Nesse sentido, algumas regulamentações demonstram uma preocupação dos seus países em impedir que as técnicas publicitárias causem confusão entre programas infanto-juvenis e a publicidade, reconhecendo que é muito tênue o limite entre ambos, e limitando a faixa etária do destinatário da publicidade.

A Suécia⁷³ e a Noruega (CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.65) adotaram as medidas mais rigorosas da Europa no controle da publicidade infantil e proibiram qualquer anúncio comercial destinado a consumidores abaixo de 12 anos de idade.

⁷¹ Disponível em: <<http://www.auc.es/Documentos/Legislacion/Ley>>. Acesso em: 18 jul. 2008.

⁷² Desde 2004, os anunciantes, publicitários e veículos de comunicação espanhóis contam com um serviço criado por um acordo entre o Ministério da Indústria Espanhol e a Associação para a Autorregulamentação da Comunicação Comercial da Espanha, por meio do qual podem consultar a adequação legal e ética dos seus anúncios antes da emissão. De acordo com Norminanda Vilar (2007, p.80) a publicidade infantil foi a mais vigiada pelo sistema e seus anunciantes e criadores foram instados a modificar seus conteúdos.

⁷³ Seção 4 do Capítulo 7 da Lei de Rádio e Televisão da Suécia (Swedish Radio and Television Act). Disponível em: <http://www.rtvv.se/_upload/Publikationer/Radio>. Acesso em: 16 jul. 2008.

Na Inglaterra, o público consumidor menor de idade que merece proteção especial é aquele com idade igual ou inferior a 15 anos (OFCOM, 2009, p.8), e na Irlanda o conceito de criança e jovem é flexível, devendo ser analisado caso a caso de acordo com o produto anunciado e o público-alvo de interesse da mensagem publicitária (FROTA, 2006, p.52 – 56).

A província de Quebec, que ficou de fora da lei da publicidade do Canadá, proíbe a publicidade destinada a crianças menores de 13 anos de idade, por meio do *Quebec Consumer Protection Act* (MOMBERGER, 2002, p. 86), enquanto as demais regiões do Canadá permitem, porém controlam rigorosamente, a publicidade dirigida aos menores de 12 anos, a partir de um sistema misto de controle da publicidade em que as entidades públicas de controle se guiam pelas regras implementadas pelas entidades de autorregulamentação⁷⁴.

Ao reconhecer que é bastante prejudicial ao consumidor infantil a confusão que se faz entre a publicidade e os programas televisivos, alguns sistemas jurídicos impedem essa associação. Na região flamenca da Bélgica é proibida a publicidade infantil e qualquer anúncio publicitário durante os cinco minutos que antecedem programas infantis; na Alemanha, os programas infantis não podem ser interrompidos por publicidade, enquanto que na Dinamarca proíbe-se a interrupção dos programas infantis por anúncios publicitários, ainda que cinco minutos antes ou depois do programa (CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.64-66).

Na Grécia, é ilícita qualquer publicidade televisiva sobre brinquedos entre as 7 horas e as 22 horas (FROTA, 2006, p.51), horários em que há audiência dos menores e que, comumente, não estão sob a guarda dos pais. O Canadá, de uma forma mais permissiva, também regula a publicidade dirigida às crianças durante o horário da programação televisiva infantil, limitando a quantidade de publicidades de um determinado produto a uma vez a cada meia hora, não podendo cada uma dessas publicidades exceder o tempo de quatro minutos.

⁷⁴ The Broadcast Code for Advertising to Children (CANADIAN ASSOCIATION OF BROADCASTERS, 2007, p.3)

A segunda parte do artigo 14 do Código da Publicidade Português se refere ao envolvimento do menor como interveniente da publicidade ao estabelecer que: “2 - os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação direta entre eles e o produto ou serviço veiculado”. Assim, a lei determina quando o menor atuará como personagem da publicidade, não sendo permitida a sua utilização como ator quando os produtos ou serviços anunciados não devam ser colocados à disposição de seu consumo, pelas suas características, qualidades, natureza ou utilização.

Na França, a utilização de imagem de pessoas menores de 16 anos com fins publicitários é altamente controlada (JHUALLY, 1990, p.89). Utilizando as designações “criança” e “adolescente”, a legislação francesa coincide, em parte, com a legislação portuguesa, porém abrange algumas questões mais específicas ao delimitar as razões que podem levar o publicitário a utilizar menores em sua campanha. Além da obrigatoriedade de somente se utilizar crianças e adolescentes como intervenientes em mensagens publicitárias que tenham relação direta com produtos destinados a esse público, a legislação francesa incide, também, sobre o conteúdo dos diálogos, que devem ser naturais e situarem-se num contexto familiar.

O controle privado possui uma especial importância em alguns países de cultura anglo-saxã, como na Austrália, onde os menores têm seu interesse como consumidores e seu desenvolvimento cultural protegidos, nomeadamente, contra a publicidade televisiva, a partir de um sistema misto e eficiente de controle da publicidade através do *Children's Television Standards*⁷⁵ do órgão de Governo *Australian Communication and Media Authority* e do *Code for Advertising & Marketing Communication to Children*⁷⁶ da entidade de autocontrole privado *Advertising Standard Bureau*. Ao permitir a publicidade dirigida às crianças, a combinação de legislações pública e privada da Austrália cuidam para que a credulidade e inocência das crianças sejam protegidas a partir do controle do conteúdo das mensagens publicitárias e, principalmente, determinando as condições que o discurso comercial será transmitido para este público sob princípios de transparência, clareza, verdade.

⁷⁵ Disponível em: <<http://www.acma.gov.au>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

⁷⁶ Disponível em: <<http://www.adstandards.com.au>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

O teor da regulamentação Australiana é também semelhante ao do sistema vigente no Reino Unido, que regula a atividade publicitária, minimizando os seus efeitos negativos sobre as crianças e os adolescentes, a partir de sistemas paralelos de regulamentação⁷⁷. As normas britânicas recomendam que a mensagem publicitária não deva incitar o público infanto-juvenil a conversar com estranhos e nem se deslocar a locais desconhecidos (artigo 7.3.4 – *Vulnerability, TV Advertising Standards Code*). O consumidor protegido pela legislação britânica, devido à sua vulnerabilidade como criança, é aquele com idade igual ou inferior a 15 anos, podendo ser as normas aplicadas em favor de qualquer outro público consumidor acima dessa idade que, devido à sua vulnerabilidade, devam ser protegidos⁷⁸.

Além de outros vários elementos que não podem estar contidos em mensagens publicitárias britânicas, em proteção aos menores, é possível destacar o previsto no artigo 7.2.2 do TV ASC e 11.4 do *Radio Advertising Standards Code*. De acordo com este artigo, a propaganda não deve induzir a criança a pensar que é inferior à outra, ou diminuir alguém, pelo fato de ela ou sua família não usarem o produto ou serviço anunciado. Já os artigos 7.1.4 e 7.1.5 do TV ASC e 11.2 do Radio ASC determinam que quando se tratar de um produto caro⁷⁹ o anúncio deve conter o preço e, se este for informado, não poderão ser utilizadas as expressões “apenas” ou “somente”. A linguagem da mensagem publicitária deve levar em consideração o nível de experiência normalmente esperado de um grupo de pessoas da idade do consumidor destinatário da mensagem (art. 7.1.2, TV ASC). Não devem ser utilizadas expressões vagas e ambíguas. Dessa forma, o Código evita expectativas

⁷⁷ O controle da Publicidade na Inglaterra é realizado por um sistema misto muito bem “entrosado”. O *Office of Communication* é a entidade independente de caráter público competente para a realização das políticas gerais de controle da publicidade, e aplicação das normas britânicas que transpõem as Diretivas Europeias reguladoras dos meios de comunicação de massa. É competência do OFCOM realizar o controle sobre a quantidade, distribuição, programação e apresentação da publicidade nos meios de comunicação britânicos (cujas regras estão compiladas no *Ofcom Code*). Mas o controle sobre o conteúdo dos anúncios publicitários é de responsabilidade da Advertising Standards Authority (por meio do seu *TV Advertising Standards Code* e *Radio Advertising Standards Code*) entidade independente de caráter privado. Ambos os sistemas de controle, público e privado, convivem em harmonia no ordenamento jurídico inglês (OFCOM. *Rules on the amount and distribution of advertising*. Disponível em: <<http://www.ofcom.org.uk/tv>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

⁷⁸ Comentários iniciais (*Background* nº 1 e 2) à secção 7 do *TV Advertising Standards Code* combinado com o *OFCOM Code*.

⁷⁹ Os comentários ao Código informam que um brinquedo é caro quando seu preço for acima de £25 (http://www.asa.org.uk/asa/codes/tv_code/tv_codes/Section+7+++Children.htm).

irreais geradas nesses consumidores. Entretanto, não parece necessária a observância dessa premissa, caso a publicidade seja transmitida nas condições em que as crianças estejam sob a observação dos seus responsáveis, como por exemplo, a publicidade de um vídeo-game durante a programação transmitida em horário avançado da noite.

Não só com a linguagem devem ser observados certos cuidados por parte dos publicitários britânicos, mas também com as cenas e imagens transmitidas durante a publicidade. Ao considerar que as crianças possuem extrema dificuldade com a distinção entre cenas reais de demonstração do produto e situações imaginárias interpretadas, os anunciantes devem tornar bem clara essa distinção, em respeito ao artigo mencionado, adotando os devidos cuidados com os ângulos de filmagem e com as cenas criadas em computador ou em técnicas de montagens e cortes rápidos das cenas que podem confundir a mente infantil⁸⁰.

Em semelhança à alínea “b” do nº 1 do artigo 14 do Código da Publicidade português, o *TV Advertising Standards Code* da Inglaterra prevê em seu artigo 7.2.1 que as publicidades não devem recomendar ou pedir que as crianças comprem ou peçaem seus pais ou outros para comprar, evitando assim, o surgimento de conflitos familiares pelos insistentes apelos dos mais jovens. Com o mesmo teor, o artigo 11.5 do *Radio Advertising Standards Code*, acrescenta o exemplo de expressões proibidas como “ask dad” ou “ask mom” (“peça à mamãe” ou “peça ao papai”). Assim, como toda norma de autorregulamentação acerca do assunto, os Códigos britânicos determinam que as mensagens publicitárias não poderão apresentar

⁸⁰ Como exemplo, temos a publicidade de bonecos de guerra em que comumente o boneco é apresentado em sua forma real nas mãos das crianças e, na sequência, surge o mesmo boneco como personagem de desenho animado. Tal mensagem pode suscitar na mente infantil que o brinquedo se movimenta ou fala por si só, ou pode iludir o consumidor sobre o tamanho e demais características físicas do produto. O mesmo ocorre nos comerciais de carros de controle remoto, em que a forma em que são realizadas as filmagens ou fotografias pode induzir o consumidor a acreditar que o brinquedo é muito mais veloz do que na realidade. Ou ainda, quanto aos brinquedos e “kits” de construção e montagem para os quais devem os publicitários cuidar para que os menores percebam que eles deverão montar os brinquedos que aparecem como exemplo, mostrando, caso necessário, as peças separadas sem a sua intervenção ou como se faz para montá-los.

situações que induzam os menores a colocar em risco a sua própria segurança e saúde ou a de outros menores⁸¹.

Os códigos britânicos trazem a proibição do uso publicitário de um elemento muito característico da cultura juvenil britânica e presente ainda mais na cultura norte-americana: o *bullying*. O *bullying*, que não possui tradução para o português, pode ser entendido como “todas as formas de atitudes agressivas, intencionais e repetidas, que ocorrem sem motivação evidente, adotadas por um ou mais estudantes contra outro(s), causando dor e angústia, e executadas dentro de uma relação desigual de poder”⁸². Trata-se de um novo fenômeno social existente entre os adolescentes, que esteve sempre presente na cultura Norte-Americana (onde também sempre esteve presente a figura do aluno “mais popular”), no qual os atos repetidos entre estudantes e o desequilíbrio de poder são as características essenciais, que tornam possível a intimidação da vítima, ou seja, o jovem mais inocente e fraco. São atitudes de exclusão do grupo, intimidação, isolamento, perseguição e até mesmo maus tratos físicos entre colegas.

Assim, o artigo 7.3.3 do Código de Padrões da Publicidade Televisiva da Inglaterra, determina que a mensagem publicitária não poderá incentivar nem justificar o *bullying*. Como exemplo, a publicidade não poderá mostrar imagens de crianças sendo menosprezadas ou rejeitadas por seus colegas por não usar o produto anunciado.

No que tange a utilização de menores nas mensagens publicitárias, também somente é permitido no Reino Unido que os menores sejam intervenientes em mensagens publicitárias sobre produtos ou serviços que sejam de interesse de consumidores de sua idade, conforme artigo 7.2.3 do TV ASC.

⁸¹ Como exemplo, o anúncio inglês que teve sua divulgação proibida por apresentar um bebê dormindo sobre uma máquina de lavar roupas no intuito de atestar o reduzido barulho produzido pelo produto (SOARES, 2004, p.211).

⁸² Conceito dado pela ABRAPIA – Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Criança e ao Adolescente, no Programa de Redução de Comportamentos Agressivos entre Estudantes, em parceria com a Petrobrás, que pode ser lido em <http://www.bullying.com.br>.

Em Dezembro de 2001, preocupado com o aumento progressivo do Marketing agressivo orientado para a conquista do mercado infanto-juvenil, e ao mesmo tempo, preocupado com o modo como estas restrições reduzem as receitas provenientes de patrocínio e de publicidade em programas para crianças, o Governo Dinamarquês, através de seu *Consumer Ombudsman*, propôs uma linha de orientação ao mercado publicitário, denominada “Crianças, Jovens e Práticas de Marketing” (SOARES, 2004, p.212 a 214).

Em Portugal, nos locais frequentados pelos menores de idade como instituições de ensino, centro de atividades para jovens e centros esportivos e culturais, assim como na Dinamarca, também devem ser observados os princípios de proteção a esse público consumidor, não podendo haver, nesses locais, divulgação de materiais pornográficos, tabaco ou bebida alcoólica, conforme estabelecem os artigos 17, nº 5 e 20 do Código da Publicidade.

No Canadá, o Código de Emissões de Publicidade para Crianças foi elaborado a partir de um trabalho em conjunto da Fundação para a Publicidade Canadense e a Associação de Radiofusores em 1993 (SOARES, 2004, p.215).

O Governo dos Estados Unidos da América, sempre lembrado pela excessiva liberdade de seus publicitários e pelas demais garantias legais fornecidas aos anunciantes, que gera a força do marketing das empresas americanas e milhões de dólares gastos com as campanhas publicitárias, tem sofrido uma grande pressão por parte de associações de pais e defensores dos direitos das crianças pela permissividade das suas regras de controle.

Assim, em 1990, foi promulgado o *Children's Television Act* (MAXEINER, p.125), que inovou ao limitar o período total de duração dos anúncios televisivos em 10,5 minutos por cada hora de programação aos finais de semana e em 12 minutos durante a semana. Suas disposições resultam insuficientes, e o Governo Estadunidense sofre grande pressão de organizações civis como a *Stop the Commercial Exploitation to Children – SCEC*, que contam com mais de 30 instituições associadas, e signatárias da Declaração de Direitos dos Pais, por meio

da qual demandam a proibição total da publicidade dirigida às crianças (VILAR, 2007, p.81).

A atividade publicitária, nos Estados Unidos, possui uma autorregulamentação específica para a publicidade dirigida a menores, que se faz por meio da *Self Regulatory Guidelines for Children's Advertising*⁸³ com princípios bastante comuns aos regulamentos internacionais sobre o assunto como proteção à imaturidade, credulidade e falta de conhecimento das crianças, contra o uso de linguagens inapropriadas para a compreensão infantil, contra as situações de risco causadas pelos anúncios e contra apelos sexuais e incentivos à violência. Além disso, a publicidade dirigida às crianças deve divulgar valores fundamentais como a amizade, honestidade, justiça e generosidade; deve evitar os estereótipos sociais e contemplar os grupos minoritários; e deve contribuir para um reforço nas relações entre pais e filhos.

Este controle privado da publicidade infantil nos Estados Unidos se realiza pela *Children's Advertising Review Unit* (CARU), uma entidade de autorregulamentação, que se afirma nos objetivos de cuidar para uma publicidade responsável para crianças. A CARU é administrada pelo *Council of Better Business Bureaus* (CBBB) e fundada por membros da indústria de publicidade infantil⁸⁴. A cultura liberalista do Direito Norte-Americano e a concentração neste país das grandes indústrias multinacionais de produtos infantis parecem ser os grandes obstáculos à adoção de medidas mais eficazes pelos organismos públicos e à elaboração de leis restritivas, tornando ineficientes as medidas adotadas naquele país, tanto no âmbito público quanto privado. A lógica liberal e capitalista dos Estados Unidos, que legitima a defesa do direito de fazer publicidade como um direito fundamental de liberdade de expressão comercial, impede a intervenção do Estado no controle da publicidade dirigida às crianças.

⁸³ Disponível em: <<http://www.caru.org>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

⁸⁴ A percepção que a CARU tem sobre a publicidade infantil é: "*CARU's self-regulatory program sets high standards for the industry to assure that advertising directed to children is not deceptive, unfair or inappropriate for its intended audience. The standards take into account the special vulnerabilities of children, e.g., their inexperience, immaturity, susceptibility to being misled or unduly influenced, and their lack of cognitive skills needed to evaluate the credibility of advertising*" (Self-Regulatory Program for Children's Advertising, p.3, disponível em: <<http://www.caru.org>>. Acesso em: 12 ago. 2009).

Por sua vez, as entidades privadas de autorregulamentação, sempre mantidas pelos próprios publicitários e industriários, não são capazes de se esquivarem dos interesses maiores dos seus mantenedores: os lucros com a venda dos produtos anunciados a partir da liberdade absoluta da publicidade. Neste sentido, o controle privado como único sistema de controle da publicidade não tem a mesma eficácia que o controle público ou misto.

Os Estados Unidos e os Estados-Membros da Comunidade Europeia sofrem uma forte pressão por parte da Suécia que deseja convencê-los a banir a publicidade dirigida a menores. Na Suécia, onde durante mais de três décadas havia apenas dois canais estatais de televisão financiados através de taxas pagas pelos telespectadores (BULGARELLI, 1985, p.89), desde 1991 a publicidade dirigida ao público consumidor com idade igual ou inferior a 12 anos é totalmente proibida.

Nos canais estatais da Suécia, a programação comercial era totalmente proibida. Entretanto, na década de 80, as famílias passaram a receber a transmissão por satélite de canais de outros países que incluíam publicidade. Em consequência disso, surgiram legislações que regulavam a transmissão de canais de televisão com a legalização da publicidade. Contudo, a publicidade dirigida a menores de 12 anos continuou totalmente proibida, com base na Lei de Radiodifusão, sob o argumento de que,

[...] ao contrário dos adultos, as crianças são incapazes de distinguir um anúncio publicitário de um programa; as mensagens publicitárias não devem, por isso, atingir jovens que não entendem o que vêem e o que ouvem; somente quando as crianças chegam à idade em que compreendem os objetos escondidos da publicidade é que devem ser expostas a estas mensagens, as quais devem obedecer a regras éticas estabelecidas pelos próprios profissionais⁸⁵.

A seção 4 do Capítulo 7 da Lei de Rádio e Televisão da Suécia (Swedish Radio and Television Act) estabelece a proibição da seguinte forma:

⁸⁵ Marita Ulvskog, ministra sueca da Cultura em entrevista ao Diário de Notícias (disponível em: <<http://www.truca.pt/>>, reportagem de Cátia Almeida, acesso em: 15 jul. 2008). No mesmo sentido, o Diretor Geral da Agência Sueca de Consumidores, Axel Edling, em discurso na conferência de 23 de Novembro de 1999 em Londres sobre “Publicidade Televisiva e Crianças” (Disponível em: <<http://lists.essential.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2008).

A publicidade comercial em um programa de televisão não pode ser concebida para atrair a atenção das crianças com menos de 12 anos de idade. Indivíduos ou personagens que desempenham um papel proeminente em programas que visam essencialmente a crianças menores de 12 anos de idade não podem aparecer em propaganda comercial em um programa de televisão (tradução nossa⁸⁶).

Na Seção 7b do mesmo capítulo se estabelece que:

Não obstante o disposto no ponto 7 e Seção 7, serviços religiosos ou de programas, destinado principalmente a crianças menores de 12 anos de idade não podem ser interrompidos por publicidade (tradução nossa⁸⁷).

Em vários seminários realizados entre os países da União Europeia⁸⁸ e os representantes do Governo Sueco tentam, em vão, convencer os demais países do bloco a adotar o mesmo rigor de sua legislação. Apesar do estudo apresentado pelo Conselho Nacional de Políticas do Consumo, que concluiu que é apenas a partir dos 12 anos que as crianças desenvolvem a capacidade de entender totalmente os objetivos da publicidade, sendo esse um requisito essencial para o desenvolvimento da atitude crítica em relação a ela, os argumentos da Suécia são sempre ignorados. Os demais Estados não acreditam na demonstração que essa interdição da legislação sueca parte de fatos cientificamente comprováveis. Além disso, levam em consideração a liberdade do comércio ao permitir em seus ordenamentos jurídicos a publicidade dirigida a menores.

Da análise dos exemplos de tratamento dado à publicidade infantil pelas legislações estrangeiras percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, como será visto, no que diz respeito à objetividade do dispositivo do Código de Defesa do Consumidor

⁸⁶ Tradução nossa para “*Commercial advertising in a television broadcast may not be designed to attract the attention of children less than 12 years of age. Individuals or characters who play a prominent role in programmes which are primarily aimed at children under 12 years of age may not appear in commercial advertising in a television broadcast*”. Disponível em: <http://www.rtvv.se/_upload/Publikationer/Radio>. Acesso em: 16 jul. 2008.

⁸⁷ Tradução nossa para “*Notwithstanding the provisions of Section 7 and Section 7a, religious services or programmes primarily aimed at children under 12 years of age may not be interrupted by advertising*”. Disponível em: <http://www.rtvv.se/_upload/Publikationer>. Acesso em: 16 jul. 2008.

⁸⁸ Como, por exemplo, o Seminário “*A infância e a juventude e os novos media*”, realizado em Estocolmo em Fevereiro de 2002, em que o tema foi definido como uma das áreas prioritárias da presidência da UE pela Suécia, sendo a sua posição temida por profissionais da maioria dos demais Estados membros. Naquela ocasião, nenhum país demonstrou apoio aos suecos e apenas a Grécia se mostrou simpatizante às suas ideias (Associação Portuguesa de Imprensa. *Comissão Europeia enterra projecto sueco de proibição de publicidade infantil*. Disponível em: <http://www.aind.pt/meios2001/crevmarco/comissao_europeia.html>. Acesso em: 15 jul. 2008).

que trata do assunto, não é suficiente para a garantia de uma segurança jurídica do assunto ou de uma eficácia na proteção dos direitos da criança na sociedade de consumo. Neste sentido, o estudo da publicidade dirigida às crianças por técnicas de direito comparado tem estado presente em boa parte das obras que tratam do assunto⁸⁹. O estudo do tema pelo direito comparado tem servido para políticas legislativas em busca de uma maior uniformização internacional do controle da publicidade infantil, momento em que se insere o contexto brasileiro de discussão para adoção de novas regras mais complexas para a proteção das crianças em face da publicidade de produtos e serviços.

2.3.2 O sistema legal brasileiro de controle da publicidade infantil

A Lei 8078/90, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, faz pouca consideração à proteção do menor contra a “publicidade abusiva”, prevendo apenas no § 2º do artigo 37 que um dos exemplos desse tipo de publicidade é aquele que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança. Considerou o legislador brasileiro que a criança faz parte do público consumidor hipossuficiente. Hipossuficientes são “certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da periferia” que merecem uma proteção especial por sua condição “físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial” (BENJAMIM, 2001, p.303). A criança, por sua vulnerabilidade exacerbada, mereceu proteção especial no CDC brasileiro. Entretanto, muito vaga é essa proteção, se comparada às normas estrangeiras analisadas anteriormente.

No âmbito do controle privado, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária faz várias referências à proteção do menor diante de mensagens publicitárias a ele dirigidas. Além da sua falta de eficácia geral, considerando que apenas se submetem às regras do CONAR as entidades que a ela se filiam, da análise de suas previsões verifica-se que, apesar das constantes atualizações, esse diploma é demasiadamente permissivo.

⁸⁹ HENRIQUES, 2006, p.174-187; CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.64-67; MOMBERGER, 2003, p. 75-141; FROTA, 2006, p. 49-59; VILAR, 2007, p.79-100.

A análise do código de autorregulamentação brasileiro permite que sejam compreendidas as percepções do próprio mercado publicitário acerca dos impactos da publicidade dirigida às crianças. Como as demais legislações estrangeiras acerca do assunto, o Código de autorregulamentação brasileiro condena mensagens publicitárias que desmereçam valores sociais universais; provoque deliberadamente qualquer tipo de discriminação; associe crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis; imponham a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade; incentivem situações de constrangimento aos pais, responsáveis ou terceiros, com o propósito de impingir o consumo; induza a acreditar que produto conte com características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares; utilize situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo (artigo 37, I e alíneas).

Ao regulamentar a publicidade infanto-juvenil, o código de autorregulamentação reconheceu duas classes de publicidades potencialmente danosas aos menores: as publicidades de produtos distribuídos diretamente ao público infantil (artigo 37, II) e a publicidade de qualquer produto ou serviço de público alvo indistinto, cuja oferta publicitária alcance também os menores (art. 37, I).

Ao tratar do uso de menores em publicidades, o referido diploma desestimula “empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo” para ao final admitir, entretanto, “a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto” (artigo 37 alínea “f”). Da análise desse dispositivo, podemos concluir que jovens e crianças brasileiras podem ser intervenientes em anúncios de qualquer produto, inclusive aqueles não destinados ao seu consumo exclusivo, o que de certa forma, abusa da figura inocente, pura e ingênua da criança. Por mais cuidadosa e bem intencionada que seja a publicidade, o uso de menores em propagandas de produtos e serviços destinados a adultos poderia ser explicitamente condenado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária ou pelo Código de Defesa do Consumidor.

Até Outubro de 2003, aos olhos do CONAR, menores poderiam participar até mesmo em anúncios de bebidas alcoólicas conforme previa o item 1 do Anexo A (“desde que sua presença seja natural e espontânea e que fique claro que não esteja bebendo”). Atualmente, o Anexo A do referido diploma, um pouco mais rigoroso na sua versão de 10 de Abril de 2008, prevê, no seu item 2, que “crianças e adolescentes não devem figurar, de qualquer forma, em anúncios; qualquer pessoa que neles apareça deverá ser e parecer maior de 25 anos de idade”. A única publicidade onde já era totalmente proibida a presença de menores como atores é a que anunciava armas de fogo (Anexo S, item 2, alínea “d”). Ainda assim, a análise dos dispositivos da legislação do CONAR justifica a afirmação de que o Código de Autorregulamentação brasileiro é ainda bastante permissivo se comparado ao de outros países.

2.3.3 Propostas recentes para ampliação do controle da publicidade dirigida à criança no Brasil

Apenas no ano de 2008, a atividade publicitária se viu ameaçada por quatro grandes iniciativas da sociedade civil e do Poder Público: a decisão da Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA em realizar consulta pública para aprovar resolução que limitará as publicidades de alimentos potencialmente prejudiciais à saúde em prol da proteção da criança e do combate à obesidade infantil; a aprovação pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados Federais do Projeto de Lei nº 5921/2001, que determina a proibição completa de publicidades dirigidas ao público com idade inferior a 12 anos e apresenta restrições para as direcionadas aos adolescentes; as restrições recém aprovadas pelo CONAR sobre as publicidades de bebidas alcoólicas, atendendo os interesses da criança e do adolescente; e a união de dois grandes movimentos civis organizados⁹⁰, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, IDEC, e o Instituto Alana, com seu Projeto

⁹⁰ IDEC. *Idec e Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana realizam mesa redonda*. Disponível em: <<http://www.idec.org.br>>. Acesso em: 12 mar. 2009; IDEC. *Publicidade infantil: multinacionais não aplicam padrões internacionais no Brasil*. Disponível em: <<http://www.idec.org.br>>. Acesso em: 12 mar. 2009; ALANA. *Idec e Alana cobram medidas efetivas sobre publicidade infantil de alimentos*. Disponível em: <<http://www.alana.org.br>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

Criança e Consumo, que reuniram forças para realização de pressão pública, junto aos órgãos de proteção da criança e do adolescente, de defesa do consumidor e responsáveis pelo controle da atividade publicitária. Além da movimentação da opinião pública contra a publicidade dirigida às crianças, a atuação deste movimento civil organizado foi responsável por diversas denúncias perante os representantes dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal e PROCONs⁹¹, que por sua vez, acolhendo as denúncias, promoveram diversas ações civis públicas contra fornecedores de produtos e serviços que dirigiram suas campanhas publicitárias ao público infantil de forma abusiva.

Todas estas iniciativas demonstram o interesse da sociedade por um maior controle da atividade publicitária direcionada às crianças, bem como a conscientização das entidades públicas responsáveis pela tutela das crianças, da família e dos consumidores em garantir maior efetividade da proteção destes sujeitos de direito a partir do controle expresso da publicidade infantil⁹².

No dia 09 de Julho de 2008, a Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados aprovou um substitutivo do Projeto de Lei nº. 5921 de 2001 (do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly) que, originalmente, propunha a reforma do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, criando um parágrafo que proibia toda a mensagem publicitária de produtos dirigidos às crianças. O texto original do Deputado Luiz Carlos Hauly, de 2001⁹³, propunha que o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da publicidade abusiva, passasse a vigorar com o acréscimo de um parágrafo 2ºA, com o seguinte teor:

Art. 37 [...]

§2ºA. É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança.

⁹¹ As diversas ações coletivas, inquéritos civis e notificações dos órgãos de defesa do consumidor em face das empresas que realizaram publicidade infantil estão disponíveis em: <<http://www.alana.org.br>>. Acesso em: 11 dez. 2008.

⁹² Ao final do ano de 2009, algumas organizações e membros da sociedade civil se uniram para criar o “Manifesto pelo Fim da Publicidade e da Comunicação Mercadológica Dirigida ao Público Infantil” que até Janeiro de 2010 contava com 6.634 assinaturas e o apoio de 130 instituições”. O objetivo do manifesto é pedir “àqueles que representam os Poderes da Nação que se comprometam com a infância brasileira e efetivamente promovam o fim da publicidade e da comunicação mercadológica voltada ao público menor de 12 anos de idade” (Disponível em: <<http://www.publicidadeinfantilnao.org.br>>. Acesso em: 22 Jan. 2010).

⁹³ O texto original do Projeto Lei 5291/2001 acompanha a presente pesquisa como Anexo I.

O substitutivo, apresentado pela Deputada Federal Maria do Carmo Lara, possui nove artigos que fortalecem a intenção de proibir, por completo, toda a mensagem que objetive a comunicação comercial com menores de 12 anos de idade e regulamentar as mensagens publicitárias dirigidas aos adolescentes (idade de 12 a 18 anos, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente).

O texto da Deputada Maria do Carmo, aprovado pela referida Comissão de Defesa do Consumidor⁹⁴, inovou ao apresentar um rol exemplificativo do que se entende como publicidade ou comunicação mercadológica dirigida à criança em seu artigo 3º, § 1º como sendo aquela que utiliza como atributos: linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; representação de criança; pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; personagens ou apresentadores infantis; desenho animado ou de animação; bonecos ou similares; promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

Outra estratégia de controle apresentada pelo referido substituto do projeto de lei é a proibição de qualquer comunicação comercial, para qualquer público consumidor, durante a programação infantil e 15 minutos antes e depois de programas, cuja audiência seja constituída majoritariamente por crianças na Televisão, no rádio ou na internet. Seguindo essa rígida linha de restrição, a proposta proíbe a participação de crianças em qualquer tipo de campanha publicitária. Nenhuma dessas disposições se aplica às propagandas institucionais de caráter e interesse público, conforme parágrafo 5º do artigo 3º do Projeto.

Quanto à publicidade direcionada ao público adolescente, a proposta aprovada pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados se manteve fiel às regras já estabelecidas pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e pelas normas internacionais de controle à publicidade infanto-juvenil. O que se destaca dentre as demais disposições é aquela prevista no inciso I do seu artigo 5º: a proibição da veiculação, especialmente na forma de *merchandising*, durante

⁹⁴ O texto do substituto do Projeto Lei 5291/2001 acompanha a presente pesquisa como Anexo II.

programa de entretenimento dirigido ao adolescente. A prática do *merchandising*, cada vez mais comum na programação televisiva, foi tratada nos capítulos anteriores da presente pesquisa, como publicidade clandestina. Em alguns programas televisivos, como as telenovelas brasileiras, o uso do *merchandising* parece desrespeitar o princípio básico do direito da publicidade, de que a mensagem publicitária deva ser transmitida de forma que seja prontamente identificada como tal pelos telespectadores (artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor).

No que se refere à responsabilidade administrativa e civil da publicidade infanto-juvenil, o Projeto de Lei, em seu substitutivo, esclarecia que são solidários ao fornecedor de produtos e serviços a agência publicitária e veículo de comunicação por onde se transmitiu a mensagem.

Após aprovação pela Comissão de Defesa do Consumidor, o Projeto de Lei seguiu para votação na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), que foi realizada no dia 7 de Outubro de 2009. As discussões entre os Deputados em ambas as Comissões foram precedidas de audiências públicas que contaram com ampla participação de representantes dos diversos grupos sociais interessados, bem como com a contribuição de especialistas de diversas áreas científicas⁹⁵.

A Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio rechaçou o substitutivo de 9 artigos da Deputada Maria do Carmo Lara, tendo sido o Projeto de

⁹⁵ No dia 18 de Junho de 2009, foi realizada na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados uma audiência pública que contou com a exposição 13 palestrantes, representando diversas entidades públicas e privadas, que representavam os distintos interesses em conflitos. Tanto as entidades da sociedade civil organizada, como Instituto Alana, IDEC e Conselho Federal de Psicologia, manifestaram a sua adesão à proposta de restrição à publicidade infantil, como instituições públicas, entre elas o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e a ANVISA se posicionaram pela restrição desta atividade publicitária. Por outro lado, se manifestaram outras tantas entidades de classe representantes da indústria de alimentos e de brinquedos, bem como as organizações representantes dos publicitários, que defendiam a liberdade total da publicidade dirigida ao público infantil. Este caloroso debate contribuiu para o posicionamento dos Deputados membros da Comissão (CAMARA DOS DEPUTADOS. *Comissão aprova mudanças em publicidade de produto infantil*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/cdeic/comissao-aprova-mudancas-em-publicidade-de-produto/noticiasView>>. Acesso em: 15 out. 2009; e ALANA. *PL nº 5.921 é votado na Comissão de Desenvolvimento Econômico*. Disponível em: <<http://www.alana.org.br>>. Acesso em: 15 out. 2009).

Lei 5921/2001 aprovado na forma do substitutivo apresentado pelo Deputado Osório Adriano que propôs apenas uma alteração do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, de forma bem mais branda que a alteração inicialmente proposta pelo Deputado Luiz Carlos Hauly. A proposta aprovada pela CDEIC da Câmara pretende alterar o § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor para conceituar a publicidade abusiva da seguinte forma:

Art. 37 [...]

§2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, em qualquer meio, que incite a violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, que seja capaz de induzir a criança a desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, desrespeite valores ambientais, que estimule o consumo excessivo, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança⁹⁶.

A proposta aprovada ainda não foi capaz de pôr fim às discussões acerca da publicidade infantil, já que ainda permite interpretações diversas acerca do conceito da abusividade desse tipo de publicidade. É possível afirmar que o atual texto do Projeto de Lei 5921 que tramita no Congresso Nacional traz poucos avanços com relação ao texto atual do Código de Defesa do Consumidor. Ambos continuam apresentando conceitos extremamente subjetivos sobre a publicidade abusiva dirigida às crianças, e se omitem com relação a uma proibição expressa desta prática publicitária. Também é possível afirmar que o controle público atual, que se realiza por meio do parágrafo 2º do artigo 37, bem como a atual proposta de alteração em trâmite na Câmara dos Deputados, é ineficaz, na medida em que permite a publicidade dirigida às crianças e com limites demasiadamente amplos. O Projeto de Lei ainda segue para discussão perante a Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da mesma Casa Legislativa.

⁹⁶ A discussão para aprovação do PL contou ainda com a proposta do Deputado José Guimarães, não aprovada pela maioria, para o qual o § 2º do art. 37 do CDC deveria apresentar o seguinte teor: “É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, em qualquer meio, que incite a violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, que seja capaz de induzir a criança a desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, desrespeite valores ambientais, que estimule o consumo excessivo, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. O deputado ainda apresentou sua proposta um novo § 5º que deveria prever: “§ 5º É abusiva a publicidade destinada ao público infantil menor de 12 anos de idade. I – A vedação disposta neste artigo não se aplica às campanhas de utilidade pública referentes a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social. II – A publicidade de produtos e serviços infantis poderá ser dirigida ao público maior de 12 anos de idade.”

Por sua vez, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na tentativa de contribuir para o combate à obesidade infantil, adotou a Consulta Pública nº 71 de 2006, pela qual convocava todos os interessados a enviarem sugestões e críticas à proposta de Regulamento Técnico que tratava de “oferta, propaganda, publicidade, informação e a outras práticas correlatas cujo objeto seja a divulgação ou promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, quaisquer que sejam as formas e meios de sua veiculação⁹⁷”.

A iniciativa da Agência segue uma diretriz aprovada pelo Ministério da Saúde em 1999 denominada como Política Nacional de Alimentação e Nutrição, que alertava, desde então, a necessidade da adoção de medidas, em parceria com entidades do ramo da comunicação social, de regulamentação da publicidade de alimentos infantis.

Pelo texto da proposta, a Agência Regulamentadora demonstra o reconhecimento sobre a contribuição da Publicidade dirigida a menores ao aumento das taxas de obesidade infantil em âmbito mundial, e determina que toda mensagem publicitária de produtos alimentares com as características mencionadas anteriormente deverão possuir alertas sobre a sua composição e os malefícios que causam à saúde humana⁹⁸. Além disso, a Proposta traz determinações que seguem a linha de rigidez já prevista nas regras do CONAR e demais diplomas de inspiração internacional, como a proibição de publicidade que explorem a credulidade e confiança dos menores em seus pais, professores e personalidades que influenciam a sua formação, e a proibição de mensagens que incitem os menores a persuadir seus pais ou terceiros a comprarem os produtos anunciados. Outra prática comum a

⁹⁷ A Consulta Pública nº 71/2006 acompanhada da proposta de regulamento técnico seguem como Anexo III deste estudo.

⁹⁸ O artigo 4º, III da Proposta determina que os produtos venham acompanhados dos seguintes alertas: a) “Este alimento possui elevada quantidade de açúcar. O consumo excessivo de açúcar aumenta o risco de desenvolver obesidade e cárie dentária”. b) “Este alimento possui elevada quantidade de gordura saturada. O consumo excessivo de gordura saturada aumenta o risco de desenvolver diabetes e doenças do coração”. c) “Este alimento possui elevada quantidade de gordura trans. O consumo excessivo de gordura trans aumenta o risco de desenvolver doenças do coração”. d) “Este alimento possui elevada quantidade de sódio. O consumo excessivo de sódio aumenta o risco de desenvolver pressão alta e doenças do coração”.

essas campanhas publicitárias, e combatidas pela resolução em discussão, é o uso de mensagens que levem os consumidores, adultos e crianças, a acreditar que o produto anunciado possui nutrientes suficientes para suprir todas as necessidades nutricionais humanas ou que é garantia de um desenvolvimento e crescimento das crianças. Proíbe, também, entre outras diversas práticas, o uso de personagens e personalidades admirados pelo público infantil e controla o horário em que a publicidade de tais produtos pode ser veiculada (entre 21h e 06h).

No dia 20 de Agosto de 2009, a ANVISA realizou audiência pública para discussão do teor da proposta de sua resolução sobre publicidade de alimentos, que contou com amplo debate entre especialistas e representantes dos diversos campos de interesse⁹⁹.

Após a realização da audiência pública da ANVISA, um grupo formado pelas 24 maiores empresas de indústrias de alimentos e bebidas firmou um compromisso perante a Associação Brasileira de Indústrias de Alimentação e Associação Brasileira de Anunciantes, pelo qual se comprometem a cessar a prática de dirigir publicidade a crianças, nas seguintes condições¹⁰⁰:

1. Não fazer, para crianças abaixo de 12 anos, publicidade de alimentos ou bebidas; com exceção de produtos cujo perfil nutricional atenda a critérios específicos baseados em evidências científicas.
 - 1.1. Os critérios mencionados serão adotados específica e individualmente pelas empresas signatárias.
 - 1.2. Para efeito desse compromisso, as limitações são para inserções publicitárias em televisão, rádio, mídia impressa ou internet que tenham 50% ou mais de audiência constituída por crianças de menos de 12 anos.
2. Nas escolas, não realizar, para crianças com menos de 12 anos, qualquer tipo de promoção com caráter comercial relacionada a alimentos ou bebidas que não atendam aos critérios descritos anteriormente, exceto quando acordado ou solicitado pela administração da escola para propósitos educacionais ou esportivos.
3. Promover no contexto de seu material publicitário e promocional, quando aplicável, práticas e hábitos saudáveis, tais como a adoção de alimentação balanceada e/ou a realização de atividades físicas.

⁹⁹ A transcrição completa da audiência pública pode ser verificada em ANVISA. *Transcrição da Audiência Pública realizada no dia 20/08/2006*. Disponível em: < <http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2009.

¹⁰⁰ O comunicado público da Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação compõe o Anexo IV desta pesquisa.

A declaração dos maiores anunciantes de produtos infantis, como visto, permite que cada um dos compromissários adote seus critérios próprios de autocontrole e que, seguramente, não põem fim à presente discussão, já que permite que sejam adotados critérios subjetivos e obscuros sobre as publicidades que podem ou não ser veiculadas por cada um.

Por fim, as iniciativas de movimentos civis organizados em combate aos anúncios comerciais direcionados ao público infantil, contribuem para o debate acerca do presente tema. Dentre as diversas iniciativas promovidas por estas entidades, cabe o especial destaque às ações do Instituto Alana¹⁰¹ que, com o apoio de outras entidades como o Conselho Federal de Psicologia¹⁰² e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor¹⁰³, contribuem para a formação de uma opinião pública a favor de regulamentação pública expressa de controle à publicidade infantil.

¹⁰¹ Uma importante discussão promovida pelo Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana é a ilegalidade da venda de produtos alimentícios com alto teor de açúcar, sódio e gorduras que, para atrair o desejo das crianças, são comercializados acompanhados de brinquedos como brindes. Neste sentido, o Instituto Alana denunciou tal prática adotada pelas empresas de comida rápida como McDonalds, Bobs e Burger King ao Ministério Público Federal. A denúncia foi acompanhada de pareceres favoráveis da Sociedade Brasileira de Pediatria e da Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo, que demonstraram os efeitos perversos de estimular o consumo de tais alimentos por meio da oferta de brinquedos, os quais atrairão seguramente as crianças. Trata-se, segundo as entidades, de uma manipulação abusiva dos desejos da criança a fim de impingir-lhes o consumo excessivo de produtos não saudáveis. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra as três empresas no dia 15 de Junho de 2009, perante a 15ª Vara Federal de São Paulo. O Instituto Alana denunciou a mesma prática adotada pela Chocolates Garoto, ao Ministério Público do Consumidor do Espírito Santo. Em 02 de Abril de 2008 foi realizada uma audiência pública para discussão sobre o caso. No mesmo sentido tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4815/2009, de autoria do Deputado Espiritosantense Capitão Assunção, que também participou dos debates acerca do PL 5921/2001, tendo votado a favor da sua versão original, favorável à proibição da publicidade infantil. O Projeto de Lei do Deputado Capitão Assunção propõe alteração do Código de Defesa do Consumidor para proibir a venda casada de brinquedos associados à aquisição de alimentos e bebidas, inclusive em lanchonetes de "fast food". Em decorrência da atividade do Instituto Alana perante o Ministério Público e o PROCON no Espírito Santo, realizou-se o Seminário Nacional Infância e Consumo em Vitória, ES, em Outubro de 2009, que contou com as autoridades competentes e profissionais de distintas áreas, todos em busca de soluções para os impactos negativos do excesso de publicidade infantil no mercado brasileiro.

¹⁰² O Conselho Federal de Psicologia realizou estudo específico sobre os efeitos da publicidade na formação da personalidade da criança e o publicou em cartilha denominada "Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança".

¹⁰³ Junto com o Instituto Alana, o IDEC realizou uma importante pesquisa que demonstrou que a grande parte dos fabricantes de produtos alimentícios realiza, no Brasil, publicidade dirigida às crianças de forma contrária aos compromissos assumidos pelas mesmas empresas em âmbito internacional e perante organismos estrangeiros, demonstrando que o costume dos grandes grupos da indústria alimentícia é de limitar a sua publicidade apenas sob o comando de regulamentos expressos (IDEC. *Publicidade Infantil: multinacionais não aplicam padrões internacionais no Brasil*. Disponível em: <<http://www.idec.org.br>>. Acesso em: 25 out. 2009).

3 PRINCIPIOLOGIA DE PROTEÇÃO À CRIANÇA EM FACE DA PUBLICIDADE

3.1 INCAPACIDADE CIVIL DA CRIANÇA

Apesar de todas as pessoas terem capacidade para ser titulares de direito, nem todas estão aptas, de acordo com a Lei, para exercer esses direitos. A estas pessoas, o Direito nega a possibilidade de exercício de Direitos da vida civil. Estas pessoas são consideradas incapazes no âmbito do Direito Civil, por lhes faltarem requisitos essenciais determinados pelo Código Civil para o exercício destes direitos. Tais requisitos estão relacionados à idade e às condições de saúde do indivíduo. Aqueles que, por estarem inseridos nestes contextos de pouca idade ou de condições de saúde delicada, não possuem condições de administrar seus próprios interesses, não têm pela mera manifestação de suas vontades a possibilidade de praticar atos jurídicos. Carecem-lhe o discernimento que, por sua vez, macula a própria autonomia da vontade que venha a ser manifestada.

“A capacidade de fato pressupõe que o sujeito esteja apto a manifestar livre e conscientemente sua vontade, de modo a gerir seus interesses como melhor lhe aprouver” (RODRIGUES, 2003, p.13). Os menores de dezesseis anos são considerados absolutamente incapazes:

Art. 3º, Código Civil Brasileiro. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I – os menores de dezesseis anos;
[...]

Inerente aos direitos de personalidade das crianças está a capacidade de direito ou de gozo; contudo, enquanto menores de dezesseis anos, faltam ao sujeitos “requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil” (PEREIRA, 2009, p.226), lhes faltando, portanto, capacidade de fato. O instituto da incapacidade civil absoluta da criança tem natureza de proteção de seus interesses

reais e de seu patrimônio¹⁰⁴. Ao afastá-la dos negócios jurídicos, o Direito almeja protegê-la, impedindo que sua vontade seja manipulada pela contraparte e que a manifestação de seus desejos não se dê contra os seus reais interesses. Isso não pode indicar, e não indica, que o menor de 16 anos não possui vontades e que seus desejos e interesses devem ser ignorados, mas exatamente o contrário, que os seus interesses verdadeiros devem ser protegidos contra a sua condição de falta de discernimento e maturidade, suficiente para conduzir sua vida civil de forma autônoma¹⁰⁵.

O Estatuto da Criança e do Adolescente apresentou um novo paradigma na proteção destes sujeitos de direito, ao consagrar a proteção à relevância da vontade dos filhos e a sua inserção na vida familiar.

Vale dizer, o filho está autorizado a discutir os critérios de avaliação educacional e pedagógica, sendo estimulado ao controle do exercício do pátrio poder. Assuntos atinentes à fixação de domicílio familiar, a viagens com os filhos, à alteração de escolas, devem ser decididos com base no interesse de todos os membros da família e, em particular, em consonância com o interesse das crianças, alvo de tutela especial da Constituição, que visa, assim, o melhor desenvolvimento de sua personalidade (TEPEDINO, 1999, p.17).

A proteção dos direitos da criança no Estado Democrático de Direito indica que é ela sujeito de direitos e, portanto, dotada de desejos, vontades e interesses que devem ser respeitados por sua família, pelo Estado e pela sociedade. Todavia, a sua incapacidade absoluta determinada pelo Direito Civil, ao impedi-la de exercer seus direitos civis, porque a considera inexperiente, crédula e imatura, também funciona como sua proteção, pois demanda um representante capaz para agir e se manifestar

¹⁰⁴ Sobre a incapacidade absoluta como proteção do indivíduo, o espanhol Iñigo Navarro Mendizábal (2005, p.140) afirma: *"La incapacidad supone que una persona que de facto no se puede gobernar a sí misma, no debe tener 'de iure' posibilidades de hacerlo, pues el primer perjudicado podría ser él mismo"*.

¹⁰⁵ "É necessário, por conseguinte, repensar o regime das incapacidades, especialmente, quando estiverem em jogo situações jurídicas existenciais envolvendo o próprio desenvolvimento humano do indivíduo. [...] Logo, é inadmissível que o menor, o deficiente mental, o enfermo, tenham desprezadas suas manifestações de vontade acerca de questões que tocam o seu desenvolvimento humano. [...] Com relação aos menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente, corolário de disposições constitucionais referentes a tal assunto, confere valor jurídico à vontade destes, à medida que os insere como protagonistas do `processo educacional". [...] Não se trata, portanto, de afirmar que manifestação de vontade do incapaz é elemento suficiente para a criação de vínculos jurídicos. [...] Porém, frente a situações que toquem diretamente ao desenvolvimento de sua própria personalidade, não pode mais ser admitido em nosso sistema que a vontade do incapaz seja irrelevante ou desprezada pelo Direito" (RODRIGUES, 2003, p.24-26).

em seu nome, realizando as melhores escolhas e adotando as decisões mais adequadas aos reais interesses da criança, sempre em prol do seu desenvolvimento integral e do seu bem estar social.

O verdor dos anos e a conseqüente inexperiência, o incompleto desenvolvimento das faculdades intelectuais, a facilidade de se deixar influenciar por outrem, a falta de autodeterminação e auto-orientação impõem ao menor a completa abolição da capacidade de ação (PEREIRA, 2009, p.234).

É óbvio que a maturidade e os demais elementos necessários para que o sujeito esteja apto e preparado para participar das relações jurídicas podem variar entre os indivíduos, de acordo com as condições do meio, da educação recebida, da saúde e até fisiológicas, garantindo a uns o desenvolvimento mais acelerado do que a outros. Todavia, para a garantia de uma segurança jurídica, a cessação da incapacidade absoluta do sujeito decorrente de sua idade se dá ao critério das influências e características individuais.

A realização de negócios jurídicos não pode depender da aferição prévia dos níveis de discernimento, maturidade e desenvolvimento cognitivo de cada uma das partes. Neste sentido, o legislador optou por um limite determinado, demarcando como a faixa etária em que cessa a incapacidade absoluta, os dezesseis anos de idade, baseando-se, provavelmente, no senso comum e na experiência coletiva sobre o prazo médio para o completo desenvolvimento da maturidade dos brasileiros¹⁰⁶. De toda maneira, o legislador estabeleceu que antes dos 16 anos o indivíduo não pode participar de negócios e relações jurídicas, por acreditar que até esta idade não possui personalidade formada suficientemente para lhe garantir condições e aptidões para participar adequadamente dos atos da vida civil.

¹⁰⁶ Caio Mario Pereira demonstra que esta compreensão sobre o alcance da maturidade e da experiência de vida necessária para os atos da vida civil diverge entre distintos sistemas jurídicos estrangeiros, o que pode demonstrar a ausência de fundamentos científicos para a escolha de cada legislador. De acordo com o referido autor, na Argentina, a incapacidade absoluta se dá até os 14 anos de idade, na Alemanha cessa aos 7 anos de idade e, a partir daí, o exercício dos direitos se realiza com restrições, e na Itália a incapacidade absoluta cessa aos 18 anos, salvo em caso de leis especiais. Na França, cabe ao juiz apreciar se o indivíduo alcançou a sua fase de discernimento ou não (PEREIRA, 2009, p.236).

Para a presente pesquisa, é importante destacar, novamente, que uma das características que torna o menor de 16 anos absolutamente incapaz é a facilidade com a qual é influenciado e tem suas vontades manipuladas. E, como já visto nos capítulos anteriores, esta vulnerabilidade é ainda maior antes dos 12 anos de idade, razão pela qual esta faixa etária serve como divisor entre ser criança e ser adolescente.

No contexto da sociedade de consumo, a incapacidade absoluta da criança não pode, jamais, servir para afirmações de que as crianças não são consumidoras, ou que as crianças não participam de relações de consumo. Como já exposto amplamente nos primeiros capítulos, as crianças já participam há muito tempo da sociedade de consumo, e já não pode se dizer que estão alheias de relações de consumo. As crianças não apenas consomem produtos e serviços, como também, conforme verificado anteriormente, adquirem produtos como destinatária final por meio de seus familiares, ou diretamente dos fornecedores.

Sobre as crianças espanholas como consumidoras e sobre a incapacidade civil dos menores afirma o Professor de Direito Civil Iñigo Navarro Mendizabal, da Universidade Pontifícia de Comillas de Madri, que “a primeira coisa a fazer é afirmar a existência do consumidor menor de idade, o que não impede que alguém diga que não exista, por acreditar mais no Código Civil do que no que veem seus olhos. Os menores de idade consomem” (2005, p.139, tradução nossa¹⁰⁷). Diante do artigo 1263 do Código Civil Espanhol, que determina que os menores não emancipados não podem prestar consentimento, o Professor brasileiro acredita que

[...] a primeira resposta que dá o Código Civil ao problema que apresentamos é muito simples: o consumidor menor de idade não existe, o que significa negar a evidência. Sendo falso de toda falsidade que os menores de idade não consomem e, portanto, aplicando a literalidade do Código, o enfrentamento desta matéria é mais complicado e passa por analisar em primeiro lugar a capacidade dos menores de idade (2005, p. 139, tradução nossa¹⁰⁸).

¹⁰⁷ No original: “[...] por lo que lo primero que hay que hacer es afirmar la existencia del consumidor menor de edad, no vaya a ser que alguien diga que no existe, porque se crea al Código Civil más que lo que ven sus ojos. Los menores de edad consumen”.

¹⁰⁸ Tradução para: “La primera respuesta que da el Código civil al problema que nos hemos planteado es muy sencilla: el consumidor menor de edad no existe, lo cual significa negar la evidencia. Siendo falso de toda falsedad que los menores de edad no consuman y por tanto incumpléndose la

Neste raciocínio, assim como entende a jurisprudência espanhola, a impossibilidade dos menores não emancipados não poderem prestar consentimento para contratar, não significa que não podem contratar, mas que não podem sem a assistência da pessoa que o representa e que supre a sua incapacidade (MENDIZABAL, 2005, p. 141). Tal fato pode indicar que as crianças participam de relações de consumo, mas devem sempre contar com a supervisão de seus responsáveis.

Se a publicidade de produtos e serviços for entendida como um convite a contratação, pois a oferta de bens de consumo em veículos de comunicação de massa pode ter, muito bem, este caráter de convite, a publicidade dirigida às crianças pode encontrar obstáculo no instituto da incapacidade civil absoluta das crianças. O problema que se apresenta é este: se as crianças não podem, absolutamente, participar de negócios jurídicos, por que poderiam, pela publicidade, serem convidadas a contratar?

É possível concluir que, sendo as crianças consideradas absolutamente incapazes, visto que são facilmente influenciáveis, devem estar protegidas contra aqueles que quiserem com elas contratar, manipulando suas vontades. Aqueles que direcionam publicidade a crianças querendo criar desejos de contratar, estão desrespeitando esta condição de absolutamente incapazes. Em outras palavras, ao fazer publicidade dirigida às crianças, ignorando que são absolutamente incapazes, os anunciantes agem contra os interesses delas.

O que se pretende afirmar é que os mesmos fundamentos que tornam as crianças absolutamente incapazes para o Direito Civil, são os que fundamentam a necessidade de restringir a publicidade dirigida a este público. Não estando as crianças com as condições necessárias que as tornem aptas a participar de relações jurídicas, não devem ser estimuladas a participar diretamente dessas relações, pois também não possuem condições de se defender contra a persuasão e influências da publicidade que as convida.

Como dito anteriormente, as crianças deveriam participar de relações de consumo (adquirindo produtos) apenas sob a supervisão de seus responsáveis, dada a sua incapacidade absoluta de participar de negócios jurídicos. A partir desta premissa, toda publicidade diretamente dirigida ao público infantil fere a proteção que lhe garante o Código Civil pelo instituto das incapacidades civis, pois equivalem a convites diretos à participação de negócios jurídicos e, portanto, deveriam também passar pelo crivo dos seus responsáveis ou representantes legais.

Os deveres pré-contratuais de boa fé e de transparência exigem dos fornecedores certos cuidados e a adoção de determinadas condutas de solidariedade ainda antes do surgimento da relação jurídica contratual. A oferta publicitária de produtos e serviços se realiza no âmbito desta fase pré-contratual e, pelos princípios de boa-fé, transparência e solidariedade que pautam esta fase, o anunciante deve cuidar para que sua estratégia publicitária não se realize contra os interesses sociais dos consumidores. A criança inserida neste contexto deve ser observada na sua condição de absolutamente incapaz, o que legitima o controle rigoroso sobre as publicidades direcionadas a este público.

Quando se ignora a incapacidade civil absoluta das crianças, ignora-se também a sua especial condição de vulnerabilidade, que facilita a manipulação de suas vontades. Neste âmbito, a publicidade dirigida às crianças é capaz de violar a sua liberdade e a de sua família no exercício adequado do Poder Familiar. Tais argumentos serão mais bem desenvolvidos nos tópicos seguintes.

3.2 A LIBERDADE DOS CONSUMIDORES EM FACE DA PUBLICIDADE

Ao tratar da tutela constitucional da liberdade nas relações privadas, Daniel Sarmiento (2008, p.142), demonstrando que o conceito de liberdade é uma questão central da Filosofia e do Direito e que apresentar seu significado tem sido uma difícil tarefa para a ciência moderna, traz como questões para reflexão: “temos realmente liberdade de escolha ou nossos caminhos já estão previamente traçados? [...]

Navegamos ou somos navegados pelo mar, como sugere a música de Paulinho da viola?”

Tanto para a presente pesquisa como para a obra do autor citado, ao tratar da discussão sobre liberdade, se realizará uma análise sobre um dos principais componentes da proteção constitucional da liberdade: a autonomia privada.

Para Sarmiento (2008, p.142), autonomia privada é “a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual”. Bruna Lyra (2007, p. 83) cita Maria Celina Bodin Moraes para definir que autonomia é o direito de “governar-se conforme suas próprias leis e segundo sua própria vontade, isto é, trata-se da liberdade individual por meio de autorizações subjetivas do poder de vontade do próprio indivíduo”. Na Psicologia, o conceito de autonomia “costuma ser empregado para se referir à capacidade de discernimento e de juízo, sem referência a alguma fonte exterior de prestígio e/ou autoridade” (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2008, p.12).

Em se tratando de sociedade do consumo de massas é possível afirmar que as liberdades individuais sofrem restrições em dois sentidos. Num primeiro momento, há uma violação natural e latente da liberdade dos indivíduos, cujas escolhas ou são restritas às possibilidades impostas pelos fornecedores de produtos e serviços (seja porque estes detêm o poder técnico da produção e da prestação de serviços, que são realizados de maneira uniforme, seja porque impõem as condições do contrato às quais os consumidores se limitam a aderir) ou são manipuladas por meio de técnicas de persuasão e sedução cada vez mais clandestinas. Em seguida, temos uma restrição de liberdades econômicas, decorrentes da necessidade da intervenção do Estado nas relações privadas para garantia da harmonia da relação naturalmente desigual e dos direitos fundamentais dos consumidores, constantemente violados pelo poder fático dos agentes do mercado de consumo.

É sobre o primeiro aspecto de restrição de liberdade a que se dedica o presente capítulo: a liberdade dos consumidores. Em verdade, para uma compreensão mais correta, refere-se a uma violação de liberdade dos consumidores, na medida em que

suas escolhas são restritas ou manipuladas por estratégias de marketing agressivas e intencionais.

Neste sentido, Daniel Sarmiento (2008, p.143) questiona:

Até que ponto um ato aparentemente livre de um particular hipossuficiente, numa relação travada com outro mais poderoso, é o resultado da sua autodeterminação, ou se trata do produto de constrangimentos externos, de origem econômica e social, aos quais o Direito não pode permanecer indiferente?

Trata-se, então, de uma violação da liberdade de consciência, liberdade de desejos, liberdade de vontades ou liberdade de escolhas. A tomada de decisões pelo indivíduo na sociedade de consumo dificilmente é fruto de uma vontade livre de manipulações ou, no mínimo, de influências ou constrangimento externos. Por isso, o exercício de liberdades do consumidor nem sempre é pleno. Esta concepção de liberdade é descrita pela ciência jurídica como uma autonomia privada ou autonomia da vontade.

Para Bruna Lyra Duque (2007, p.82), é necessário realizar uma diferença entre a autonomia privada e a autonomia da vontade. Para a autora, a autonomia privada seria a “livre atuação dos particulares, autorizada pelo próprio ordenamento jurídico, para a realização de seus interesses, com funções econômico-sociais diversas”, enquanto a autonomia da vontade “refere-se ao fato de alguém se manifestar livremente em razão de uma situação contratual”.

Por sua vez, Daniel Sarmiento (2008, p.142) prefere não diferenciar a autonomia privada de seus significados mais restritos, como uma autonomia negocial, pois “engloba tanto aspectos ligados a escolhas existenciais [...], como engloba também dimensão mais prosaica da vida humana, concernente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial”.

Daniel Sarmiento acredita que a ideia da autonomia privada é a ideia central do Humanismo e do Direito Moderno, pois “constitui uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade” (SARMENTO, 2008, p.143).

A liberdade que se pretende tratar neste capítulo é uma liberdade de autodeterminação, defendida por Fabiano Del Masso (2009, p.125):

O direito à liberdade que se está investigando no presente estudo não se restringe apenas à forma clássica de defesa, mas sobretudo, a um tipo de clausura que as pessoas não estão acostumadas a perceber.

Para o referido autor, a publicidade é capaz de violar esta liberdade de autodeterminação, na medida em que pode impedir que o consumidor, quando privado de senso crítico ou de personalidade desenvolvida, ou quando refém de seu excesso, não é mais capaz de realizar escolhas próprias, formadas a partir de seus desejos ou necessidades mais naturais, individualmente desenvolvidos.

As pessoas se enganam ao se acharem livres apenas porque existem impedimentos externos para a execução de seus desejos. A liberdade humana não pode limitar-se à chamada liberdade de espontaneidade, liberdade física. Esta deve vir acompanhada da liberdade interna, da liberdade de escolha, do chamado livre arbítrio. Não é livre o que pode fazer o que deseja se está condicionado em seus desejos. Para que as pessoas sejam livres não basta que sofram nenhum tipo de coação física. É imprescindível que saibam escolher, que sejam internamente capazes de escolher. A liberdade seria medida, pois, pela capacidade de adotar crenças e comportamentos autônomos, independentes, baseados mais em convicções do que em imitações, na reflexão mais do que no doutrinamento ou na emoção, em atitudes conscientes e autocríticas mais do que em atitudes inconscientes (FERRÉS, *apud* DEL MASSO, 2009, p.125-126).

Como visto anteriormente, algumas estratégias publicitárias são realizadas com o objetivo de dissimular a atenção dos seus destinatários e, de forma despercebida, persuadir a opinião e a vontade do indivíduo e, por fim, estimulá-lo ao consumo do bem anunciado. Toda publicidade clandestina ou subliminar tem, por essa razão, a capacidade de manipular a decisão do consumidor e o seu comportamento de consumo. Por essa razão, se exige, por meio do princípio da identificação da publicidade, que toda mensagem publicitária seja difundida de forma que o consumidor seja capaz de identificar imediatamente o discurso publicitário. Tal determinação, expressa no artigo 36 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, se dá pela necessidade de que o consumidor tenha condições de fazer uso de seu senso crítico sempre que estiver diante de uma mensagem publicitária. A publicidade clandestina, ou seja, que não pode ser identificada como tal, neste sentido, viola a autonomia privada e a liberdade do seu destinatário.

Fabiano Del Masso confirma a ideia de que a publicidade, por meio de suas técnicas de sedução e persuasão, é capaz de manipular a vontade do indivíduo que não faça uso de seu senso crítico para perceber o discurso publicitário e a sua finalidade de manipular o desejo e a vontade do receptor da mensagem. Também para este autor, a consequência é a violação, em último momento, da autonomia da vontade do indivíduo e, por isso, da sua liberdade:

O desenvolvimento de tais técnicas passou a ser utilizado por comunicadores como forma de manipulação de desejos, pois tais comunicadores influenciam de modo bastante eficiente as condutas dos receptores de suas mensagens, que, seduzidos, praticam a conduta desejada sem o exercício próprio e autônomo de declaração de vontade. Em outras palavras, o comunicador exercerá verdadeiro domínio sobre o receptor retirando-lhe parte de sua liberdade (DEL MASSO, 2009, p.86).

A autonomia privada tem como limites, segundo as lições de Daniel Sarmento, o respeito aos direitos alheios, ou seja, “deve caber sempre às pessoas a eleição dos seus objetivos e planos de vida, que têm de ser respeitados, desde que não violem direitos de terceiros” (SARMENTO, 2008, p.157).

A Constituição Federal de 1988 superou o paradigma liberal da autonomia privada, encarada anteriormente apenas como proteção indiscutível da propriedade privada e da autonomia contratual livre da intervenção do Estado no contexto de uma cultura jurídica preponderantemente individualista, para afirmar uma autonomia privada decorrente de liberdades influenciadas por princípios de solidariedade, dignidade e fundamentada em cultura de direitos sociais. O contexto constitucional de 1988 permitiu o reconhecimento das imensas desigualdades sociais e materiais entre os particulares decorrentes da sociedade de massas e da concentração de poderes econômicos para uns e as limitações de liberdades e autonomias de outros. De acordo com Daniel Sarmento (2008, p.175),

[...] basta percorrer com a mínima atenção a Constituição de 1988 para verificar que a liberdade que ela pretende assegurar não é mera liberdade formal ou negativa, circunscrita à ausência de constrangimentos externos ao comportamento dos agentes. Pelo contrário, é flagrante no discurso constitucional a preocupação com a efetividade da liberdade, com a garantia, enfim, das condições materiais indispensáveis ao seu exercício, o que se evidencia diante do seu generoso preâmbulo, do amplo rol de direitos sociais que ela consagra.

Neste sentido, a tutela da liberdade na Constituição de 1988 deve ser entendida não apenas como limite, mas como meta das atuações efetivas do Estado nas relações privadas, bem como de deveres positivos e negativos dos particulares em suas relações, a fim de que seja possível a proteção da parte mais fraca diante da opressão da parte mais forte. Esta corresponde à visão mais acertada da tutela da liberdade e do seu elemento autonomia privada na Constituição atual.

Daniel Sarmiento (2008, p.178-179) conclui que

[...] o reconhecimento do caráter constitucional da autonomia privada negocial não importa em imunizar este campo diante de intervenções legislativas ditadas pelos poderes políticos. Pelo contrário, tais intervenções devem ser consideradas absolutamente naturais e até indispensáveis no quadro de uma sociedade desigual e de massas, em que se torna imperativo proteger as partes mais fracas nas relações negociais, assim como promover outros interesses relevantes da coletividade.

É possível afirmar que o Direito Constitucional pátrio possui uma especial preocupação com a liberdade individual a partir da tutela da autonomia da vontade. O controle da atividade publicitária tem como fundamento, entre outros, esta necessidade de se proteger a liberdade do consumidor, o que se configura na caracterização da defesa do consumidor como direito fundamental, e na imposição de um dever de identificação da publicidade, no âmbito deste Direito do Consumidor de origem constitucional.

No que tange à publicidade dirigida às crianças, quando se afirma que estas não possuem condições de reconhecer uma mensagem como publicitária, ou de diferenciar um discurso livre de persuasão de um anúncio comercial, é plenamente possível afirmar que toda publicidade dirigida à criança é capaz de violar sua autonomia da vontade e sua liberdade. E por ter a criança dificuldades de exercer suas vontades, de formar seus desejos e de tomar decisões livre de influências externas, pela sua condição especial de desenvolvimento que caracteriza a fase infantil, mesmo que elas fossem capazes de identificar a publicidade como tal não seriam capazes de se proteger contra a persuasão do discurso, sendo facilmente convencida, perpetuando-se a violação de sua autonomia.

Voltando ao tema da publicidade infantil, decorre do que acabamos de ver que os anúncios podem, de fato, despertar vontades, porque incidem sobre a relativa inconstância dos querer infantis. Como dito, é mais fácil despertar vontades em quem ainda não se fixou sobre querer próprios do que em pessoas que já possuem algumas metas definidas. Logo, a resistência afetiva aos apelos publicitários corre o grande risco de ser fraca e, logo, de os anunciantes terem êxito em seduzir a criança a querer algo que, minutos antes de ver o anúncio publicitário, ela nem sabia que existia e, portanto, não desejava (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2008, p.15).

Se a publicidade clandestina é aquela que se realiza de forma a dificultar a capacidade do destinatário de identificá-la como tal e de perceber o seu discurso persuasivo ou sedutor, e considerando que a criança sempre terá esta dificuldade, toda publicidade dirigida à criança se realiza nas mesmas condições da publicidade clandestina ou subliminar, e atinge os seus mesmos efeitos. Se a publicidade clandestina é proibida, por tudo o que já foi dito, a publicidade dirigida às crianças deveria sofrer rigorosas restrições. E, ao mesmo tempo, se o que se busca proibir dentre as práticas abusivas do marketing é a manipulação das decisões do consumidor, e por ser a criança facilmente manipulada pelas mais simples mensagens publicitárias, cuja intenção única é persuadir e seduzir intencionalmente para o consumo, a comunicação comercial direcionada às crianças deveria ser submetida a maiores proibições do Direito privado.

Da mesma forma, é possível afirmar sobre a liberdade dos responsáveis pela criança e pela família como um todo. Tendo a família a função especial de exercer as melhores escolhas pela criança, de auxiliá-la na formação de suas vontades e desejos, na sua tomada de decisões, sempre que a publicidade dirigida às crianças servir como uma desconstrução deste saudável poder familiar, e como obstáculo da vontade dos pais sobre o consumo dos filhos, estaremos diante de uma violação da autonomia do ente familiar e da liberdade da família.

3.2.1 A publicidade como obstáculo ao exercício da liberdade da criança

Como afirmado anteriormente, a liberdade da criança exposta à publicidade dirigida a ela é violada, na medida em que suas vontades deixam de ser autônomas, mas completamente influenciada ou manipulada por terceiros, que visam exclusivamente persuadi-las a consumir, ignorando as suas vontades e interesses naturais, bem como os interesses dos seus responsáveis.

Para que a afirmação da conclusão anterior esteja correta, é imprescindível confirmar uma premissa básica: que a criança não é capaz de perceber a publicidade como tal. Para que esta premissa seja confirmada, é necessário realizar um estudo sobre a psicologia e antropologia infantil, no que diz respeito ao comportamento da criança frente a um anúncio publicitário. Já há algum tempo que pesquisas científicas são realizadas para confirmar esta premissa, com base em pesquisa de campo e coleta de dados. Juliet Schor apresenta diversos dados coletados a partir de pesquisas deste gênero:

A partir da década de 1970, os investigadores começaram a analisar o que as crianças entendiam e o que não entendiam ao visualizar os anúncios. Recorreram a varias metodologias, e em suas conclusões, os especialistas expressaram sua oposição à publicidade sobre a base de um numero cada vez maior de provas. A investigação se ocupava de diversas questões. Em que idade as crianças diferenciam anúncios e programas? A partir de que momento entendem qual é a finalidade de um anuncio? Desde quando são capazes de compreender a idéia da intenção persuasiva, quer dizer, de que os anúncios tentam convencer aos expectadores para que comprem determinados produtos? (2006, p.90, tradução nossa¹⁰⁹)

A conclusão geral de todas essas pesquisas, até a atualidade, é que quanto mais jovem o consumidor, menor é a sua capacidade de reconhecer um anúncio

¹⁰⁹ No original: “A partir de la década de 1970, los investigadores empezaron a analizar lo que los niños entendían y lo que no entendían al visionar los anuncios. Recurrieron a varias metodologías, y en sus conclusiones, los expertos expresaron su oposición a la publicidad sobre la base de un número cada vez mayor de pruebas. La investigación se ocupaba de diversas cuestiones. ¿A qué edad discriminan los niños entre anuncios y programas? ¿A partir de qué momento entienden cual es la finalidad de un anuncio? ¿Desde cuándo son capaces de comprender la idea de la intención persuasiva, es decir, de que los anuncios intentan convencer a los espectadores para que compren determinados productos?”

publicitário, ou de distingui-lo da programação normal da televisão, ou de perceber plenamente a persuasão que existe por trás da mensagem publicitária.

Em um estudo realizado em 1979 mostravam-se fitas de vídeo a crianças do ensino primário e paravam a fita periodicamente para perguntar às crianças o que acabavam de ver. As crianças identificavam os anúncios só na metade das ocasiões. Em outro estudo realizado em 1985, de 10 crianças menores de 5 anos, somente um identificava corretamente o que era publicidade e o que não era, ainda que entre os 5 e os 6 anos a proporção chegava a seis de cada dez. A partir dos 10 anos a identificação alcançava cem por cem (SCHOR, 2006, p.91, tradução nossa¹¹⁰).

Algumas pesquisas demonstram que durante os cinco anos de idade, as crianças identificam diferenças muito superficiais entre a programação normal da televisão e os intervalos comerciais. Nem sequer a utilização de “cortinas” separadoras entre a programação e a publicidade possui alguma eficácia para este público. Nesta idade, a publicidade é vista como entretenimento ou informação objetiva, assim como os programas infantis que patrocina (SCHOR, 2006, p.91). Qualquer menção como “somente x reais”, “funciona com pilhas” ou “necessita montagem” também não produzem efeitos. Muitos são os autores e instituições que provam esta incapacidade das crianças. Kunkel e Roberts (*apud* VIÑES; SOLER, 2008, p.127) pesquisaram de 1977 até a década de 1990 sobre os efeitos da publicidade nas crianças e concluíram que, além de as crianças terem dificuldades para diferenciar os programas de televisão dos anúncios publicitários, não percebem a intenção persuasiva dos comerciais, o que os tornam muito vulneráveis aos apelos publicitários. A Academia Americana de Pediatria (*American Academy of Pediatrics*), também afirma que, pelos menos antes dos oito anos, a criança não estabelece a diferença entre a programação e publicidade (VIÑES; SOLER, 2008, p.127).

Outro estudo realizado na França pelo pesquisador François Minot em 2001, comprovou que a atitude crítica diante da magia publicitária se constrói entre os 8 e 11 anos de idade, em função da maturidade individual de cada criança (VILAR, 2007, p.35).

¹¹⁰ No original: “*En un estudio realizado en 1979 se mostraban cintas de video a niños de parvulario y de primer curso de primaria y se detenía la cinta periódicamente para preguntar a los niños que acaban de ver. Los niños identificaban los anuncios sólo en la mitad de las ocasiones. Sin embargo, en otro estudio llevado a cabo en 1985 de diez niños menores de cinco años sólo uno identificaba correctamente qué era publicidad y que no lo era, aunque entre los 5 y los 6 años la proporción llegaba a seis de cada diez. A partir de los 10 años, la identificación alcanzaba el cien por cien.*”

Em um estudo perguntava-se às crianças “o que é um anúncio?” e “o que um anúncio tenta conseguir que você faça?”, os resultados foram que 53% dos alunos da educação primária (idades compreendidas entre 5 e 7 anos), e 87% dos alunos entre 8 e 9 anos e 90% dos alunos entre 10 e 11 anos destacaram a dimensão persuasiva dos anúncio. Em um estudo mais recente só 32% de crianças entre 4 e 6 anos mencionaram que os anúncios tentavam vender produtos, em contraste com o resto que destacou que a publicidade se emitia para entreter ou transmitir informação. Outra investigação manifestou que, ao contrario do que acreditam alguns ver mais televisão não gera uma capacidade melhor nem mais cedo na hora de discernir a intenção do anúncio. Até os 8 anos a criança também reconhece que os anúncios nem sempre dizem a verdade, e já começaram a intuir por que. A pesquisa mostra que, na medida em que crescem sua confiança nos anúncios diminui (SCHOR, 2006, p. 91-92, tradução nossa¹¹¹).

Ainda que ao final da infância a criança comece a apresentar sinais de que é capaz de diferenciar a publicidade da programação normal, isso não quer dizer que ela passa a ser menos vulnerável à persuasão ou sedução publicitária. Para Norminanda Vilar (2007, p.35), “a questão básica é se as crianças são capazes de resistir à força persuasiva da publicidade” (tradução nossa¹¹²).

Susan Linn, professora de psiquiatria da Escola Médica de Harvard e Diretora Associada do Centro de Mídia Infantil Judge Baker, em Boston, conclui, por meio de pesquisas que desenvolveu sobre a compreensão das crianças sobre a publicidade, que

Crianças em idade pré-escolar, por exemplo, têm dificuldade em diferenciar comerciais de programas normais de televisão. As crianças um pouco mais velhas sabem fazer tal distinção, mas pensam concretamente e tendem assim a acreditar no que vêem num comercial de quinze segundos sobre bolachas ou brinquedos. Até a idade de cerca de oito anos, as crianças não conseguem realmente entender o conceito de intenção persuasiva – segundo o qual cada detalhe da propaganda foi escolhido para tornar o produto mais atraente e para convencer as pessoas a comprá-lo (LINN, 2006, p.22).

¹¹¹ No original: “En un estudio en el que se preguntaba a los niños: “¿Que es un anuncio?” y “¿Que intenta lograr que hagas tú un anuncio?”, los resultados fueron que el 53% de los alumnos de primer ciclo de primaria (de edades comprendidas entre los 5 y los 7 años), el 87% de los de tercer curso (de entre 8 y 9 años) y el 99% de los de quinto (de entre 10 y 11 años) destacaron la dimensión persuasiva de los anuncios. En estudio más reciente solo el 32% de los niños de entre 4 y 6 años mencionó que los anuncios intentaban vender productos en contraste con el resto, que destacó que la publicidad si emitía para entretener o transmitir información. Otra investigación puso de manifiesto que, en contra de lo que creen algunos, ver más la televisión no genera una capacidad mejor ni más temprana a la hora de discernir la intención del anuncio. Hacia los 8 años, el niño también reconoce que los anuncios lo siempre dicen la verdad, y ya han empezado a intuir por qué. La investigación muestra que, en la medida en que crecen, su confianza en los anuncios disminuyen”.

¹¹² No original: “la cuestión básica que es si los niños son capaces de resistirse a la fuerza persuasiva de la publicidad”.

Mesmo quando passam a identificar uma mensagem como sendo publicitária, ou seja, um discurso que deseja induzi-las a comprar, as crianças continuam sendo vulneráveis ao poder persuasivo da publicidade.

Em um estudo realizado com crianças de 9 e 10 anos, estes viram um filme no qual os conscientizavam sobre os meios de comunicação, porém, mais tarde, enquanto viam os anúncios que lhes transmitiram suas idéias sobre a publicidade não mudaram, porque não usaram os conhecimentos adquiridos graças ao filme, e portanto, não foram capazes de resistir à persuasão (SCHOR, 2006, p.92, tradução nossa¹¹³).

Da mesma forma concluiu um grupo de pesquisadores brasileiros, na análise de uma campanha publicitária da Caixa Econômica Federal dirigida às crianças, que fazia uso de personagens infantis de desenho animado. Os pesquisadores verificaram que o grupo de crianças analisadas, após serem submetidas a este anúncio, demonstrou ter consciência que o seu objetivo não era apenas entretê-las, mas também vender um serviço. Ao final, estavam convencidas que a mensagem transmitida, de que poupar dinheiro para o futuro é importante, ou seja, aceitaram a mensagem e a tomaram como verdade. Não obstante, de acordo com os pesquisadores, as crianças não foram capazes de questionar a maneira como o anunciante deseja vender-lhes algo, e se o fez daquela forma apenas para conquistá-las. Ao considerarem que o discurso da publicidade analisada era coerente com o discurso dos pais, os pesquisadores concluíram que

[...] o que não fica claro para as crianças é que um mesmo discurso, quando proferido por um pai, dentro de sua formação ideológica e discursiva, não tem o mesmo significado ou objetivo quando passa a ser proferido por outro sujeito – o anunciante. Em outras palavras: o fato de o anunciante apresentar o mesmo discurso que uma pessoa em quem se confia não é suficiente para atribuir-lhe confiança também. Levando em conta as características das crianças como indivíduos em formação, reconhecemos que é mesmo complicado para elas a separação dos discursos dos sujeitos (LANGE, GIOVANETTI, ARAÚJO e SCHNEIDER, 2009, p.45).

Esta falta de senso crítico sobre o elemento persuasivo da publicidade se dá em razão da personalidade ainda em formação da criança. Ainda nos anos finais da

¹¹³ No original: *“En un estudio con niños de 9 y 10 años, estos vieron una película en la que se les concienciaba sobre los medios de comunicación, pero, más tarde, mientras veían los anuncios que les pasaron, sus ideas sobre la publicidad no cambiaron, porque no usaron los conocimientos sobre consumo adquiridos gracias a la película y, por tanto, no fueron más capaces de resistirse a la persuasión”.*

infância, a criança ainda é facilmente convencida sobre qualquer coisa. Qualquer discurso ou mensagem direcionada a ela é capaz de influenciar seu comportamento, pois ainda estão em formação os critérios que regularão suas vontades, desejos, interesses, moral e seu caráter.

Segundo Piaget (1975, p.101), “a formação da personalidade se inicia a partir do final da infância, com a organização autônoma das regras, dos valores e da afirmação da vontade, como regulação e hierarquização moral das tendências”. Nesta fase de formação, que compreende os oito aos doze anos, o indivíduo é muito facilmente seduzido pela mensagem publicitária. E esta condição de desenvolvimento em que se encontra a criança requer, segundo Piaget, cuidados com relação às influências externas:

Há personalidade, poderíamos dizer, a partir do momento em que se forma um programa de vida, que de uma vez seja fonte de disciplina para a vontade e instrumento de cooperação; mas dito plano de vida supõe a intervenção do pensamento e da reflexão livres, e é por esta razão pela qual não se elabora até que se cumpram certas condições intelectuais, como justamente o pensamento formal ou hipotético-dedutivo (PIAGET, 1975, p. 131).

É justamente desta delicada fase de desenvolvimento que se aproveita a publicidade infantil, momento em que o indivíduo não possui qualquer defesa para contestar as mensagens que recebe. Como consequência, a criança acredita em todas as mensagens comerciais que recebem, como se aquele discurso publicitário fosse uma verdade absoluta.

Como as propagandas para o público infantil costumam ser veiculadas pela mídia, e a mídia costuma ser vista como instituição de prestígio, é certo que seu poder de influência pode ser grande sobre as crianças. Logo, existe a tendência de a criança julgar que aquilo que mostram é realmente como é, e que aquilo que dizem ser sensacional, necessário, de valor, realmente possui essas qualidades. Acrescentaria aqui [...] a referência ao emprego de personagens que dirigem programas infantis. Com efeito, tais personagens costumam ter grande prestígio aos olhos da criança costumam ser, para elas, quase que figuras de autoridade: logo, seu poder de influência é grande e acaba sendo exercido, não em benefício da criança, mas sim do anunciante. (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2008, p.13).

Por todas essas contribuições, é possível concluir que a mensagem publicitária possui um potencial persuasivo e manipulador muito maior nas crianças do que no

público adulto. Por um lado, a criança realmente não é capaz de reconhecer a publicidade como tal, o que coloca em crise a sua existência perante o público infantil por total incompatibilidade com o princípio da identificação. Por outro lado, na medida em que a criança vai formando a sua capacidade de reconhecer a publicidade e perceber a existência de um elemento persuasivo, a sua condição de personalidade em formação a torna completamente vulnerável à persuasão publicitária porque é facilmente convencida e influenciada por qualquer discurso publicitário.

Por estas razões, de uma forma ou de outra, a publicidade é capaz de manipular, indevidamente, a vontade e os desejos da criança, independente dos seus reais e naturais interesses, o que representa uma violação a sua liberdade.

A preservação da autonomia da criança é abrangida tanto pela noção de “liberdade” da criança, como já verificado no tópico anterior, como pela noção de “respeito” à criança, conforme previsto no artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e é associada à inviolabilidade da sua integridade psíquica:

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

Ambos os direitos, liberdade e respeito, são previstos no Estatuto como direitos humanos da pessoa em desenvolvimento:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

A preservação do desenvolvimento da personalidade não se distancia um só momento da proteção da autonomia. Uma é praticamente condição da outra. “O desenvolvimento da personalidade é indissociável da noção de autonomia” (CLÈVE, 2006, p.215). Ignorar a necessidade de desenvolvimento da personalidade, e que a criança se encontra neste exato momento, é ignorar o seu direito à autonomia. Neste sentido, o anunciante que decide se comunicar comercialmente com a criança

e, sabendo da sua especial condição de desenvolvimento da personalidade, insiste no discurso persuasivo ou sedutor embutido no discurso publicitário, ignora que ela possui ou deva possuir uma autonomia e, assim, viola a sua liberdade. Significa dizer que fazer publicidade para criança é uma violação de direitos humanos, porque se realiza no desrespeito à dignidade humana da criança.

Ainda há que se falar nos interesses legítimos que os pais possuem com relação ao consumo dos seus filhos. Entretanto, alguns fatores, decorrentes de mudanças sociais da família nas últimas décadas, já analisados anteriormente, contribuíram para uma maior manifestação e respeito da vontade da criança no ambiente familiar. Todavia, esse mesmo contexto permite que o exercício do poder familiar seja corrompido. Numa análise profunda, a estratégia de explorar a publicidade dirigida à criança, principalmente o seu crescente poder de influência sob a escolha dos pais, também configura uma violação à liberdade da família.

3.2.2 O comprometimento da liberdade da família pela publicidade e o obstáculo ao Exercício do Poder Familiar

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu artigo 226, que a “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Tal manifestação leva-nos a compreender que a unidade familiar possui relevante proteção constitucional, a fim de ser entendida como entidade dotada de certa função social.

Neste contexto, transparece a necessidade de que os valores inerentes a uma comunidade familiar sejam protegidos pelo Direito, a fim de que seja preservada a unidade de valores morais e culturais produzidos pela família.

Se apresenta impossível a missão constitucional de se reconhecer e preservar valores morais e culturais universais e absolutos inerentes a todas as famílias brasileiras, e que decorrem de suas tradições ou costumes. A pluralidade de conceitos morais produzidos pelas diversas formações familiares de uma sociedade

multicultural como a brasileira impede a crença em valores familiares comuns a todos os indivíduos.

A partir destas premissas, pode-se entender a tutela da família como princípio constitucional. Todavia, como nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, "não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana" (2002, p.46). O texto constitucional busca a tutela da dignidade da pessoa humana e, neste ponto, constituir no ambiente familiar o local e o momento para a formação do indivíduo em sua plena realização como ser humano. A tutela da família pela Constituição Federal de 1988 significa a proteção das pessoas que a ela estão integradas, e dos seus contextos de formação social e de desenvolvimento dos valores da pessoa.

A partir desta premissa, é possível compreender a existência de uma função social da família. A função da família se realiza a partir do seu modelo eudemonista, pelo qual se justifica pela busca da felicidade e da realização pessoal daqueles que a compõem. Cumpre à entidade familiar a promoção da dignidade dos indivíduos, por meio das relações de afeto, carinho, cuidado e amor. "Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade" (FACHIN, 2003, p.31-32).

A tutela constitucional da família nos demonstra o interesse social de que sejam cumpridos os objetivos constitucionais da família, ou seja, que seja atendida sua função social. Decorre desta função a transmissão entre os familiares dos valores da pessoa humana.

Diante do paradigma da pós-modernidade, os modelos de convívio familiares têm sofrido alterações decorrentes da cultura de consumo, que se sobrepõe aos valores humanos que outrora eram produzidos no ambiente familiar. De acordo com Kehl (2003, p.173),

A dissolução do espaço público em vários países do Ocidente [...] e a passagem de uma ética da produção para uma ética do consumo, entre

outros fatores, são os grandes responsáveis pela desmoralização da transmissão familiar dos valores, e não o contrário.

A família está plenamente inserida no contexto da sociedade de consumo, e é plenamente perceptível um grande envolvimento das relações de consumo nas relações familiares.

Dentre todos os instrumentos de desenvolvimento da sociedade de consumo, é possível identificar a atividade publicitária como sendo a ferramenta do marketing que mais afeta os valores constitucionais da família. Algumas jurisprudências parecem indicar que abusos das mensagens publicitárias são capazes de violar a ordem constitucional de tutela à família, na medida em que deturpam os valores de dignidade garantidos pela Constituição Federal, e que se reúnem no valor da família¹¹⁴.

Diante deste cenário, pretende-se responder ao seguinte problema: a publicidade dirigida às crianças é capaz de violar os interesses sociais e a tutela constitucional da família?

Como resposta ao problema apresentado traz-se as hipóteses de que o apelo da atividade publicitária à persuasão do público infantil afeta aos direitos fundamentais da família, na medida em que servem de obstáculo ao exercício legítimo do poder familiar. Como consequência da deturpação do poder familiar tem-se a violação da liberdade da família e do desenvolvimento integral da criança. Esta afirmação tem como pressuposto a existência de uma tutela constitucional à autonomia privada do ente familiar que, por sua vez, tem como finalidade a preservação dos valores familiares e dos interesses constitucionais da família, e a proteção integral da criança.

A crítica a estas estratégias de marketing se resume na sua capacidade de violar valores morais da coletividade e de abusar da credulidade do público infantil para

¹¹⁴ Como exemplo, é possível citar a sentença proferida na Ação Civil Pública (023.06.379233-0) movida pelo Ministério Público de Santa Catarina em face da empresa Ellus, por veicular publicidade que contribui para deturpação de valores sociais e culturais (MPSC. *Ellus terá de pagar multa de R\$ 500 mil por veiculação de publicidade abusiva em todo País*. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br>. Acesso em: 13 jun. 2009)

impingir-lhes desejos de consumo, a fim de que sejam atendidos pelos seus responsáveis.

Por outro lado, pesam os argumentos que defendem a liberdade de expressão comercial, baseada nos princípios da livre iniciativa e na carência de dispositivos legais que proíbam expressamente a publicidade dirigida ao público infanto-juvenil (GRAU, 1988, p.226)¹¹⁵.

Os debates travados na doutrina jurídica e na jurisprudência não enfrentam questões relevantes como o papel da família na sociedade de consumo de massa, os conceitos de publicidade abusiva com base nos valores éticos e sociais da família que transpõem princípios constitucionais, e o exercício do poder de família como instituto jurídico impactado pelos excessos da atividade publicitária. Em outros termos, as discussões a respeito do tema ignoram as discussões sobre tutela dos direitos sociais da família.

A análise deste tema demanda o estudo de distintas áreas da ciência jurídica, porém os trabalhos devem ter como ponto de partida o sistema principiológico da Constituição Federal de 1988, com especial atenção às suas disposições sobre a família.

O artigo 221 da Constituição Federal determina que “a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: [...] IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Como tratado anteriormente, partiremos do pressuposto que os valores éticos e sociais da família se traduzem na própria existência da família como unidade, como entidade que proporciona o afeto, o cuidado e o amor para dignificar o desenvolvimento dos seres humanos que a compõem. A tutela constitucional da família pressupõe a garantia da harmonia das relações familiares e preservação dos

¹¹⁵ No mesmo sentido Clèmerson Merlin Clève: “As liberdades de informação, de expressão da atividade intelectual e de manifestação do pensamento protegem, também, a atividade publicitária” (In: SARMENTO; GALDINO, 2006, p.224).

valores morais e culturais particulares de cada ente familiar que devem ser preservados em nome da sua unidade.

Ao reconhecer a existência do valor da família, a Constituição aparenta pretender a proteção da existência e da formação da família, não apenas em sentido objetivo, mas indicando que a família possui funções claras a serem atendidas.

O instrumento jurídico pelo qual a família cumpre a sua função social, e mantém o controle da unidade familiar, é o Poder Familiar¹¹⁶. A necessidade de determinações legais para o exercício do poder familiar se deve ao fato de

[...] a família ter deixado de ser uma unidade de direção para se tornar pluralidade de existências, com o que se passa a admitir uma ingerência na intimidade doméstica, necessária ao processo de politização da família, especialmente em relação ao governo dela (COMEL, 2003, p.90).

Há uma relação direta entre o exercício do poder familiar e o comportamento de consumo saudável da criança. Cabe aos responsáveis da criança a tarefa de auxiliá-los no seu processo de desenvolvimento, especialmente durante a formação de sua personalidade. A realização das melhores escolhas na sociedade de consumo e a formação de uma personalidade como consumidores conscientes é uma tarefa difícil para as crianças, que carecem do auxílio dos pais. Por isso, é inerente ao poder familiar o dever dos pais de fazer escolhas ou de auxiliar as decisões das crianças, protegendo o processo de formação das suas vontades e dos seus desejos.

Sobre tal instituto estabelece o Código Civil:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

¹¹⁶ Denise Comel entende que melhor do que a expressão “poder familiar”, para substituir a designação “pátrio poder” do Código Civil anterior, seria “autoridade parental” utilizada no direito francês. “O vocábulo autoridade, por ter um sentido mais ameno que o termo poder, ainda que também possa significar poder, mas no sentido de decidir, ordenar, de se fazer obedecer, ou, ainda, significando a força da personalidade de um indivíduo que lhe permite exercer influência sobre pessoas, pensamentos e opiniões, ascendência. [...] Com isso, ficaria afastada a idéia de domínio ou mando, inerente ao vocábulo poder, sem perda do sentido próprio” (COMEL, 2003, p.58). Paulo Luiz Lôbo Netto concorda com o uso da expressão autoridade parental: “o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro” e parental “destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos” (LÔBO NETTO, 2000, p. 142) – DO PODER FAMILIAR.

E dentre os poderes que cabe aos pais, destaca-se:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

[...]

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

[...]

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O que o Direito Civil estabelece como dever dos pais, pode também ser entendido, no âmbito do Direito Constitucional e, em especial, como princípio de direito social fundamental, o direito da família de cuidar das escolhas e das vontades das crianças durante o seu desenvolvimento e formação da sua personalidade.

A concepção anterior do pátrio poder era relacionada “à idéia de poder, autoridade, de direito conferido ao pai sobre o filho, seja no aspecto econômico, seja no social, seja no pessoal” (COMEL, 2003, p.60). O que se preservava era objetivamente o interesse do chefe da família. A noção atual do poder familiar se fundamenta na necessidade constitucional de proteção à criança e ao adolescente, ao reconhecimento destes indivíduos como sujeitos de direitos autônomos, “donde já não há que se falar em poder sobre eles, e sim em deveres com relação a eles, ainda que reconhecida uma autoridade para o repisado fim” (COMEL, 2003, p.60).

Sobre a influência da publicidade no âmbito do Direito da Família e do Poder Familiar, o próprio mercado publicitário reconhece que a atividade é capaz de violar a paz e a harmonia familiar. Neste sentido, estabelece o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu Artigo 19:

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

A opção da regra acima pela expressão “núcleo familiar” deve ser analisada. A princípio, sua compreensão indica que a mensagem publicitária deve se abster de violar a união da família e contribuir para a manutenção de uma harmonia e paz familiar. Ao mesmo tempo, o artigo associa o respeito às autoridades constituídas ao

núcleo familiar, o que indica o reconhecimento de que a publicidade tem a capacidade de deturpar a autoridade parental, necessária para a efetividade de direitos sociais da família e da infância. Vê-se, neste dispositivo, o reflexo de princípios constitucionais no controle privado da atividade publicitária, numa demonstração de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, entre eles, a dignidade da pessoa humana, a intimidade, os direitos sociais e a tutela da família.

O princípio da proteção integral da criança, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, que atribui à família, além da sociedade e do Estado, o dever de assegurar com absoluta prioridade a liberdade, a dignidade, a educação e demais direitos fundamentais da pessoa humana, em decorrência da sua condição especial de desenvolvimento, permite que o Poder Familiar seja analisado como deveres da família, do Estado e da sociedade e ao mesmo tempo como direitos da criança. Além disso, o poder familiar também pode ser entendido como direito da família, como exercício de direito dos pais ou responsáveis, em especial, pela criança. Pontes de Miranda já defendia esse entendimento por acreditar que o pátrio poder se configurava em “direitos atribuídos ao pai como meio para realização de seus deveres com relação aos filhos” (COMEL, 2003, p.61). Não se trata de um direito ao mero exercício de autoridade, mas sim como instrumento para o cumprimento de um dever. De acordo com Pontes de Miranda (1989, p.105-106), o pátrio poder, hoje, poder familiar, compreendia um

Conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida¹¹⁷.

Atualmente, a doutrina continua a entender que o poder familiar se constitui em função e ao mesmo tempo em direito da família (COMEL, 2003, p.65). Tal crença se fortalece a partir da tutela da família que a Constituição atual preza.

¹¹⁷ Denise Damo Comel cita outros autores como José Virgílio Castelo Branco Rocha, que também já definia o pátrio poder como “soma de direitos e deveres concebidos ao pai, para que possa desempenhar os encargos que a lei lhe confere, no tocante à criação e educação dos filhos e conseqüente administração dos seus bens”, e Sílvio Rodrigues que ensinava que o pátrio poder era “o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”. (COMEL, 2003, p.61 e 64)

Este direito da família de orientar as escolhas, as vontades, os desejos e as decisões das crianças, também no âmbito do seu comportamento de consumo, decorrente do Poder Familiar, pressupõe a existência de uma indispensável liberdade da família, tutelada na esfera do Direito Constitucional e Civil. Nesta linha se insere as lições de San Tiago Dantas (1991, p.398):

Este dever, esta função, é de tal natureza que ele só será bem exercido, se o seu titular dispuser de uma grande liberdade em relação ao seu cumprimento. E, para que ele tenha essa liberdade, é que se reconhece, então, como um momento posterior, o seu direito.

A exploração da publicidade dirigida às crianças, no intuito de estimulá-las aos incansáveis pedidos de compras aos seus pais, e com base no poder de influência que elas exercem atualmente no comportamento dos seus pais, pelos inúmeros fatores já verificados nos capítulos anteriores, configura seguramente uma violação ao direito da família de exercer o legítimo poder familiar, e neste sentido, viola-se a liberdade da entidade familiar.

Tais práticas publicitárias são capazes de criar conflitos familiares pelo domínio das vontades das crianças contra a ingerência dos pais. Além da discussão da abusividade das mensagens publicitárias dirigida aos menores, a discussão sobre o controle da publicidade em prol da tutela dos direitos fundamentais da criança deve passar pelos reflexos destas estratégias de marketing no exercício eficaz do poder familiar. A associação entre os temas se apresenta relevante tanto para o aspecto da violação de valores humanos cuja transmissão cabe à família, quando à realização das escolhas das crianças por parte dos seus responsáveis.

A discussão encontra indícios nas previsões dos diversos diplomas internacionais sobre controle da atividade publicitária, e que no Brasil se traduz no artigo 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

Artigo 37, CBAP: Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

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

[...]

e) provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;

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.

As previsões dos estatutos de controle público ou privado da publicidade sobre a proibição de discursos publicitários que estimulem as crianças a realizarem pedidos de compra aos seus pais, são comuns em diversos estatutos internacionais, bem como na regulamentação privada brasileira, como já analisado no presente estudo. Tal estratégia publicitária tem como consequências a insistência das crianças, e por algumas vezes o atendimento pelos pais (pelo mero fato destes se sentirem de certa forma constrangidos de negar-lhes os produtos solicitados), e por outras, verdadeiros conflitos familiares. Este princípio comum do controle internacional da publicidade se dá pelo fato de que este apelo abusivo e excessivo das crianças, e o estímulo subliminar ao enfrentamento aos pais, é uma estratégia exercida de uma forma muito natural pela atividade publicitária. Trata-se do chamado “fator amolação”¹¹⁸, explorado de forma irresponsável por grande parte dos anunciantes de produtos e serviços infantis.

James Mcneal, precursor do marketing infantil, reconhece que o apelo excessivo ao consumo das crianças representa um grande incômodo aos pais, visto que,

[...] quando os comerciantes bombardeiam as crianças com mensagens informativas e persuasivas, alguns pais se indignam, sentindo que aqueles

¹¹⁸ Atribui-se o termo “fator amolação” à Susan Linn (2006, pg 55 a 65), e em português à tradutora de sua obra, Cristina Tognelli. Mas a estratégia de estimular crianças a “amolar” os seus pais com pedidos insistentes de compra, acompanhados de manhas, choros e pirraças, recebeu outros nomes como fator insistência por Juliet Schor (2006, p. 84 a 86) e efeito ou fator NAG, por diversos autores, como Victoria Tur Viñes e Irene Ramos Soler (2008, p.30-31): “NAG es el acrónimo de Numerical Algorithm Group. Em informática se suele utilizar como una rutina para la generación aleatoria de números o para resolver ecuaciones numéricas. En nuestro contexto reflejaría la insistencia temporal con la que algunos niños bombardean a sus padres hasta conseguir lo que quieren. La precursora del término fue Judith Schoolman en un artículo titulado ‘Nag Factor Plays Role in What Parents Buy: Only 31 Percent Are Immune to Their Kids Whining’, Toronto Star, August 24, 1998. (...)En la literatura sobre el tema, existe cierta confusión entre este término y el pester power. Es frecuente que nag factor se utilice como sinónimo de pester power, a pesar de que su significado es bien diferente. Nag factor hace referencia a la estrategia infantil de petición de compra basada en la insistencia a los padres, y pester power se refiere a la capacidad de influencia que tiene el niño en las compras familiares o en productos o servicios no destinados exclusivamente a él”.

usurpam a responsabilidade paterna de ensinar a seus filhos os assuntos de mercado (MCNEAL, 1992, p.30, tradução nossa¹¹⁹).

A estratégia de estimular as crianças a influenciarem as escolhas do pai, ou ainda, de pedir insistentemente bens de consumo aos seus responsáveis, até que estes, cansados de negar às petições dos seus filhos os atendam, ou porque sentem necessidade de compensar a ausência de um dia inteiro de trabalho¹²⁰, ou porque consideram que existem muitas outras batalhas a enfrentar na educação de suas crianças¹²¹, faz parte do manual de técnicas publicitárias para crianças.

Da leitura de obras que se dedicam a analisar o comportamento de consumo das crianças, para então oferecer métodos eficazes de venda para este público, é possível verificar que o estímulo ao “fator amolação” é um dos mais recomendados, tamanha a sua eficiência.

Susan Linn destaca as pesquisas sobre o “fator amolação” que determinam que “o impacto da amolação das crianças é estimado como responsável por 46% das vendas em negócios-chave direcionados às crianças” (LINN, 2006, p.58).

O “fator amolação” corresponde à estratégia que mais afeta o poder familiar que os pais devem exercer em seus filhos, em prol do seu desenvolvimento, e que mais perturba a harmonia familiar e a liberdade dos pais no exercício da educação para o consumo dos seus filhos, inerente ao referido poder familiar.

¹¹⁹ No original: “cuando los comerciantes bombardean a los niños con mensajes informativos y persuasivos, algunos padres se indignan, sintiendo que aquéllos usurpan la responsabilidad paterna de enseñar a sus hijos los asuntos de mercado”.

¹²⁰ “Los padres que pasan menos tiempo con sus hijos gastan más dinero en ellos. Los llaman ‘dinero culpable’, y es un tema que apareció en casi todas las conversaciones que mantuve en relación con la gran influencia sobre las compras que ejercen los niños de hoy. (...) Por el contrario, los padres que pasaban más tiempo con sus hijos compraban menos productos de este tipo. (...) Dichos resultados no demuestran que sea el sentimiento de culpa de los padres el que motive las compras, pero la creencia de los profesionales del marketing en el poder de la culpa, así como su habilidad para sacar partido de ella, sigue siendo importante” (SCHOR, 2006, p.39).

¹²¹ “Sacar partido de esas contradicciones emocionales ha contribuido a que los padres relajen sus normas sobre comida. Enfrentados al aluvión de anuncios de comida, son muy pocos los que se han mantenido inflexibles. La renuncia paterna en el tema de la comida también tiene lugar porque los progenitores se sienten asaltados en muchos otros frentes. Carlson cree que éstos ‘luchan en muchos frentes: sus hijos quieren unas cosas, sus hijos les vuelven locos, ellos tienen que irse a trabajar. Les preocupa más que sus hijos vayan al colegio y fumen marihuana o hachís que el contenido de las bebidas que consumen. Es algo así como (...) bueno, si consigo que te calles y además te hace feliz” (SCHOR, 2006, p.176-177).

James McNeal, em seus manuais de venda para crianças defende o “fator amolação” como ferramenta de vendas de produtos infantis e atribui aos pais a responsabilidade de negar aos seus filhos os seus pedidos de consumo, e de servir como filtro das mensagens publicitárias que os pequenos recebem:

[...] as crianças são muito mais propensas a pedir que lhes comprem um objeto quando estão na presença de um estímulo relacionado com este objeto. Essa regra parece evidente, mas tem muitas implicações na criação das crianças, na comercialização e no interesse do público:

1. Um comerciante que deseja orientar a influência das crianças nos pais para a compra de um objeto deveria dirigir frequentes mensagens àquelas acerca do objeto nos meios mais variados, incluindo no local de vendas.
2. Os pais que não desejam que seus filhos sejam influenciados pelos comerciantes, que por sua vez gerariam pedidos das crianças deveriam mantê-los distantes das mensagens de marketing.
3. Se quem vela pelo interesse público acredita que é incorreto que os comerciantes tratem de influenciar os pedidos de compras das crianças e que não devem influenciá-los em determinadas horas, deve limitar as mensagens comerciais dirigidas às crianças, pelo menos em certos períodos.

Desta regra geral podemos deduzir que a criança fará pedidos de compras quando observa, escuta ou lê avisos comerciais, ou pouco depois, durante as visitas aos locais de venda, quando está em contato com seus pares ou pouco mais tarde, ou no período em que percebeu outras mensagens. (MCNEAL, 1992, p.126-127, tradução nossa¹²²).

O que o autor propõe para os pais, para manter seus filhos distantes das mensagens publicitárias, é uma tarefa impossível. E atribuir ao Estado a solução do problema do efeito amolação vai ao encontro do princípio da prioridade absoluta da proteção da criança, que configura um dever não apenas da família e do Estado, mas também da sociedade, na qual se inserem os anunciantes e os publicitários.

O argumento de que os pais são responsáveis pelos filhos, que deles é a culpa pelo consumismo das crianças, pelos altos índices de obesidade infantil, e por relaxarem

¹²² No original: “los niños son mas propensos a pedir que les compren un objeto cuando están en presencia de un estímulo relacionado con ese objeto. Esa regla parece evidente, pero tiene muchas implicaciones en la crianza de los niños, en la comercialización y en el interés público: 1. Un comerciante que desee orientar la influencia de los niños en los padres para la compra de un objeto debería dirigir frecuentes mensajes a aquéllos acerca de dicho objeto en los medios más variados, incluso en el local de ventas. 2. Los padres que no deseen que sus hijos sean influenciados por los comerciantes, que a su vez generarían pedidos de los niños deberían mantenerlos alejados de los mensajes de marketing. 3. Si quienes velan por el interés público creen que es incorrecto que los comerciantes traten de influenciar los pedidos de compras de los niños o que no los deben influenciar en determinadas horas, deben limitar los mensajes comerciales dirigidos a los niños, por lo menos a ciertos períodos. De esta regla general podemos deducir que el niño hará peticiones de compras cuando observa, oye o lee avisos comerciales o poco después durante las visitas a los locales de venta, cuando está en contacto con sus pares o poco más tarde, o en el periodo en el que ha percibido otros mensajes”.

na educação para o consumo dos pequenos, tem sido utilizado como principal defesa dos anunciantes de produtos infantis e publicitários. Tal defesa se fortalece na ideia de que o exercício do poder familiar é um dever dos pais. Se por um lado a liberdade da atividade publicitária e a inexistência de regras claras sobre o assunto permitem o apelo comercial ao consumo das crianças, aos pais que não concordam cabe cuidar para que seus filhos não sejam expostos às mensagens publicitárias, ou, ainda mais simples, digam não aos pedidos dos seus filhos.

É o que se percebe da leitura dos manuais de marketing para crianças como o de James McNeal: “um exame mais próximo indica que os pais deveriam compartilhar a responsabilidade pelo materialismo das crianças, se assim se pode chamar, pois são os pais quem provêem o dinheiro e alguns dos incentivos para obtê-lo” (1992, p. 58, tradução nossa¹²³). Da mesma forma defendem as espanholas Victoria Viñes e Irene Soler:

Esta capacidade de influencia poderia se presumir em idades muito jovens, onde a personalidade do sujeito ainda está em formação, mas é precisamente nesta idade que o ato final da compra necessita da compra necessita da intervenção do adulto para se fazer efetivo, por isso, o juízo da criança deve se complementar com o juízo do adulto (2008, p.127, tradução nossa¹²⁴).

Juliet Schor, pesquisadora nos temas de consumo, economia e família e professora da Boston College, por sua vez, deve ser inserida no grupo de cientistas que acreditam na ineficiência do poder familiar e de qualquer exercício de controle dos pais diante da massiva publicidade dirigida às crianças e de suas avançadas técnicas de persuasão e sedução, e que, por isso, critica de forma veemente o apelo ao consumo dirigido às crianças, ainda mais por meio do “fator amolação”. A autora norte-americana lista uma série de argumentos utilizados pelos anunciantes de produtos infantis, que obteve por meio de suas entrevistas e pesquisas desenvolvidas com executivos do mercado de produtos e serviços infantis:

¹²³ No original: “*Un examen más próximo indica que los padres deberían compartir la responsabilidad por el materialismo de los niños, si así se lo puede llamar, pues son los padres quienes proveen el dinero y algunos de los incentivos para obtenerlos*”.

¹²⁴ No original: “*Esta capacidad de influencia podría presumirse en edades muy tempranas, donde la personalidad del sujeto todavía está en formación pero es precisamente en esta edad, donde el acto final de compra necesita de la intervención del adulto para hacerse efectivo, por lo tanto el juicio del niño debe complementarse con el juicio del adulto*”.

O argumento conclusivo que o setor publicitário utiliza em sua defesa é que os pais sempre podem proteger seus filhos dos anúncios. Podem desligar a televisão e dizer não. Quando os pais deixam que seus filhos vejam o que vêem, estão lhes dando aprovação tácita (SCHOR, 2006, p.239, tradução nossa¹²⁵).

O executivo Peter Reynoulds da indústria de brinquedos Brio Toys, citado por Juliet Schor (2006, p.239) e por Susan Linn (2006, p.64), registrou o seguinte relato em uma entrevista:

Não é que os pais perdem o controle, é que renunciam a ele [...]. A responsabilidade de uma compra recai sempre no adulto. Sim, é certo que a criança te pedirá que lhe compre um brinquedo setenta e duas vezes por dia. Mas se a resposta é negativa nestas setenta e duas vezes por dia durante três ou quatro semanas, acabará não pedindo mais (SCHOR, 2006, p.239, tradução nossa¹²⁶).

Tais argumentos partem do pressuposto de que o poder familiar é um dever a ser exercido pelos pais em nome do melhor desenvolvimento dos seus filhos. Entretanto, diante da verificação em que o poder familiar também deve ser entendido como um direito dos pais de realizar as escolhas em nome dos seus filhos e de exercer da forma que melhor entender o seu poder familiar, e que pressupõe a existência de uma liberdade efetiva da família, a publicidade que apela de forma direta ou indireta para que as crianças peçam aos seus pais, e que se aproveita das atuais fragilidades do poder familiar, viola a liberdade da família.

É importante frisar que a preocupação com o desenvolvimento da criança na sociedade de consumo deve ser, como será mais bem analisado no próximo capítulo, da família, do Estado e da sociedade, conforme atribuição do artigo 227 da Constituição Federal. Não se exclui a responsabilidade dos pais sobre a educação dos seus filhos e o seu dever de fazer as melhores escolhas em seu nome, e de, inclusive, negar os pedidos de produtos ou serviços que não se inserem nas vontades suas vontades sobre o comportamento de consumo dos seus filhos.

¹²⁵ No original: *“El argumento concluyente que el sector publicitario utiliza en su defensa es que los padres siempre pueden proteger a sus hijos de los anuncios. Pueden apagar la tele y decir que no. Cuando los padres dejan que sus hijos vean lo que ven, les están dando su aprobación tácita”*.

¹²⁶ No original: *“No es que los padres pierdan el control, es que renuncian a él [...]. La responsabilidad de una compra recae siempre en el adulto. Sí, es cierto que el niño te pedirá que le compres un juguete setenta y dos veces al día. Pero si la respuesta es negativa esas setenta y dos veces al día durante tres o cuatro semanas, acabará por no pedirlo más”*.

Entretanto, não se pode ignorar a dificuldade que os pais encontram atualmente de realizar esta função e de negar tantas vezes aos seus filhos. Neste sentido, se insere o dever do Estado de providenciar para que o exercício do poder familiar não seja tão penoso para a harmonia das relações familiares e para o convívio entre pais e filhos, e nem dos anunciantes que, como personagens da sociedade de consumo, devem evitar afetar a ordem da família e de servir como obstáculo ao exercício do poder familiar.

No mesmo sentido, Juliet Schor:

Os pais deveriam ter, e de fato têm, a responsabilidade de restringir o acesso de seus filhos à cultura do consumo. Quando não a exercem nem põem limites, os resultados podem ser desastrosos. [...] Mas o fato inquestionável da responsabilidade paterna não implica que seja somente os pais quem deva dar satisfações. A complexidade da vida atual faz com que esse enfoque resulte simplista em excesso. Se considera-se a evolução das relações entre crianças, pais e profissionais do marketing, observa-se que o triângulo se tem feito muito mais enredado e difícil. E nesse exercício, se há algo que destaca com clareza, é que as três partes devem se comportar de outro modo (SCHOR, 2006, p.240, tradução nossa¹²⁷).

O que a professora de Boston defende é que não se deve questionar a necessidade de os pais exercerem sua autoridade, mas que estes peçam ajuda. E apresenta como resultado de pesquisas com pais que 41% deles afirmam que é cada vez mais difícil impor limites aos filhos, já que grandes partes da publicidade dirigida a eles os fazem pensar que necessitam dos produtos anunciados para serem aceitos em seus grupos; que 78% dos pais são claramente contrários à publicidade de marcas nas escolas; que 65% deles concordam que os canais de televisão deveriam ser obrigados a reduzir a quantidade de mensagens comerciais dirigidas às crianças; e que 64% acreditam que os servidores de internet fazem pouco para proteger as crianças da publicidade on-line. Quando perguntados como se sentem quando seus filhos pedem coisas que viram em anúncios publicitários, 20% dos pais entrevistados responderam “enfadados”, 38% responderam “pressionados”, enquanto 17%

¹²⁷ No original: “Los padres deberían tener, y de hecho tienen, la responsabilidad de restringir el acceso de sus hijos a la cultura del consumo. Cuando no la ejercen ni ponen límites, los resultados pueden ser desastrosos. [...] Pero el hecho incuestionable de la responsabilidad paterna no implica que sea sólo a los padres a quien se deba pedir cuentas. La complejidad de la vida actual hace que ese enfoque resulte simplista en exceso. Si se considera la evolución de las relaciones entre niños, padres y profesionales del marketing, se observa que el triángulo se ha hecho mucho más enredado y difícil. Y en ese ejercicio, si hay algo que destaca con claridad, es que las tres partes deben comportarse de otro modo”.

responderam “feliz por ter dinheiro para comprá-los”. Além disso, uma grande quantidade de pais, 78%, concorda que o “marketing e a publicidade pressionam muito as crianças para que comprem coisas que são muito caras, prejudiciais à saúde ou supérfluas”; 70% percebem que “a publicidade dirigida às crianças têm efeitos negativos em seus valores e sua visão do mundo”; e 87% acredita que “a publicidade atualmente dirigida às crianças os convertem em adolescentes demasiadamente materialistas”. Por fim, Juliet Schor conclui que, enquanto 40% dos pais culpam a si mesmos, a maioria se mostra crítica em relação às práticas do mercado publicitário quando se dirige às crianças (SCHOR, 2006, p.241).

Grande parte das pesquisas realizadas com os pais chega à mesma conclusão: a publicidade dirigida às crianças torna difícil a função dos pais. Para o presente estudo, a conclusão a que se chega é que a publicidade dirigida às crianças é obstáculo ao exercício do poder familiar, e compromete a liberdade e a harmonia da desta.

Também conclui a favor de uma maior contribuição do Estado e dos anunciantes para o exercício do poder familiar a professora de Harvard Susan Linn:

Não absolvo os pais da responsabilidade sobre o bem-estar dos filhos em um mundo movido pelo comércio, mas a maioria dos pais com quem converso está fazendo o seu melhor no que, com frequência, parece uma luta opressiva e sem fim. Diante dos ataques comerciais implacáveis, brilhantemente planejados e bem financiados direcionados às crianças, espera-se que os pais sejam guardiões inflexíveis e seus protetores exclusivos. [...] Após anos de exploração sobre como a publicidade e a sua prática afetam às crianças, cheguei à conclusão de que dizer aos pais para ‘simplesmente dizerem não’ a cada pedido dispendioso relacionado ao marketing não é seguro, razoável ou tão simplista de acordo com os valores familiares quanto dizer a um viciado para ‘simplesmente dizer não’ às drogas (LINN, 2006, p.55-56).

Ao mesmo tempo em que a publicidade dirigida às crianças atua como obstáculo ao exercício do Poder Familiar e compromete a liberdade da família, é causa direta de conflitos familiares, especialmente quando se faz uso do “fator amolação”.

Como já verificado, anteriormente, muitas são as normas de controle da atividade publicitária vigentes em ordenamentos jurídicos estrangeiros que se fundamentam na garantia de um convívio harmonioso entre os membros da família. Tal

preocupação, verificada em diversos sistemas públicos e privados de controle da publicidade de distintos países, tem como pressuposto a capacidade da publicidade dirigida às crianças contribuir para conflitos familiares. Conforme a experiência da psiquiatra Susan Linn, “de fato, a indústria do marketing propositadamente se coloca entre pais e filhos em muitos casos, provocando potencialmente toda sorte de caos na vida familiar” (LINN, 2006, p.57).

Na tutela da família pelo Direito Constitucional brasileiro se insere a garantia da harmonia das relações familiares. É o que se compreende a partir do artigo 226 da Constituição Federal¹²⁸. A partir deste princípio de proteção da família, o Estado deve contribuir para que os membros da família tenham condições de conviver de forma pacífica e harmoniosa, principalmente para garantir o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente.

Como visto em um momento anterior, a utilização do “fator amolação” como estratégia publicitária se configura como obstáculo ao exercício do poder familiar, tanto na sua esfera de deveres de cuidado e educação para o desenvolvimento da criança, como na esfera de direitos de liberdade de vontade, escolha e decisão da família. Ao mesmo tempo, o uso desta condenável estratégia comercial contribui para a ocorrência de conflitos familiares e perturbação da paz entre os membros da família.

Há conseqüências, e entre as piores está o efeito do marketing na vida familiar. Os pais podem manter-se firmes e se recusar a comprar, eles podem acostumar mal as crianças cedendo a cada pedido ou podem prejudicar suas finanças ao comprar mais do que realmente podem. O conflito a respeito de artigos anunciados para crianças é uma causa de stress familiar, e os profissionais de marketing estão cientes deste fato (LINN, 2006, p.56).

Já há algum tempo que os publicitários estudam os efeitos do “fator amolação” no resultado das vendas para crianças. Tais estudos decorrentes de pesquisas científicas promovidas por sociólogos, antropólogos e psicólogos a serviço da indústria de produtos infantis, fortalecem o uso desta estratégia no mercado publicitário.

¹²⁸ Art. 226, C.F. – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Diversos estudos comprovaram a eficiência do “fator amolação” nas vendas de produtos infantis e comprovam a sua capacidade de gerar conflitos familiares. Uma famosa pesquisa publicada no boletim de marketing especializado *Selling to Kids* (Vendendo para Crianças) intitulada “*The old nagging game can pay off for marketers*” registrou que 150 mães de crianças de três a oito anos, que durante duas semanas anotaram todos os pedidos de compras dos seus filhos, receberam um total de 10 mil amolações, numa média de 66 amolações por mãe, ou 4,7 amolações por dia (LINN, 2006, p.58).

As pesquisadoras espanholas e publicitárias, Victoria Tur Viñes e Irene Ramos Soler, dedicam seus estudos a subsidiar técnicas de vendas e de persuasão às crianças. No estudo do “fator amolação”, as professoras de comunicação e publicidade da Universidade de Alicante concluíram que os argumentos mais utilizados pelas crianças durante sua “amolação” são:

1. Todas as crianças têm ou todos meus amigos têm; 2. Ninguém tem ou se eu tiver vou impressioná-los; 3. São de algum personagem famoso, real ou do mundo da ficção; 4. Se eu não tiver não vou poder completar a coleção; 5. Como compraram para X, têm que comprar alguma coisa para mim também. (VIÑES; SOLER, 2008, p.78-79, tradução nossa¹²⁹)

Os estudiosos a favor dos anunciantes possuem a exata noção das consequências em estimular as crianças a usar os referidos argumentos nos seus apelos de consumo aos seus pais. Entre eles, McNeal se destaca por sua análise a respeito dos efeitos do estímulo ao “fator amolação”:

Como consequência, podem produzir-se conflitos entre progenitor e filho, que adotam diferentes formas. Fazem rabugices nos locais de venda, ficam rígidos, prendem a respiração, choram, ameaçam e atiram coisas; tudo pode acontecer, humilhar os pais e “fazê-los envelhecer mais rápido”. Os pais que não podem gastar para satisfazer a maior parte dos pedidos das crianças ou aqueles que acreditam firmemente que são eles e não o filho ou o vendedor quem decide o que se vai comprar, podem chegar a pagar um preço alto em confusão, frustração e enjôo. [...] é possível que as

¹²⁹ No original: “1. ‘Todos los niños lo tienen’ o ‘Todos mis amigos lo tienen’. [...] 2. ‘No lo tiene nadie’ o ‘Si lo tengo les impresionaré’. [...] 3. ‘Son las de algún personaje famoso, real o del mundo de la ficción’. [...] 4. ‘Si no lo tengo, no podré completar la colección’. [...] 5. ‘Como Le has comprado a ‘X’ algo, a mi también me tienes que comprar algo’”.

relações entre pais e filhos fiquem lesionadas (MCNEAL, 1992, p.134, tradução nossa¹³⁰).

A análise pelos anunciantes (e pelos psicólogos e sociólogos a sua disposição) inclui o estudo a respeito dos comportamentos normalmente adotados pelos pais quando vítimas do “fator amolação”. Os pais são classificados por seus comportamentos em diversos níveis, desde os mais autoritários, que desorientam a independência dos seus filhos e são capazes de tomar todas as decisões por eles livre de suas influências, até os mais permissivos, que são incapazes de exercer qualquer controle sobre os filhos (MCNEAL, 1992, p. 135). Há também classificações mais detalhadas, que definem os estilos de comportamento dos pais como os “resistentes”, que são capazes de contra-argumentar seus filhos e mediante uma habilidosa negociação conseguem impedir os efeitos da atitude insistente dos seus filhos; os “colegas”, entre os quais se inserem os pais jovens que compram para os filhos para também desfrutar dos mesmos prazeres; os “compensatórios”, que se sentem culpados diante dos diversos pedidos dos seus filhos e atribuem a amolação às suas ausências, compensando esta ausência com o atendimento do desejo da criança; e os “conflituosos”, que sabem que não deveriam dar tudo o que os seus filhos pedem, e sabem que seus pedidos decorrem do estímulo da publicidade, mas o fazem porque não concebem outra maneira de agir (VIÑES; SOLER, 2008, p.80). Juliet Schor (2006, p.84) registra em suas pesquisas que apenas 13% dos pais se encontram na categorias dos “resistentes” ou “conservadores”. As estratégias mais avançadas de comunicação comercial com as crianças levam em consideração as diversas possibilidades de atitude dos pais, para que a campanha publicitária possa atingir a todos de forma imune às barreiras impostas por eles.

Paco Underhill, pesquisador sobre Comportamento do Consumidor e consultor de grandes marcas na Espanha, e que se autodenomina autor de uma “Ciência do Shopping”, apresenta como resultado de seus estudos algumas estratégias eficazes para venda de produtos e serviços infantis a partir do “fator amolação”. Uma de

¹³⁰ No original: “Como consecuencia, pueden producirse conflictos entre progenitor e hijo, que adoptan diferentes formas. Rabietas en los locales de venta, ponerse rígidos, retener la respiración, chillar, llorar, amenazar y arrojar cosas; todo puede ocurrir, humillar a los padres y ‘hacerlos envejecer más rápido’ como dijo una madre. Los padres que no pueden gastar para satisfacer la mayor parte de los pedidos de los niños o aquéllos que creen firmemente que son ellos y no el hijo o el vendedor quien decide lo que se va a comprar, pueden llegar a pagar un precio alto en confusión, frustración y enojo.[...] es posible que las relaciones entre padres e hijo queden lesionadas”.

suas pesquisas (UNDERHILL, 1999, p.158), a serviço de um cliente fabricante de biscoitos recheados, demonstrou que muitos pais evitavam passar pelos corredores de balas, biscoitos e doces dos supermercados para que seus filhos não os vissem e não iniciassem os processos de pedidos insistentes. Verificou, inclusive, que muitos pais reclamaram de supermercados que expunham os caramelos na fila do caixa. Alguns supermercados, para atender às reclamações desses pais, retiraram os doces das prateleiras anexas aos caixas, o que desagradava aos fabricantes. Seu cliente, porém, adotou como estratégia para alcançar os filhos desses pais “fujões”: expor seu produto no corredor dos alimentos infantis, de forma que os alimentos essenciais procurados pelos pais ficassem numa ponta, mas na outra ponta, ao final do mesmo corredor, onde com certeza a família passaria com seu carrinho de compras, ficassem os biscoitos deste fabricante. Outra estratégia foi expor os biscoitos também em prateleiras independentes em local distinto ao corredor de biscoitos, próximo à saída e entrada do supermercado.

Expor os produtos anunciados em estabelecimentos comerciais de forma que as crianças possam tê-las ao alcance das mãos permite, segundo Paco Underhill (1999, p.160-162), que tenha início o processo de insistência. O autor verifica como efeito desta estratégia a ocorrência de “súplicas ruidosas, porém de algum modo agradáveis”, provavelmente se referindo aos ouvidos do vendedor. O autor avisa que quanto mais atrativa for a loja para a criança, mais indesejada ela pode ser pelos pais. E destaca aqueles pais que evitam o corredor de biscoitos do supermercado ou o supermercado que expõe balas e doces na fila do caixa. A afirmação deste autor indica que, apesar de reconhecerem como eficazes, os anunciantes de produtos infantis também reconhecem que o estímulo ao fator ou efeito insistência é algo indesejado e condenado pelos pais.

No âmbito do direito do consumidor, as estratégias adotadas pelos publicitários, baseadas nos apelos ao consumo das crianças, se configuram como concreta violação ao princípio da boa fé, na medida em que são ignorados os deveres de lealdade e de solidariedade imputados a todos os fornecedores de produtos e serviços. Aproveitar-se de estratégias que ocasionam conflitos familiares, e ao mesmo tempo, que constroem pais a adquirirem produtos e serviços numa atitude

de atender apelos incansáveis de seus filhos atenta contra a áurea de boa-fé que deve pairar sobre as relações de consumo.

A violação da boa-fé, a partir do estímulo do fator amolação, se concretiza pelo vantagem auferida pelos anunciantes de produtos infantis a partir dos sentimentos de afeto e cuidado que os pais devem prezar na relação com seus filhos pequenos. Conforme Susan Linn, “ao encorajar as crianças a amolar e ao bombardeá-las com mensagens de que bens materiais são a chave para a felicidade, a indústria do marketing tira vantagem do desejo inato dos pais de querer a felicidade dos filhos” (LINN, 2006, p.64).

Ao mesmo tempo, no aspecto da tutela constitucional da família, qualquer estímulo ao conflito familiar e à desarmonia das relações entre pais e filhos deve ser condenada.

A tutela constitucional da família e da criança impede que seja exclusivamente atribuída aos pais a responsabilidade por dizer não ao seu filho numa conduta de educação para o consumo da criança. Entretanto, espera-se que os pais possuam saberes, competências e experiências comuns apenas aos educadores e psicólogos infantis, o que é o mesmo que dizer que a criança se encontra à sua própria sorte:

A princípio ocorre que não se faça caso ou se rechace uma demanda, mas as crianças podem ter problemas com essas reações. Podem ocorrer enfrentamentos, discussões, brigas abertas, tudo o que possa resultar fastidioso para ambas partes. Há maneiras de prevenir estes resultados e há maneiras de conduzi-los [...] de toda forma vamos transferir o tema para os educadores do consumidor e psicólogos infantis, que se especializam na matéria (MCNEAL, 1999, p. 133, tradução nossa¹³¹).

A família como garantia institucional constitucional¹³² pode ser afetada pela liberdade irrestrita dos publicitários e anunciantes de bens de consumo, no contexto

¹³¹ No original: “A menudo sucede que no se haga caso o se rechace una demanda, pero los niños pueden tener problemas con esas reacciones. Puede haber enfrentamientos, discusiones, palizas o rabietas, todo lo cual puede resultar fastidioso para ambas partes. Hay maneras de prevenir esos resultados y hay maneras de manejarlos [...]. Sin embargo, vamos a transferir el tema a los educadores del consumidor y a los psicólogos de los infantes, quienes se especializan en la materia”.

¹³² De acordo com Canotilho, “os direitos fundamentais como garantias institucionais é a terceira possibilidade de positivação de direitos sociais. A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência

social atual em que os filhos passam a ter voz nas decisões familiares e diante da proteção dos direitos fundamentais da criança, que garante a tutela da sua vontade autônoma e dos seus desejos naturais.

3.3 VIOLAÇÕES À PROTEÇÃO INTEGRAL DAS CRIANÇAS PELO ABUSO DA PUBLICIDADE: A PERSONALIDADE, OS VALORES E A SAÚDE EM RISCO

A manipulação dos desejos e vontades das crianças e a influência excessiva que a publicidade exerce na formação da personalidade destas podem ser perfeitamente classificadas como uma violação do princípio da proteção integral da criança e, neste sentido, uma violação de direitos fundamentais.

Como visto anteriormente, a condição de desenvolvimento em que se encontra a criança significa que, na infância, a personalidade do ser humano está em formação. Por essa razão, e por considerarmos a personalidade um bem jurídico de primeira utilidade, pois é a condição para o exercício pleno de demais direitos fundamentais, tem-se o direito à formação da personalidade humana adulta, que é a condição especial em que se encontra a criança, um direito humano fundamental.

Qualquer atentado ao desenvolvimento da personalidade da criança deve ser visto como uma proibição cuja finalidade é a preservação de direitos humanos. E a conduta de persuadir e seduzir crianças, no aproveitamento da sua condição vulnerável, e influenciando na formação de sua personalidade com os objetivos de impingir-lhes produtos e serviços, ou de criar-lhes desejos de consumo, é a conduta adotada pelo publicitário que se comunica com o público infantil. Além de afetar a sua liberdade, como já verificado, a publicidade dirigida às crianças afeta a formação da sua personalidade. E, como consequência, acaba por inculcar valores materialistas que fundamentarão a personalidade do indivíduo que, por sua vez,

da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos" (2004, p.475).

poderão afetar negativamente no futuro a sua qualidade de vida, saúde, convívio social e com o meio ambiente.

É natural que diante deste cenário de apelo excessivo ao consumo dirigido ao público infantil as crianças passem a dar mais valor ao consumo do que a qualquer outra coisa. Os valores do consumo, que podem se traduzir na importância do “ter” e do “comprar” sobre o “ser” ou “querer ser”, são apropriados pelas crianças como consequência muito natural do excesso de publicidade que recebem diariamente. E no momento da formação da sua personalidade contextualizado em uma sociedade consumista, os próprios parâmetros e conceitos que a criança recebe ou cria sobre o “ser” se confundem com o “ter”, haja vista que o discurso publicitário, na maioria das vezes, apresenta valores como respeito e poder simbolizados em comportamentos de consumo. Ou seja, a publicidade, normalmente, transmite a mensagem de que a estima, a admiração e o respeito se conquistam a partir da ostentação dos produtos e serviços anunciados.

O bombardeio constante, sobre a criança, da voz adulta da publicidade dita a todo momento como ela deve ser, o que deve possuir e com quem deve se parecer para ser aceita socialmente. Assim, pouco a pouco, a criança passa a se definir pelo que tem, e não mais por quem é mergulhando na compulsão consumista (CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.17).

Essa “educação” recebida pelas crianças a partir das muitas horas em frente à televisão contribui para a formação de uma população infantil altamente consumista¹³³. Para Juliet Schor, no marketing atual, “a naturalização dos desejos no consumidor se codificou em uma série de necessidades emocionais atemporais que, supostamente, afetam a todas as crianças” (2006, p.62). A autora relaciona o

¹³³ Adotamos a expressão “consumista” decorrente de “consumismo” para significar tanto o comportamento de consumo irresponsável dos indivíduos como a valorização do consumo pelos indivíduos como o que há de mais relevante e importante na vida em sociedade e para o seu bem-estar. Para Baunman, “a síndrome consumista é uma questão de velocidade, excesso e desperdício. [...] Para os mestres dessa arte, o valor de cada objeto está igualmente em suas virtudes e limitações: os defeitos já conhecidos e aqueles que ainda serão (inevitavelmente) revelados prometem renovação e rejuvenescimento iminentes, novas aventuras, novas sensações, novas alegrias (BAUNMAN, 2007, p.111).” Em obra posterior, o mesmo autor explicou que uma “revolução consumista” ocorreu na passagem do consumo para o consumismo, quando “aquele, como afirma Colin Campbell, tornou-se ‘especialmente importante, se não central’ para a vida da maioria das pessoas, ‘o verdadeiro propósito da existência’. E quando ‘nossa capacidade de querer, desejar, ansiar por e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia’ do convívio humano” (BAUNMAN, 2008, p.38-39).

desenvolvimento da publicidade infantil com o aumento do consumo por parte das crianças e, por fim, a transformação destas em indivíduos consumistas:

Crianças começam a pedir brinquedos mais caros, como jogos de computador, telefones celulares, reprodutores de vídeos, contas de correio eletrônico, equipamentos de música, microondas para seus quartos (para preparar a pipoca enquanto assistem aos filmes na “sala de cinema” dos seus quartos). [...] as crianças acumulam mais brinquedos hoje do que nunca. O número de brinquedos vendidos aumentou em 20% anualmente entre 1995 e 2000 (SCHOR, 2006, p. 41, tradução nossa¹³⁴).

Além disso, perpetua-se nas crianças a cultura da moda, em que se valoriza apenas o moderno, o atual. A valorização do moderno como “o mais importante” é extremamente prejudicial à formação da personalidade na infância, porque gera um sentimento de exclusão irreal. Juliet Schor nos explica que a valorização do moderno implica que aqueles que não souberem ou que puderem se adequar à moda, serão tratados como fracassados.

Em parte, o moderno consiste em ter algo que os demais não têm. Desse modo, a criança se sente especial. Também é a faísca que empurra as crianças a se promoverem com o novo artigo que se estabelece na moda [...] “eu tenho um e você não tem”. [...] os especialistas do marketing afirmam que a riqueza e à aspiração estão na moda. Os excessos materiais ter muito dinheiro, as conquistas profissionais e o estilo de vida que estes proporcionam são aspectos que se valorizam muito na definição do que esta *in* o que está *out* para o mundo do marketing. Viver de modo austero equivale a viver como um fracassado (2006, p.67, tradução nossa¹³⁵).

A contribuição negativa da publicidade para o consumismo da criança, em demonstração de que o excesso de publicidade é capaz de violar o seu desenvolvimento integral, é algo já bastante verificado em pesquisas realizadas em diversos países, inclusive o Brasil. Estudos promovidos pelo Projeto Criança e Consumo, do Instituto Alana, chegaram à conclusão de que a publicidade dirigida ao

¹³⁴ No original: “[...] niños empiezan a pedir juguetes más caros, como juegos de ordenador, teléfonos móviles, reproductores de vídeo, cuentas de correo electrónico, equipos de música, microondas para sus dormitorios (para hacerse palomitas mientras miran las películas en la ‘sala de cine’ de sus cuartos). [...] los niños acumulan hoy más juguetes que nunca. El número de juguetes vendidos aumentó un 20% anualmente entre 1995 y 2000”.

¹³⁵ No original: “En parte, lo moderno consiste en tener algo que los demás no tienen. De ese modo, el niño se siente especial. También es la chispa que empuja a los niños a hacerse con el nuevo artículo que se pone de moda. [...] ‘yo tengo y tú no’. [...] Los expertos en marketing afirman que la riqueza y la aspiración a la riqueza están de moda. Los excesos materiales, tener mucho dinero, los logros profesionales y el estilo de vida que éstos conllevan son aspectos que se valoran mucho en la definición de lo que está *in* y lo que está *out* para el mundo del marketing. Vivir de modo austero equivale a vivir como un fracasado”.

público infantil “forja um conceito vazio de felicidade” (CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.17).

Tal fato ocorre, provavelmente, por uma característica inerente da sociedade de consumo, constantemente estimulada pelos anunciantes: a insatisfação permanente. Zygmunt Bauman defende que a sobrevivência da sociedade do consumo tem por base a premissa de satisfazer os desejos humanos como nunca antes ocorrido.

A promessa de satisfação, no entanto, só permanecerá sedutora enquanto o desejo continuar irrealizado; o que é mais importante, enquanto houver uma suspeita de que o desejo não foi plena e totalmente satisfeito. Estabelecer alvos fáceis, garantir a facilidade de acesso a bens adequados aos alvos, assim como a crença na existência de limites objetivos aos desejos “legítimos” e “realistas” – isso seria como a morte anunciada da sociedade de consumo, da indústria de consumo e dos mercados de consumo. A não-satisfação dos desejos e a crença firme e eterna de que cada ato visando a satisfazê-los deixa muito a desejar e pode ser aperfeiçoado – são esses os volantes da economia que tem por alvo o consumidor. A sociedade do consumo consegue tornar permanente a insatisfação (BAUMAN, 2007, p.106).

Para a realização desta sociedade do consumo é necessário que os consumidores sejam alimentados por expectativas inatingíveis, gerando uma constante frustração. Não é preciso uma análise profunda para determinar o papel da publicidade e a caracterização destes elementos de insatisfação e de frustração inerentes à sociedade de consumo. É pela comunicação comercial que se criam esses estímulos ao consumo e que se divulgam os apelos ao consumismo, por meio dos discursos simbólicos da publicidade.

Este estímulo ao consumismo gera o que Bauman chama de “efeitos colaterais” da sociedade do consumo, que podem ser verificados em uma diminuição da qualidade de vida dos consumidores, decorrente da “materialização” da vida, dos relacionamentos e, inclusive, do amor.

O consumismo atua para manter a reversão emocional do trabalho e da família. Expostos a um bombardeio contínuo de anúncios graças a uma média diária de três horas de televisão (metade de todo o seu tempo de lazer), os trabalhadores são persuadidos a “precisar” de mais coisas. Para comprar aquilo de que agora necessitam, precisam de dinheiro. Para ganhar dinheiro, aumentam sua jornada de trabalho. Estando fora de casa por tantas horas, compensam sua ausência do lar com presentes que

custam dinheiro. Materializam o amor. E assim continua o ciclo (HOCHSCHILD *apud* BAUNMAN, 2008, p.153).

Atribuindo ao consumo a própria existência humana pós-moderna, os indivíduos passam a viver, de acordo com Baunman, “vidas líquidas” e “amores líquidos”, pela transformação de tudo em consumo, inclusive as relações sociais, e a transformação das pessoas em coisas. Esta transformação da vida pelos valores materialistas do consumismo ocorre de forma muito mais violenta quando se insere as crianças no contexto de exposição à programação publicitária. As consequências na infância são também muito mais graves, já que a personalidade e, por assim dizer, o caráter do indivíduo estão em formação. Tanto se pode afirmar que é muito mais fácil tornar as crianças consumistas e materialistas, como também é clara a perpetuação destes valores na personalidade da criança, que a acompanharão até a vida adulta, dada a sua condição de desenvolvimento. O prejuízo está na associação dos valores materialistas aos problemas de convívio social e distúrbios psicológicos e como causa de problemas de saúde. Juliet Schor acredita, a partir das diversas pesquisas realizadas entre crianças expostas a publicidades, que a piora dos indicadores de bem-estar destas crianças estão diretamente relacionados a alguns fatores negativos decorrentes desta exposição.

Um deles pode ser o aumento de valores materialistas. A máxima aspiração das crianças de hoje é se tornarem ricas, algo que lhes resulta mais atrativo do que, por exemplo, ser grandes atletas, alcançar a fama ou ser muito inteligentes, metas de épocas passadas. 44% das crianças dentre 8 e 13 anos manifestam que fantasiam muito em ser ricos. E quase dois terços dos pais afirmam que “meu filho define sua auto-estima em termos do que possui e da roupa que veste, mais do que quando eu tinha sua idade” (SCHOR, 2006, p. 53, tradução livre¹³⁶).

Susan Linn , ao abordar sobre o comportamento de crianças expostas à publicidade, demonstra sua preocupação, após analisar capacidade da mídia de ensinar valores materialistas que são facilmente absorvidos pelas crianças:

¹³⁶ No original: “*Uno de ellos puede ser el aumento de valores materialistas. La máxima aspiración de los niños de hoy es hacerse ricos, algo que les resulta más atractivo que, por ejemplo, ser grandes atletas, alcanzar la fama o llegar a ser muy inteligentes, metas de épocas pasadas. El 44% de los niños entre 8 y 13 años manifiestan que fantasían ‘mucho’ con ser ricos. Y casi dos tercios de los padres afirman que ‘mi hijo define su autoestima en términos de lo que posee y de la ropa que viste, más que yo cuando tenía su edad’.*”

Muitos dos valores a que nos apegamos quando adultos começam a ser formados na infância, incluindo aqueles enraizados nas crenças religiosas, sociais e políticas. Os bebês nascem livres de valores (mas não sem valor). Eles começam a absorver valores políticos, religiosos, sociais e culturais bem cedo. Nossos filhos aprendem valores e absorvem atitudes de nós – seus pais e familiares -, mas não apenas. [...] Também absorvem valores da mídia. Ensinar valores às crianças é uma das coisas que a mídia faz melhor (LINN, 2006, p.222).

A preocupação da autora americana, comum também aos pesquisadores brasileiros¹³⁷, encontra respaldo no ordenamento jurídico do Brasil, na medida em que a proteção integral demanda a absoluta prioridade do Estado, da família e da sociedade com o cuidado pela qualidade de vida e saúde mental e psicológica das crianças, além de garantir-lhes um desenvolvimento social, moral, cultural e psicológico adequado e sadio. A verificação de que a transmissão dos valores materialistas, a partir da exposição das crianças à publicidade, é prejudicial ao seu desenvolvimento integral se fundamentam nas pesquisas desenvolvidas e registradas por Juliet Schor nos Estados Unidos:

Os psicólogos determinaram que adotar esses tipos de valores materialistas é contrário ao bem estar e leva às pessoas a sofrer mais depressão, ansiedade, menor “tono” vital e um pior estado de saúde física. Entre os jovens, os mais materialistas são os mais propensos a manifestar condutas de risco. À luz destas condições, os dados da pesquisa resultam preocupantes. Uma das poucas de alcance nacional realizadas sobre materialismo infantil colocava de manifesto que mais de um terço de todas as crianças entre 9 e 14 anos preferiam passar seu tempo livre comprando do que fazendo praticamente qualquer outra coisa, que mais de um terço “das crianças gostam muito de ter roupas ou jogos muito especiais”, que mais da metade estão de acordo que “quando crescerem, quanto mais dinheiro tiverem, mais feliz se sentirão”, e que 62% afirma que “o único trabalho que querem ter quando maiores é aqueles que lhes permitam ganhar muito dinheiro” (SCHOR, 2006, p.53, tradução livre^{138, 139}).

¹³⁷ Especial destaque deve ser dado às pesquisas desenvolvidas no Brasil pelo Projeto Criança e Consumo, do Instituto Alana, resumidas em diversas publicações como “Por que a publicidade faz mal para as crianças”, em que se verificou que “certas mensagens comerciais contribuem para a desumanização e o individualismo” no comportamento das crianças. (CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.19). Os valores disseminados pelo marketing infantil, que violam a proteção do desenvolvimento integral, também foram objeto de ampla pesquisa no Brasil, e registrada no documentário “Criança, a alma do negócio” (2009), dirigido por Estela Renner.

¹³⁸ No original: “Los psicólogos han determinado que adoptar ese tipo de valores materialistas va en contra del bienestar, y lleva a la gente a sufrir más depresión, ansiedad, menor tono vital y un peor estado de salud física. Entre los jóvenes, los más materialistas son los más proclives a manifestar conductas de riesgo. A la luz de estas conclusiones, los datos de la encuesta resultan preocupantes. Una de las pocas de alcance nacional realizadas sobre el materialismo infantil ponía de manifiesto que más de un tercio de todos los niños entre 9 y 14 años preferían pasar su tiempo libre comprando que haciendo prácticamente cualquier otra cosa, que a más de un tercio ‘le gustan mucho los niños que tienen juegos o ropas muy especiales’, que más de la mitad están de acuerdo con que ‘cuando creces, cuanto más dinero tienes, más feliz te sientes’, y que el 62% afirma que ‘el único trabajo que quiero tener de mayor es aquel que me permita ganar mucho dinero’”.

A partir das pesquisas realizadas pela autora sobre a valorização do materialismo no comportamento das crianças expostas à publicidade, tornou-se possível a coleta de dados concretos que comprovam que estes indivíduos são afetados no desenvolvimento da sua personalidade e apresentam uma diminuição da sua qualidade de vida.

Como primeiro passo, estimamos uma variedade de modelos de regressão para comprovar se as medidas de bem estar estavam correlacionadas com a implicação do consumidor. E descobrimos que, como se poderia supor, assim o era. As crianças mais implicadas na cultura do consumo estão mais deprimidas, são mais ansiosas, tem uma auto-estima mais baixas, e se queixam de mais problemas psicossomáticos (SCHOR, 2006, p. 217, tradução nossa¹⁴⁰).

E a autora conclui:

As estimativas aportam grandes apoios a nossas hipóteses. [...] As crianças psicologicamente saudáveis pioram se submergem na cultura de gastos e compras. As crianças com problemas emocionais serão ajudadas se forem desvinculadas dos mundos que as empresas estão criando para elas. Os efeitos operam em ambas direções e são simétricos. Ou seja, uma menor implicação na cultura do consumo leva a crianças mais saudáveis e uma maior implicação leva ao deterioração do bem estar psicológico das crianças. [...] O modelo aborda a idéia normalmente aceita de que as crianças que passam mais tempo vendo TV e usam outros meios eletrônicos de entretenimento se implicam mais na cultura do consumidor. A televisão induz a desconformidade com que alguém tem, cria uma orientação para as posses e o dinheiro, faz com as crianças se preocupem mais com marcas, produtos e valores consumistas (SCHOR, 2006, p.222, tradução nossa^{141,142}).

¹³⁹ Este também é o “tom” do documentário “Criança, a alma do negócio” (Direção: Estela Renner. Produção: Marcos Nisti. São Paulo: Maria Farinha, 2009. 1 filme (48min)), em que por diversas vezes as crianças entrevistadas demonstram uma clara preferência por dinheiro do que por brinquedos, por “comprar” ao invés de “brincar”, por querer “ser rico” acima de qualquer outro sonho e por preferir o Shopping Center a qualquer outro lugar para desfrutar seus momentos de lazer. Também é nítido que o documentário demonstra a preferência das crianças por produtos eletrônicos da vida adulta, como aparelhos celulares, *palm top*, tocador de música (“*mp3 player*”), do que por brinquedos.

¹⁴⁰ No original: “*Como primer paso, estimamos una variedad de modelos de regresión para comprobar si las medidas de bienestar estaban correlacionadas con la implicación del consumidor. Y descubrimos que, como cabía suponer, así era. Los niños más implicados en la cultura del consumo están más deprimidos, son más ansiosos, tienen una autoestima más baja y se quejan de más problemas psicossomáticos.*”

¹⁴¹ No original: “*Las estimaciones aportan gran apoyo a nuestras hipótesis. [...] Los niños psicológicamente sanos empeoran si se sumergen en la cultura del gasto y la compra. A los niños con problemas emocionales les ayudará desmarcarse de los mundos que las empresas están creando para ellos. Los efectos operan en ambas direcciones y son simétricos. Es decir, una menor implicación en la cultura del consumo lleva a niños más sanos, y una mayor implicación lleva al deterioro del bienestar psicológico de los niños. [...] El modelo aporta la idea comúnmente aceptada de que los niños que pasan más tiempo viendo la tele y usando otros medios electrónicos de entretenimiento se implican más en la cultura del consumidor. La televisión induce a la*

Não é possível determinar, a partir das estatísticas apresentadas pela referida autora, como a implicação da criança na cultura do consumo afeta as suas condições psicológicas, mas é possível afirmar que isso ocorre. A autora especula que essa relação se opera a partir dos elementos da sociedade de consumo apresentados anteriormente: o apelo excessivo ao consumo, realizado pelos constantes anúncios publicitários dirigidos às crianças, gera fortes sentimentos de insatisfação, frustração e uma desagradável sensação de comparação social. Além disso, a autora afirma que o materialismo adotado como valor de vida contribui para que o indivíduo experimente mais emoções negativas como ira e infelicidade, além de uma série de sintomas físicos como dores de cabeça, de estômago, musculares e outras, comuns às pessoas com altos níveis de stress e depressão (SCHOR, 2006, p.227 a 229).

Susan Linn apresenta outros fatores negativos decorrentes da alta exposição das crianças à cultura consumista. São consequências que colocam em risco a própria natureza da infância. A professora de psicologia de Harvard alega que

[...] para as crianças que são atingidas continuamente por estímulos e comandos para reagir, o preço é alto. Elas têm menos oportunidades de aprender a iniciar uma ação ou influenciar o mundo que habitam, e menos chances de exercitar a fundamental característica humana da criatividade. Devido à atual confluência da sofisticada tecnologia da mídia eletrônica e a glorificação do consumismo, está ficando cada vez mais difícil propiciar um ambiente que encoraje a criatividade e o pensamento original nas crianças (LINN, 2006, p.90).

Em análise anterior, foi verificado que o marketing infantil tem sido muito realizado no uso de campanhas publicitárias que estimulam o denominado “fator amolação”, por meio da qual as crianças são estimuladas a incomodar seus pais com incansáveis pedidos de compra dos produtos e serviços anunciados, a partir de discursos persuasivos e mensagens de comando dirigidas diretamente a este público. Estas estratégias, associadas a uma crença em que os pais são os responsáveis por dizer “não”, em total transferência de responsabilidades,

disconformidad con lo que uno tiene, crea una orientación hacia las posesiones y el dinero, y hace que los niños se preocupen más de marcas, productos y valores consumistas”.

¹⁴² Mais uma vez, os resultados das pesquisas em âmbito internacional também foram mensurados por pesquisadores brasileiros. As pesquisas do Projeto Criança e Consumo verificaram que “ao estabelecer objetivos inalcançáveis, a publicidade contribui para gerar apatia e depressão” (CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.37).

contribuem para a existência de conflitos familiares, e geram a desarmonia das relações sociais em família, base de toda a sociedade, o que, seguramente, prejudica o desenvolvimento da criança, corroborando a ideia de que a publicidade infantil é capaz de violar a proteção integral da criança.

O maior exemplo de violação da proteção integral da criança pela publicidade são os anúncios de produtos tidos por todas as entidades e organizações de saúde como produtos “não saudáveis”. Neste sentido, a maior discussão travada recentemente no Brasil a respeito da regulamentação da publicidade se deve à Consulta Pública nº 71 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que já foi objeto de análise no presente estudo, por meio da qual se propõe a adoção de uma resolução que limitará os anúncios publicitários destes produtos em horários televisivos em que crianças não compõem a audiência. Trata-se de uma iniciativa do Poder Público que segue uma tendência mundial de combate à obesidade infantil¹⁴³.

Não é possível afirmar que a publicidade de produtos não-saudáveis seja responsável pelo aumento da obesidade infantil no mundo. Todavia, é cabível argumentar que o estímulo excessivo ao consumo de produtos ricos em gorduras,

¹⁴³ “As dietas se distanciaram ao extremo dos padrões nutricionais recomendados. Quase todas as crianças comem muitos alimentos que não lhes convêm. Um estudo realizado em 1997 revelou que 50% das calorias que as crianças obtêm provêm de óleos e açúcares adicionados, e que a dieta de 45% das crianças não cumpria nenhum dos critérios da pirâmide alimentar do Departamento de Agricultura estadunidense. As crianças ingerem quantidades excessivas de produtos anunciados e não suficiente frutas, verduras e fibras. [...] 25% dos jovens estadunidenses têm sobrepeso ou são obesos. [...] Desde 1980, os índices de obesidade infantil se duplicaram, e os de obesidade adolescente triplicaram” (SCHOR, 2006, p.50-51, tradução livre de: “*Las dietas se han alejado em extremo de los patrones nutricionales recomendados. Casi todos los niños comen demasiados alimentos que no les convienen. Un estudio llevado a cabo en 1997 desveló que el 50% de las calorías que obtienen los niños provienen de grasas y azúcares añadidos, y que la dieta del 45% de los niños no cumplía ni uno de los criterios de la pirámide alimentaria de Departamento de Agricultura estadounidense. Los niños ingieren cantidades excesivas de productos anunciados y no la suficiente fruta, verduras y fibra. [...] un 25% de los jóvenes estadounidenses tienen sobrepeso o son obesos*”). A obesidade infantil se configura a partir de um sobrepeso de cerca 20% (vinte por cento) do peso ideal para a idade da criança, calculado a partir do seu índice de massa corporal (IMC), que, por sua vez, é o resultado da divisão entre o peso pela altura ao quadrado (*OBESIDADE infantil – o que é, causas e conseqüências da obesidade infantil*. Disponível em: <<http://www.tudoemfoco.com.br>>. Acesso em: 02 set. 2009). O Brasil passa também por uma “epidemia” da obesidade infantil. Na região Norte 5,2% das crianças estão obesas; no Nordeste são 6,0%; no Sudeste, 6,7%; no Centro-Oeste, 7,0%; e, 8,8% na Sul do país (VASCONCELOS, Ana Beatriz. *Regulamentação da Publicidade de Alimentos: A Visão da Saúde Pública*. In: *Mesa Redonda sobre publicidade de alimentos dirigida ao público infantil*, 2009, São Paulo. Disponível em: <<http://www.idec.org.br>>. Acesso em: 27 ago.2009).

açúcares, óleos e sódio, e pobres em nutrientes e vitaminas, contribui para a diminuição de uma dieta saudável das crianças.

A comida processada ocupa um lugar central da cultura do consumo infantil. [...] comida e a bebida representam a maior parte do dinheiro que se investe em publicidade, e se trata dos grupos de produtos mais anunciados. As crianças se submetem a uma dieta regular de tentações em forma de alimentos açucarados e ricos em óleos, de aperitivos salgados, de comida rápida, de doces sólidos e “líquidos” (por exemplo, os refrigerantes açucarados). [...] Um estudo demonstrou que, dos 353 anúncios emitidos pela televisão num sábado nos canais infantis, 63% era de produtos alimentícios. [...] o estudo chegou à conclusão de que o conteúdo nutricional dos produtos anunciados era cada vez pior. [...] a dieta que se anuncia em televisão durante o horário de máxima audiência infantil é sem dúvida a antítese da recomendada (SCHOR, 2006, p.160, tradução livre¹⁴⁴).

A exposição das crianças a uma grande quantidade de mensagens comerciais de alimentos não-saudáveis é uma grande contribuição para o aumento da obesidade infantil. Susan Linn afirma que a “incidência de obesidade é maior entre as crianças que assistem à televisão por quatro horas ou mais diariamente, e menor entre as crianças que assistem por uma hora ou menos”. A autora alerta ainda para o fato de que “as crianças em idade pré-escolar que possuem televisores em seus quartos têm maior propensão a problemas de peso do que as que não possuem” (LINN, 2006, p.128).

No mercado publicitário brasileiro de alimentos, é possível encontrar os elementos desta associação entre publicidade e obesidade infantil. Entre 2006 e 2007, os anúncios de alimentos em canais de televisão aberta e paga representaram 18,4% para publicidade de “comida rápida”; 16,9% de guloseimas e sorvetes; 13,7% para publicidade de refrigerante e sucos artificiais; 12,8% referem-se a salgadinhos de

¹⁴⁴ No original: “La comida procesada ocupa un lugar central en la cultura del consumo infantil. El sexo y la violencia han merecido más titulares, pero la comida y la bebida representan la mayor parte del dinero que se invierte en publicidad, y se trata de los grupos de productos más anunciados. A los niños se los comete una dieta regular de tentaciones en forma de alimentos azucarados y ricos en grasas, de aperitivos salados, de comida rápida, de dulces sólidos y ‘líquidos’ (por ejemplo, los refrescos azucarados). En 1999 [...] llevaron a cabo un estudio de contenidos según el cual, de los 353 anuncios emitidos por televisión un sábado en los canales infantiles, el 63% era de productos alimentarios. [...] el estudio llegaba a la conclusión de que el contenido nutricional de los productos anunciados era cada vez peor. [...] la dieta que se anuncia en televisión durante el horario de máxima audiencia es sin duda la antítesis de la recomendada”.

pacote e 9,8% destinados à publicidade de biscoitos doces ou bolos. Juntos, somaram 71,5% do total de alimentos veiculados na televisão.¹⁴⁵

Crianças recebem diariamente uma gigantesca massa de estímulos ao consumo de alimentos não-saudáveis, a partir de milionário investimento dos fornecedores destes produtos em anúncios televisivos que, em sua maioria, transmitem mensagens completamente deturpadas sobre a realidade destes produtos, por vezes associadas a discursos de vitalidade e saúde, outras acompanhadas de heróis infantis. Independente de seu conteúdo e discurso, o excesso destas mensagens persuade e seduz crianças a adotar dietas condenáveis, e que prejudicam o seu sadio desenvolvimento. A veiculação de mensagens comerciais por fornecedores, que bem conhecem os efeitos de seus produtos quando consumidos em excesso, dirigidas diretamente ao público infantil, caracteriza uma clara violação à dignidade humana dos indivíduos em desenvolvimento, pois não há, pelos produtores, qualquer interesse pela preservação de hábitos alimentares saudáveis pelas crianças.

Calcula-se que a indústria alimentícia gasta 33 bilhões de dólares por ano em publicidade direta para promover seus produtos, e trata-se de um dinheiro que, cada vez mais, se orienta ao mercado infantil. 70% se destina a comida rápida, guloseimas, *snacks*, bebidas alcoólicas, refrigerantes e sobremesas. A fruta, a verdura, os grãos e os legumes supõem somente 22%. McDonalds, a maior cadeia de estabelecimentos de comida rápida do mundo, gasta 500 milhões de dólares ao ano em anúncios, e 40% dessa soma se dedica a publicidade infantil (SCHOR, 2006, p.163, tradução nossa¹⁴⁶).

Ora, o fundamento da proibição de publicidade de tabaco é o mesmo para a restrição da publicidade de alimentos não-saudáveis: a saúde dos consumidores. A partir da conscientização coletiva sobre os malefícios do tabaco ao organismo humano, legitima-se o interesse em proibir qualquer estímulo comercial ao consumo

¹⁴⁵ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Observatório de Políticas de Segurança Alimentar e Nutrição. *Monitoramento de Propaganda de Alimentos Visando à Prática da Alimentação Saudável*. Disponível em: <<http://www.unb.br>>. Acesso em: 05 set. 2009.

¹⁴⁶ No original: “Se calcula que la industria alimentaria gasta 33.000 millones de dólares al año en publicidad directa para promocionar sus productos, y se trata de un dinero que, cada vez más, se orienta al mercado infantil. El 70% se destina a comida rápida, chucherías, snacks, bebidas alcohólicas, refrescos y postres. La fruta, la verdura, los granos y las legumbres suponen sólo el 22%. McDonald’s, la mayor cadena de establecimientos de comida rápida del mundo, se gasta 500 millones de dólares al año en anuncios, y el 40% de esa suma se dedica a la publicidad infantil”.

destes produtos. Mesmo se tratando de um produto lícito, é importante que se permita uma margem de escolha livre do consumidor pelo uso deste produto que tanto contribui para a degradação da sua saúde.

Tendo a publicidade um conteúdo persuasivo e sedutor, ao estimular o consumo do cigarro, coloca em risco a livre decisão do usuário em potencial, por mais informação que ela contenha sobre a nocividade do produto anunciado. Toda esta argumentação, aplicável às restrições da publicidade de tabaco e álcool, é também fundamento da vontade de se restringir a publicidade de alimentos não-saudáveis. Se estes, quando consumidos em excesso, colocam em risco a saúde e a qualidade de vida dos consumidores, qualquer estímulo ao seu consumo a partir de discursos persuasivos e sedutores, como ocorre na sua publicidade, deve sofrer restrições normativas, especialmente quando o público alvo do produto e do anúncio comercial é composto por crianças. Se os adultos são protegidos contra a publicidade de tabaco, as crianças devem ser protegidas, no mesmo grau, contra a publicidade de alimentos que colocam em risco o seu desenvolvimento integral.

O que fundamenta a restrição da publicidade de tabaco, álcool, medicamentos e terapias, pelo artigo 220, § 4º da Constituição Federal, é o interesse difuso de proteger a sociedade de consumidores contra o estímulo ao consumo de produtos potencialmente nocivos, quando consumidos de forma desregrada, irresponsável ou em excesso. Qualquer outro produto, desde que demonstrada cientificamente a sua nocividade, ou seja, desde que haja consciência coletiva indubitável sobre a sua natureza comparável aos mencionados no referido dispositivo constitucional, merecerá restrição de sua publicidade. É exatamente o que ocorre com os alimentos denominados como não-saudáveis dirigidos ao consumo infantil. Devem fazer parte do rol de produtos que precisam sofrer restrição constitucional de sua publicidade.

Outra prática passível de críticas, mas muito comum no mercado de alimentos infantis, é a oferta de lanches e comida não saudável acompanhada de brinquedos como brindes¹⁴⁷. Por meio destas estratégias, crianças são persuadidas a adquirir

¹⁴⁷ “Foi publicado outro trabalho segundo o qual 20% de toda publicidade de estabelecimentos de comida rápida incorporaram referências a brinquedos de brindes que acompanham os menus. [...] McDonalds foi pioneiro em outro exemplo de marketing dual que obteve grande êxito: o chamado ‘Mc

tais alimentos, muitas vezes indesejados pelos seus pais, em decorrência da sua vontade em ter o brinquedo que, quase sempre, representam coleções de bonecos ou miniaturas exclusivos de filmes infantis, licenciados pela grande indústria do cinema. Neste sentido, a venda destes produtos representa grave violação à liberdade das famílias e à autonomia das crianças.

Vários são os fatores, como visto até o momento, que demonstram que a publicidade comercial, quando dirigida ao público infantil, é capaz de violar o princípio da proteção integral da criança, posto que coloca em risco a sua saúde, sua liberdade e a formação da sua personalidade. O risco ao qual a publicidade expõe as crianças legitima um controle público da atividade publicitária, sempre que em comunicação com as crianças, a fim de que estas sejam integralmente protegidas, tanto no âmbito da sua liberdade e autonomia da vontade, como no de sua personalidade e da sua formação, bem como em prol da sua integridade física, psicológica e cultural.

A intervenção do Estado nas relações que os anunciantes tentam promover com as crianças se justifica, ainda mais, quando o cuidado da família pelo desenvolvimento de suas crianças, e os meios pelos quais os seus responsáveis podem exercer o Poder Familiar para protegê-las do excesso de mensagens e apelos comerciais que

lanche feliz'. [...] McDonalds tentava incrementar o faturamento nas tardes e noites, mais que o setor das famílias com crianças resistiam, porque para estes a experiência de jantar fora de casa resultava chata. A ocorrência da equipe de marketing foi implicar aos pequenos através de desenhos, quebra cabeças, jogos e outros elementos para com os quais brincar durante sua estância nos locais. Mais adiante introduziram os brinquedos e, o resto é história. Ao presentear um brinquedo com cada refeição, McDonalds apelava diretamente às crianças, para os quais a oferta era dificilmente resistível. Segundo Jerry Van Gerder, que trabalhou muitos anos para o McDonalds : 'nos dirigimos diretamente às crianças com brinquedos...a mãe tem direito a veto'" (SCHOR, 2006, p.58). No Brasil, o Instituto Alana vem combatendo, na companhia do Ministério Público Federal de São Paulo, a venda de lanches rápidos ofertados com brinquedos. Após denúncia do referido instituto, o MPF promoveu ação civil pública em face das redes McDonalds, Burger King e Bob's (ALANA. *Ações Jurídicas: Bob's/Burger King – Trikids/Lanche BKids*. Disponível em: <<http://www.alana.org.br>>. Acesso em: 07 ago. 2009), pela venda casada e realização de publicidade dos lanches infantis com brinquedos. A Revista Pro Teste realizou pesquisa acerca da qualidade nutricional dos combos de sanduíche, batata frita e refrigerante vendidos nas lanchonetes de comida rápida. Concluíram que se para um adulto o trio de lanches chega aos 60% das calorias necessárias para um dia, as combinações das refeições infantis quando consumidas por uma criança de seis anos, representa 97% (noventa e sete por cento) da gordura saturada que precisa (PRO TESTE. *COMBOS de gordura, açúcar e sal*. Juiz de Fora, ano VIII, n. 84, p. 8-13, set. 2009). No Espírito Santo, o Instituto Alana denunciou ao Ministério Público Estadual as práticas adotadas pela Chocolates Garoto pela venda de ovos de chocolate com brinquedos (ALANA. *Ações Jurídicas: Garoto – Ovos de Páscoa*. Disponível em: <<http://www.alana.org.br>>. Acesso em: 07 Ago. 2009.

recebem, fracassam diante da quantidade e diversidade de técnicas e meios pelos quais os fornecedores alcançam este público alvo.

Não há cabimento na sociedade da informação e do consumo de massas para a responsabilidade exclusiva da família pelo controle do comportamento e dos desejos de consumo das crianças. Mesmo que fosse possível o controle da família, por meio do poder familiar, sob as influências e estímulos que a criança recebe na sociedade de consumo, ainda assim, não é este o pensamento constitucional de proteção integral e prioritária das crianças. Não se atribuiu exclusivamente aos pais o cuidado pela educação, desenvolvimento, formação da personalidade e da autonomia das crianças, mas também ao Estado e à sociedade da qual fazem parte os fornecedores de produtos e serviços e os publicitários à sua disposição.

4 LIMITES CONSTITUCIONAIS À PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL

4.1 DEBATE ACERCA DA LIBERDADE DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

Apesar de não estar expressamente previsto em nossa Constituição Federal, é possível entender que o direito constitucional da publicidade se configura como um subprincípio que surge da livre iniciativa econômica e da liberdade de comunicação (ARAGÃO, 2006, p.5).

A liberdade do exercício da atividade econômica privada é um dos fundamentos da República e da Ordem Constitucional Econômica. Nesta linha, os direitos fundamentais abarcados por nossa Constituição trazem, em seu rol, direitos de natureza econômica. O valor social da livre iniciativa é, assim, fundamento do Estado Democrático de Direito, imprescindível para o desenvolvimento econômico e social do país. Deve ser encarado não apenas como mero direito econômico, mas sim como direito fundamental independente de outros direitos fundamentais de não intromissão do Estado, e que pode e deve ser exercido livremente para o desenvolvimento normal de uma sociedade capitalista. Está previsto em nossa Constituição como princípio fundamental, junto à dignidade da pessoa humana, como princípio da República e do Estado de Direito.

O valor social da livre iniciativa como princípio fundamental indica que pessoas jurídicas podem ser titulares de direitos fundamentais¹⁴⁸. Apesar de os direitos fundamentais terem sido concebidos para os indivíduos, está completamente superado o pensamento de que pessoas jurídicas não estão protegidas pelos

¹⁴⁸ Logo após entrada em vigor da Constituição Federal, Miguel Reale afirmou, em artigo publicado na Folha de São Paulo, que a livre iniciativa como valor social significa “a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados”. Para o autor a “liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1º e 170” (REALE *apud* CORVAL, p.70, 2006).

direitos fundamentais¹⁴⁹. Direitos fundamentais não visam apenas à proteção da pessoa humana, mas também a limitação do poder. Assim sendo, as empresas privadas podem ser titulares de direitos fundamentais.

Entre os direitos fundamentais que mais se relaciona com as atividades econômicas privadas, especial destaque merece o direito à livre iniciativa. A liberdade de conduzir o próprio negócio requer que o direito de se realizar a oferta de produtos e serviços seja preservado. Ou seja, a atividade publicitária está protegida por um grupo de direitos constitucionais (e, como veremos, alguns entendem ser a liberdade de expressão, a livre iniciativa, e o direito à informação) que permite discutir a realização de qualquer controle sobre as mensagens publicitárias como uma delicada restrição de direitos constitucionais fundamentais. As pessoas jurídicas têm o direito constitucional de se comunicar com os seus consumidores em potencial, seja pela necessidade de exercer liberdade no mercado de consumo, seja porque, por outro lado, os consumidores adultos possuem um direito à informação sobre os produtos e serviços que desejam adquirir e a liberdade de escolha na sociedade de consumo. Como bem afirmou o ministro Eros Grau, o “direito de conquistar a clientela” por meio da oferta publicitária é uma das expressões do princípio da livre iniciativa (1988, p.226)¹⁵⁰.

O constituinte resolveu dar amplitude à liberdade de expressão, não se referindo apenas à liberdade de pensar e manifestar em âmbito religioso, político, ideológico, etc., mas também a toda liberdade de se comunicar, e assim o fez expressamente nos artigos 5º, IX e 220, o que leva ao entendimento do direito da comunicação em massa, aliado, como já dito, a outros princípios constitucionais, como um direito fundamental em nosso ordenamento jurídico (ARAGÃO, 2006, p.6).

Ora, diante do atual estágio da sociedade de consumo de massas, o efetivo exercício da livre iniciativa depende de uma livre comunicação entre fornecedores de

¹⁴⁹ Sobre este tema, os professores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins dedicaram parte de um capítulo em sua obra *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais* (São Paulo: RT, 2006). No mesmo sentido, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

¹⁵⁰ No mesmo sentido Clèmerson Merlin Clève (2006, p.224): “as liberdades de informação, de expressão da atividade intelectual e de manifestação do pensamento protegem, também, a atividade publicitária”.

produtos e serviços e seus consumidores em potencial. Há muito nos distanciamos das antigas formas de comércio, em que o produtor e o vendedor lidavam diretamente com todos os seus clientes. Numa sociedade capitalista, guiada pelo poder de consumo dos cidadãos, a sobrevivência de uma empresa depende da qualidade de sua comunicação com toda a coletividade, uma massa difusa de consumidores. Conforme afirma Clèmerson Merlin Clève, “sem a liberdade de expressão os mercados se contaminam, os espaço público empalidece, os sujeitos deixam de ostentar a condição necessária para bem decidir a propósito do que é de seu interesse” (2006, p.212).

Não é possível imaginar que o fornecedor de produtos e serviços possa manter o seu negócio atualmente sem realizar ofertas publicitárias de seus produtos ou serviços. É a velha ordem geral de que “a propaganda é a alma do negócio”. Para que a livre iniciativa possa realmente servir para o desenvolvimento econômico, é imprescindível que esteja acompanhada de um direito do empresário em se comunicar com seus clientes. E a liberdade da atividade econômica privada deve, então, fazer parte de uma liberdade de se criar comunicações entre empresas e consumidores. Mas, como ocorre com todos os demais direitos fundamentais, não há direito absoluto, isento de limitações ou restrições. Ainda assim, tratar de restrição de direitos fundamentais é algo que exige extrema cautela, principalmente em se tratando de produtos e serviços lícitos, e cujo consumo regular, aparentemente, não geram danos aos seus consumidores.

Apesar de defendermos que restrições à publicidade dirigida a menores é proporcional ao bem social que se busca, qualquer limitação a direito fundamental deve se realizar por meio de responsável ponderação. Conforme leciona novamente o constitucionalista paranaense Clèmerson Merlin Clève (2006, p.210):

Situação distinta é aquela em que há uma proibição da publicidade ou propaganda de um produto lícito, ou imposição de medidas que substanciam patente contrapropaganda. Quando a restrição não se dá a partir de um juízo adequado de concordância prática e de ponderação, a normativa constitucional, que autoriza restrição, e restrição orientada a uma finalidade específica, mas não proscricção, é desrespeitada. Com a proscricção, impede-se que a pessoa ou a família exerça por sim um juízo de valor que não é dado ao legislador usurpar.

Portanto, a interferência nos direitos fundamentais que tutelam a atividade publicitária deve se fundar em direitos constitucionais fundamentais, cuja valorização lhes garanta a sua predominância no conflito. A partir de então, deve-se analisar a legitimidade da restrição com base na própria Constituição Federal. Temos, então, que o art. 220 que, como vimos, garante a tutela constitucional ao direito da publicidade, permite restrições desde que observadas as disposições na mesma Constituição¹⁵¹. A seguir, em seu § 3º, garante competência à lei federal para

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

E dentre os princípios estabelecidos no artigo 221, a serem seguidos pela comunicação de massas, temos “IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Resta-nos saber se os interesses em proteger os valores éticos e sociais da pessoa e da família incluem os direitos de restrição parcial ou total da publicidade direcionada às crianças e adolescentes, como pretendia o texto original do Projeto de Lei nº 5921/2001, e como defendem alguns movimentos civis já apresentados neste capítulo. É bem possível afirmar que os interesses difusos de proteção aos valores éticos e sociais da família legitimam a restrição de qualquer comunicação comercial direcionada aos indivíduos que não possuem discernimento suficiente para formação autônoma de suas vontades, como são as crianças.

Mensagens publicitárias direcionadas ao público infanto-juvenil, por via das vezes, demonstram verdadeiro potencial de violar a liberdade e demais direitos fundamentais da criança e da família, como será discutido no próximo capítulo.

Além disso, a publicidade, quando direcionada diretamente ao público infantil, é capaz de gerar danos morais coletivos. A este respeito, é necessário partir da

¹⁵¹ “Art. 220, C.F. 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”.

premissa de que uma comunidade existe a partir de um agrupamento de pessoas que se uniu por fatores ou interesses comuns. A identificação de um indivíduo aos demais da comunidade se dá, além de outras razões, pelos valores comuns que todos carregam individualmente (FERNANDES, 1975, p.342). Em comunidade, esses valores se mantêm ou se transformam quase sempre coletivamente. Por isso, pode-se afirmar que a coletividade possui valores. A sobrevivência de uma sociedade está atrelada, também, à preservação da unidade desses valores coletivos que, por via das vezes, se confunde com a própria cultura de um povo. Poucas coisas são tão imprescindíveis para a existência de um povo do que a sua cultura.

O dano moral coletivo tem seu cabimento exatamente porque esses valores individuais formadores da moral são comuns em determinado grupo. A argumentação é possível a partir dos discursos da sociedade de massa, da coletivização da sociedade, da globalização, etc. Assim leciona Carlos Alberto Bittar:

A preocupação com valores coletivos é a tônica no pensamento de nosso século, tendo atentado contra o patrimônio cultural da própria humanidade (violência contra a obra-prima denominada *Pietà*) gerado, inclusive em organismos internacionais especializados, movimentos de defesa, bem como expedição de legislação própria no direito interno dos Estados: nesse sentido, a crescente atuação em defesa do patrimônio histórico e cultural, do folclore, do meio ambiente e de outros tantos valores sociais, em que se destacam leis especiais editadas, tanto no exterior, como em nosso país" (BITTAR, 1993, p.46, nota 51).

Diversas são as campanhas publicitárias que disseminam às crianças e aos adolescentes mensagens depreciativas aos valores fundamentais da humanidade, normalmente banalizados a partir da sociedade de consumo. Dentre elas, há as que denigrem a figura da mulher na sociedade, que influenciam os menores a uma erotização precoce, que os influenciam para práticas de alimentação não-saudável, que são contrárias ao consumo sustentável, que fomentam a violência e o preconceito, que se aproveitam da credulidade e inocência das crianças, visando apenas ao lucro, entre outras. A capacidade das publicidades abusivas de gerarem danos morais à coletividade é outro dos argumentos que nos levam a acreditar que as restrições à livre iniciativa e à liberdade de comunicação comercial dos

fornecedores de produtos e serviços, destinados às crianças, é prejuízo suportável em prol dos interesses difusos de proteção aos menores.

De um lado, têm se posicionado os publicitários, sob a defesa de que qualquer limitação à atividade publicitária representa grave afronta aos preceitos fundamentais da Constituição Federal que protegem a liberdade de pensamento e de comunicação e a livre iniciativa. Sua tese é a de que sejam proclamadas prerrogativas constitucionais da publicidade como valor social, político e econômico no Estado Democrático de Direito, sustentando a liberdade de imprensa e de economia de mercado¹⁵². Além disso, argumentam que a publicidade de produtos e serviços é a principal fonte de recursos dos meios de comunicação de massa, e sem a qual toda a difusão de programas culturais, educativos e informativos por toda a mídia internacional se tornaria impossível.

O exercício da atividade publicitária, neste seguimento, ganha o peso de Direito Constitucional Fundamental sob as égides da Livre Iniciativa, da Liberdade de Informação dos consumidores e de uma “liberdade de expressão Comercial”.

Com o apoio dos maiores veículos de comunicação de massa do Brasil, realizou-se entre os dias 14 a 16 de Julho de 2008 o IV Congresso Brasileiro de Publicidade. O contexto daquela ocasião era o de conter o fortalecimento do movimento civil organizado de defesa das crianças e dos consumidores que ganhavam um apoio crescente de instituições públicas com competência para realização de controle da publicidade dirigida ao público infantil. Neste sentido, grande parte daquele

¹⁵² Ao final do IV Congresso Brasileiro de Publicidade, realizado em Julho de 2008 em São Paulo, foram apresentadas como Tese Geral propostas dos congressistas, publicitários e demais representantes da mídia, para a sociedade, o Poder Público e a categoria, sobre diversos assuntos. O que mais nos interessa neste debate é a Carta final da Comissão de Liberdade de Expressão Comercial, de onde transcrevemos o trecho: *“Há no momento mais de 200 propostas no Congresso Nacional e outras em estudos na Anvisa para restringir a propaganda de bebidas, remédios, alimentos, refrigerantes, automóveis, produtos para crianças, entre outras. Tem sentido isso? A publicidade não causa obesidade, alcoolismo, acidentes domésticos ou de trânsito. É a publicidade que viabiliza do ponto de vista financeiro a liberdade de imprensa e a difusão de cultura e entretenimento para toda a população. É a publicidade que torna possível a existência de milhares de jornais, revistas, emissoras de rádio e TV, assim como de outras expressões da mídia. As leis existentes já são suficientes para garantir ampla proteção ao consumidor e seria demais pedir a um anunciante que proponha o desestímulo ao consumo. São Paulo, 16 de julho de 2008. IV Congresso Brasileiro de Publicidade. Gilberto Leifert, Presidente; Edney Narchi, Secretário; Ricardo Kotscho, Relator”* (IV CONGRESSO BRASILEIRO DE PUBLICIDADE. Tese Geral. Disponível em: <<http://www.congressodepublicidade.com.br>>. Acesso em: 16 Jul. 2008).

Congresso foi dedicada ao fortalecimento de argumentos de defesa da liberdade dos publicitários, que evocavam um direito fundamental de liberdade de se realizar publicidade, e de se comunicar comercialmente com os consumidores, denominado por alguns de “Liberdade de Expressão Comercial”¹⁵³.

A ideia dos publicitários de uma liberdade de expressão comercial possui o aval de respeitada doutrina constitucionalista. A partir dos fundamentos da República de valorização da livre iniciativa e do trabalho, e dos princípios da ordem econômica, de livre concorrência e de liberdade de desenvolvimento de atividade econômica (art. 170, inciso IV e parágrafo único), esta doutrina, como já mencionado, afirma que o direito fundamental da livre comunicação comercial se expressa a partir destas liberdades econômicas.

¹⁵³ Conforme afirmou o Presidente do Congresso, Dalton Pastore, “o tema que permeou a maioria dos debates do Congresso foi a liberdade de expressão comercial. ‘Por isso tivemos as palestras de Kofi Annan, do Roberto Civita, do João Roberto Marinho e da Judith Miller, e por isso tivemos uma comissão específica. Então, queria pedir o apoio deste plenário a quaisquer tentativas de censura à liberdade de expressão comercial’” (IV CONGRESSO BRASILEIRO DE PUBLICIDADE. *Plenário aprova as propostas finais das comissões*. Disponível em: <<http://www.congressodepublicidade.com.br>>. Acesso em: 16 Jul. 2008). Neste sentido o referido Congresso aprovou, ao final, como “tese geral” diversos pontos que foram e são veementemente defendidos pelos publicitários, dentre eles: “O IV Congresso denuncia e repudia: a) todas as iniciativas de censura à liberdade de expressão comercial, inclusive as bem intencionadas; [...] O IV Congresso defende a livre iniciativa, a liberdade de escolha do consumidor e a liberdade de expressão comercial. [...] A publicidade livre e responsável sustenta a liberdade de imprensa, assegura a diversidade das fontes de informação para a sociedade e a difusão de cultura e entretenimento para toda a população” (IV CONGRESSO BRASILEIRO DE PUBLICIDADE. *Tese geral do IV Congresso é aprovada por aclamação*. Disponível em: <<http://www.congressodepublicidade.com.br>>. Acesso em: 16 Jul. 2008). Além disso, é importante destacar o papel desenvolvido naquele evento da Comissão específica de Liberdade de Expressão Comercial”, que foi presidida pelo então presidente do CONAR, Gilberto Leifert, o que demonstra o apoio da entidade de controle privado da publicidade à liberdade irrestrita da atividade publicitária. A referida Comissão também aprovou o relatório final do seu painel, assim como as demais comissões do Congresso de Publicitários, que transcrevemos: “A comissão foi a última a expor no plenário o relatório final do painel. Gilberto Leifert, presidente do CONAR, apresentou todas as recomendações da tese que foi aprovada por unanimidade pelos congressistas. Leifert defendeu a publicidade como valor social, político e econômico e disse que as restrições legais e por autorregulamentação devem atender aos princípios jurídicos de necessidade, adequação, razoabilidade e proporcionalidade. ‘Não se deve obrigar o anunciante a falar mal de seu produto’. Outros dois pontos principais do relatório são: - Proclamação das prerrogativas constitucionais da comunicação social - aos operadores, liberdades de criação, expressão e informação, independentemente de censura; a proteção assegurada à informação pela Constituição do Brasil; - Recomendar aos órgãos do Estado e às empresas da indústria da comunicação o estabelecimento de um diálogo permanente para a produção de campanhas educativas e informativas que estimulem o consumo responsável de produtos e serviços em lugar da criação de novas leis e mais restrições à atividade publicitária. Ao final da apresentação Leifert leu a carta dos integrantes da mesa da Comissão de Liberdade de Expressão Comercial aos congressistas. O documento diz que a publicidade não causa obesidade, alcoolismo, acidentes domésticos ou de trânsito. É a publicidade que viabiliza do ponto de vista financeiro a liberdade de imprensa e a difusão de cultura e entretenimento para toda a população” (IV CONGRESSO BRASILEIRO DE PUBLICIDADE. *Plenário aprova as propostas finais das comissões*. Disponível em: <<http://www.congressodepublicidade.com.br>>. Acesso em: 16 Jul. 2008).

Neste ponto importa lembrar que a doutrina aceita que a conquista da clientela, inclusive pela comunicação comercial, configura uma das expressões do princípio da liberdade de iniciativa. E que, por outro lado, não há, verdadeiramente, livre concorrência sem a expressão publicitária (CLÈVE, 2006, p.213).

Neste sentido, o direito de fazer publicidade recebe o “status” de direito fundamental, sendo o anunciante o seu titular em face do Poder Público que deve abster-se de impedir ou criar obstáculos ao exercício desta liberdade.

Afirmar que o direito de se comunicar comercialmente com o público consumidor se configura em um direito fundamental não pode significar que se está diante de um direito isento de limitações ou restrições. Nem aqueles que defendem o direito fundamental à publicidade comercial afirmam tratar-se de um direito absoluto. Não obstante, indica, neste raciocínio, que as limitações e conformações deste direito não podem ser livremente impostos pelo legislador, que deve pautar-se pelo interesse público e “guardar proporcionalidade com os legítimos fins do Estado” (CLÈVE, 2006, p.207). Assim sendo, quer parecer este entendimento que o anunciante é titular de um direito que limita a ação do Estado (especialmente do Legislador, que deve privar-se de elaborar normas restritivas do direito do publicitário e do anunciante) e que, ao mesmo tempo, exige a manifestação do Estado (e, novamente, do Legislador que deve efetivamente preservar expressamente esta liberdade).

Além do fundamento das liberdades de iniciativa e de concorrência, outro elemento garante para a referida doutrina o caráter de direito fundamental de uma liberdade de expressão comercial: a liberdade de informação do consumidor. Tércio Sampaio Ferraz Junior emite seu parecer em favor das garantias constitucionais à liberdade de expressão comercial, afirmando que a Constituição Federal se afirma contra um Estado paternalista que substitui as vontades do cidadão, e a favor de um Poder Público que garanta a autonomia do consumidor, a partir do oferecimento das condições necessárias para suas livres escolhas na sociedade de consumo.

Ninguém a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade. Cabe ao Estado propiciar as condições deste exercício, mas jamais substituir-se ao

ser humano na condição das escolhas e da correspondente ação (FERRAZ JR., 2000, p.12).

Neste mesmo sentido, Luís Roberto Barroso defende que

[...] é pelo livre fluxo da comunicação comercial que se levam ao público consumidor dados sobre as características dos produtos, os elementos que os diferenciam, as inovações introduzidas e, até mesmo, como no caso do cigarro, os riscos associados à sua utilização. Por tais peculiaridades, o direito à informação, compreendido na liberdade de anunciar, adquire uma dimensão transindividual e passa a representar a garantia de todos os consumidores, reais e potenciais (BARROSO, 2001, p.253)¹⁵⁴.

Outro autor que adere a esse entendimento da liberdade de expressão comercial como decorrente da liberdade de informação do consumidor é Clèmerson Merlin Clève:

Ora, do ponto de vista do fornecedor ou do consumidor, a publicidade é essencial, na sociedade contemporânea, para a circulação das informações necessárias à dinâmica da economia de mercado e à transparência das relações de consumo que nela são materializadas. Não são um mal a ser combatido, nem um bem acima de qualquer julgamento. Substanciam, antes, um fenômeno da sociedade de massas, da sociedade da informação, complexo, certamente, que apresentam, como tudo, conseqüências positivas e negativas e que, por isso, pode sofrer restrição, pode desafiar a manifestação do legislador democrático, não podendo, porém sofrer banimento, ainda que parcial e seletivo.

Com a devida vênia à respeitada doutrina que até aqui fora citada, é necessário tecer algumas críticas com relação a esta fundamentação do direito de se fazer publicidade a partir de um direito fundamental de acesso à informação do consumidor. O direito à informação é direito básico previsto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, é difícil verificar na publicidade este dever de informação do fornecedor, e direito à informação do consumidor. E esta dificuldade decorre do próprio conceito da publicidade que é de discurso persuasivo e sedutor.

¹⁵⁴ A partir destes argumentos, é possível construir nossa crítica a esta doutrina ao entendermos que o excesso de publicidade, ao contrário de caracterizar-se como exercício de liberdade do consumidor, é capaz de violar a liberdade dos indivíduos. Tanto assim que desde 2000 está proibida qualquer veiculação de mensagem publicitária sobre o tabaco em território nacional pela Lei 10167/2000. Acreditar que o consumidor tem a liberdade de assistir publicidade de tabaco para se informar sobre o produto é um grave equívoco que se comete a partir de um conceito errado sobre a publicidade. Esta não tem o objetivo de informar, mas de persuadir, convencer e estimular o consumo do produto anunciado. Neste sentido, no caso específico do cigarro, o consumidor tem o direito a ser privado da publicidade deste produto, reconhecidamente danoso à sua saúde, em prol da preservação de sua liberdade e autonomia ameaçadas pelas persuasões publicitárias, e que não podem ser abaladas por interesses comerciais escusos.

A função persuasiva, influenciadora ou estimulante da publicidade impede que ela seja vista como mero meio de informação pura sobre produtos e serviços. Ao contrário do que se defende, a publicidade não se configura como exercício da liberdade do consumidor, mas essencialmente de liberdade do fornecedor. E por ter o objetivo de persuadir e de formar desejos e vontades dos consumidores a respeito dos produtos e serviços anunciados, a publicidade é capaz de atentar contra a autonomia do indivíduo se não for bem identificada como tal.

A sociedade do consumo é paradigma de um momento de violação de liberdades do consumidor, que se vê privado de escolhas e decisões livres, pelos diversos fatores que contextualizam a desequilibrada relação de consumo. E a publicidade tem seu papel de destaque na contribuição para a privação das liberdades dos consumidores, na medida em que se vive com um excesso de estímulos de consumo a partir de discursos comerciais persuasivos e sedutores que invadem todas as esferas da individualidade humana.

Neste sentido, a conclusão é quase oposta do que os referidos autores desenvolveram: a publicidade, ao invés de meio para o exercício da liberdade do consumidor, é quase meio de violação da autonomia deste indivíduo¹⁵⁵. A sociedade demanda, atualmente, menos publicidade, e não o contrário. O excesso de publicidade não tem sido visto pelos consumidores como liberdade, mas como violação dela, pelo incômodo que tem gerado. Isso não quer dizer que a atividade publicitária está protegida por uma liberdade do anunciante, mas apenas que esta liberdade não se fundamenta a partir do direito à informação do consumidor.

Outro argumento que nos parece equivocado é que a tal liberdade de expressão comercial decorre do direito fundamental de liberdade de expressão estabelecido no

¹⁵⁵ Já nos referimos, anteriormente, sobre o papel da publicidade na limitação de liberdades do consumidor na sociedade do consumo. Fabiano Del Masso dedica um capítulo de sua obra sobre Publicidade Clandestina (2009, p.123-127), e afirma: “a atividade publicitária, como abordado no decorrer do trabalho, pode limitar a liberdade humana em vários aspectos da vida social. [...] Impossível fugir, entretanto, da crítica geralmente realizada quando se observa que a garantia da liberdade paradoxalmente limita o direito à liberdade. Ou seja, é fácil imaginar que a garantia de uma liberdade máxima traria infortúnios à vida social. Não se está exaltando a liberdade como um bem a ser tutelado acima de qualquer outro, mas a limitação da liberdade do empresário que realiza atividade publicitária deve ocorrer, por exemplo, em razão da tutela da liberdade de escolha do consumidor” (DEL MASSO, 2009, p.124).

artigo 5º, IX da Constituição Federal (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”), como muitos destes autores defendem, a exemplo de Alexandre Santos Aragão (2006, p. 5 a 13). Parece muito mais óbvio que a liberdade de expressão e de comunicação da Constituição tratem do contexto de pluralidade de ideias, crenças, ideologias e pensamentos da sociedade brasileira, cuja expressão e manifestação vinham sendo oprimidas, especialmente por meio de um rigoroso controle público sobre a imprensa nacional.

Parece-nos que a publicidade não deva ser apresentada, do ponto de vista constitucional, como derivada de qualquer das liberdades relacionadas à manifestação do pensamento. Parte do marketing, função de venda, a publicidade não nasceu e frutificou com a finalidade de opor limites à atividade do Estado, afastando, por conseguinte, a possibilidade de se evocar as liberdades relativas ao pensamento como normas de regência para sua inteligência jurídica (NUNES JR., 2001, p.34).

O fluxo livre de informações e de manifestações das ideias e do pensamento, em todas as suas esferas, é condição e garantia da democracia e da cidadania. Mas liberdade de informação, expressão e comunicação, no contexto constitucional de 1988, não se relacionou com liberdade de se fazer publicidade comercial, que nunca sofreu censura em momento algum da história das conquistas de direitos no Brasil¹⁵⁶. Garantir ao discurso publicitário o fundamento da liberdade de expressão constitucional é uma aparente banalização dos direitos humanos. Por trás do discurso publicitário não há nada ideológico, cultural, religioso ou intelectual, há apenas a vontade de lucrar. Não há qualquer contribuição para a democracia ou para a emancipação do ser humano na mensagem comercial. É como entende o Ministro Herman Benjamin (1994, p.55-56):

¹⁵⁶ Esta mesma discussão foi travada nos Estados Unidos, a partir de 1942. Naquele ano, a Suprema Corte “decidiu por unanimidade que a publicidade não estava protegida sob a rubrica da liberdade de expressão” (LINN, 2006, p. 191). A Primeira Emenda da Constituição dos EUA determina que “o Congresso não fará nenhuma lei a respeito de estabelecimento de uma religião oficial ou proibindo o seu livre exercício; ou limitando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito das pessoas se reunirem pacificamente, e peticionarem ao Governo para reparação de agravos (tradução nossa para “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a release of grievances*”). “O entendimento da Suprema Corte reorientou-se a partir do caso *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council* [...]. O reconhecimento da proteção do discurso comercial não implica a impossibilidade de sofrer restrição. Significou, todavia, e certamente, a impossibilidade de seu banimento” (CLÈVE, 2006, p.223).

Reconhecer o direito de publicidade não implica elevá-lo ao mesmo patamar constitucional da garantia da liberdade de opinião conferida aos cidadãos e, no nosso modo de ver, só a eles, como pessoas físicas. Não significa, tampouco, como corolário, impedir a imposição de certos limites e até exclusões setorializadas a tal exercício, quando o interesse público assim o exigir. [...] Controle da publicidade, então, nada mais é que controle sobre a empresa. Por conseguinte, sem qualquer fundamento constitucional a tese de que controlar a publicidade é instaurar a censura, mais ainda quando esteja ela causando ou prestes a causar danos, materiais ou morais, aos consumidores e aos valores primários da sociedade. [...] incorporar a publicidade no mesmo arcabouço de proteção da liberdade de opinião é, sem dúvida, lhe dar, diretamente, o mesmo valor que a manifestação política, religiosa ou filantrópica tem. É trazer o consumo de bens, objetivo final de qualquer publicidade, e o próprio mercado ao patamar mais elevado da civilização e dos valores humanos.

Se há uma liberdade de se fazer publicidade, ela não decorre nem da liberdade de expressão e de comunicação do artigo 5º, IX da Constituição Federal, nem do direito de informação do consumidor. Decorre da livre iniciativa e da livre concorrência. Para estas liberdades econômicas, a publicidade é peça chave, e uma liberdade de realizá-la é condição para aquelas duas. Márcio Mello Casado parece concordar com este argumento:

Mas este princípio da liberdade da publicidade nos parece mais enraizado no disposto no artigo 170, parágrafo único, visto que a publicidade nada mais é que meio altamente eficiente da comercialização de um produto, fruto de uma iniciativa econômica. A liberdade da publicidade decorre da liberdade da iniciativa econômica, diretamente. A liberdade de criação e informação, descritas no art. 220, da Constituição Federal, são um meio de realização do objetivo maior da livre iniciativa, o lucro. O fornecedor, ao encomendar uma campanha publicitária, pensa nela como meio de vender o seu produto e não como um simples veículo de informação (CASADO *apud* ARAGÃO, 2006, p.8).

De toda maneira, tais princípios constitucionais de livre iniciativa e livre concorrência já sofrem diversas restrições pelo próprio texto Constitucional, sob diversas justificativas: dignidade humana, defesa do consumidor, proteção da criança e da família, solidariedade, etc. É que junto a elas, o constituinte atribuiu estes outros princípios de muito maior peso e que por isso funcionam como limitadores das liberdades econômicas. É esta a razão pela qual a liberdade de fazer publicidade é uma liberdade demasiadamente limitada.

É importante destacar que os argumentos de defesa do direito de fazer publicidade como direito fundamental de alguns dos autores citados parte da premissa que o

público consumidor destinatário da publicidade é formado, genuinamente, por adultos. Significa dizer que alguns dos doutrinadores permitiram que suas teses não se apliquem ou não sejam eficazes para a defesa da publicidade dirigida ao público infantil. Clèmerson Clève afirma que

[...] a publicidade honesta, a publicidade despida de vícios e, por isso mesmo, não enganosa é indispensável para que o consumidor maduro suficientemente informado, possa livremente decidir a propósito do que é de seu interessa. [...] O discurso normativo constitucional protege a liberdade de expressão, de comunicação, de informação, assim como as liberdades de iniciativa e de concorrência. Mas, [...] a partir de qual compreensão a propósito do ser humano? Uma compreensão que o toma como dependente da tutela estatal, como mero destinatário de uma ação normativa heterônoma, como um ser incapaz de gerir sua própria existência, como um não-sujeito tributário sempre da atividade paternalista do Estado? Ou, ao contrário, o ser humano é tomado como sujeito, capaz de gerir a si (autogoverno privado) e de participar do processo de construção de uma ordem pública autônoma (autogoverno público)? [...] A pessoa humana tutelada pela Constituição substancia, portanto, um ser capaz de decidir a propósito de seu destino (CLÈVE, 2006, p.208-216).

Tércio Sampaio Junior, ao defender o direito do consumidor como fundamento do direito fundamental de comunicação comercial, alega que “quem quer que queira educar adultos na realidade pretende agir como guardião e impedi-los de atividade política” (2000, p.12).

Percebe-se que os referidos autores fundamentam sua teoria da liberdade de expressão comercial somente quando dirigida ao público consumidor adulto. Não tendo as crianças a personalidade formada e, por isso, lhe faltando o discernimento, a maturidade, e a experiência para conduzirem suas próprias vontades, dada a dificuldade de perceberem a realidade, os autores demonstram que está aí um exemplo de quando se encerra a liberdade de fazer publicidade. Em seu estudo sobre a liberdade de expressão comercial, Clèmerson Clève se refere expressamente às crianças como exceções ao exercício desta liberdade:

Salvo em circunstâncias claramente justificáveis (é o caso *v.g.*, do cuidado com a criança e o adolescente), pretender o Estado substituir-se à esfera decisória do cidadão, exercendo tutela, ditando o que deve o que pode ser informado, como deve ou como pode manifestar-se a criação intelectual, implica clara agressão às liberdades de informação e de expressão. [...] Diante das relações de consumo, o direito à informação se apresenta como [...] (iii) respeito à pluralidade e à indeterminação do universo que receberá a mensagem e as diferentes formas de recebê-lo, observando-se, em

especial, a condição dos que ostentem incapacidade de discernimento (criança, adolescente, etc.) (CLÈVE, 2006, p.221 e 227).

Nesta linha de argumentação, a liberdade de fazer publicidade encontra obstáculo quando dirigida ao público infantil e, neste aspecto merece restrição pelo Poder Público. As teses dos autores referidos não parecem servir para a defesa da liberdade do anunciante que deseja fazer publicidade para o público infantil, o que significa afirmar que o direito de liberdade de fazer publicidade pode sofrer restrições quando se tratar de mensagens publicitárias dirigidas ao público infantil.

4.2 LIMITES E RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE FAZER PUBLICIDADE

Os direitos previstos na constituição não podem ser considerados como absolutos. Contudo, esta afirmação não indica que seja possível inferir na relatividade dos direitos e liberdades jusfundamentais, conforme ensina Cristina Queiroz (2002, p.199), mas que eles possam sofrer restrições. Assim, o direito de fazer publicidade como garantia constitucional também não pode significar uma liberdade absoluta, podendo falar-se em restrição desse direito de liberdade.

O Professor da Universidade de Lisboa, Jorge Reis Novais, adota como conceito de restrição

[...] a ação ou omissão estatal que afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado (2003, p.157).

Já o Professor da Universidade de Kiel, Robert Alexy, defende que “as restrições de direitos fundamentais são normas que restringem posições jusfundamentais *prima facie*” (2002, p.272, tradução nossa¹⁵⁷). O professor alemão alerta que uma norma somente poderá ser restritiva se for constitucional. Não sendo, poderá ter o caráter de intervenção, mas não de restrição.

¹⁵⁷ “las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales *prima facie*”.

A liberdade de fazer publicidade comercial encontra suas restrições dentro da própria Constituição Federal, que se irradiam como limites da atividade pela legislação ordinária. O direito fundamental de proteção do consumidor pelo Estado, estabelecido no artigo 5º, XXXII, bem como seu aspecto de princípio da ordem econômica (art. 170, V) no texto Constitucional demonstra a característica limitada desta liberdade, e que fundamenta o controle público da publicidade em prol da defesa do consumidor, previsto entre os artigos. 36 a 38 da Lei 8078/90. “Enfim, o ordenamento jurídico encontra respaldo constitucional suficiente para impor limites à atividade publicitária das empresas” (DEL MASSO, 2009, p.123).

Além dos limites em prol da defesa do consumidor, a Constituição Federal estabeleceu, de forma mais expressa, outros limites à liberdade de fazer publicidade comercial. Um deles se realiza quando o constituinte atribui no artigo 220, § 3º, II, competência à lei federal para “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem [...] da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

Logo a seguir, determinou-se outro limite da atividade publicitária, por meio de lei restritiva:

Art. 220, § 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.

É bem possível compreender, a partir desses dois limites, que toda e qualquer prática publicitária que coloque em risco a saúde e o meio ambiente e, em especial, as de produtos potencialmente nocivos como tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, que pela sua natureza e fruição geram riscos potenciais à saúde dos indivíduos e à qualidade do meio ambiente, devem sofrer restrições pela proteção da família e das pessoas.

O que se vislumbra a partir dos limites expressos da Constituição Federal à liberdade de publicidade é que sofrerá restrições toda publicidade que estimular práticas de consumo potencialmente não saudáveis, ou sempre que determinada

atividade publicitária colocar em risco a saúde e a qualidade de vida dos consumidores. Por assim dizer, é possível estender os limites da liberdade publicitária a outros princípios e direitos fundamentais da Constituição. Dentre eles podemos enumerar a saúde, a vida e a dignidade humana.

Como visto, o artigo 220, §4º da constituição federal trata das “restrições” da liberdade de fazer publicidade. Neste sentido, é imprescindível estudar a diferença que a doutrina constitucionalista realiza entre “limite” e “restrição”. O português Jorge reis Novais defende que ambos os termos podem ser encontrados nos textos constitucionais e na literatura especializada como uma “idéia comum de afetação ou intervenção estatal no domínio dos direitos fundamentais com algum sentido desvantajoso para os interesses de liberdade” (2003, p.155).

Segundo o mesmo autor, há, entretanto, uma diferença etimológica de perspectivas:

“enquanto restrição (do latim *restringere*) tem o sentido principal de supressão ou diminuição de algo, já o limite (do latim *limitare* ou *delimitare*) tem o sentido de estrema, de fronteira. assim, enquanto que *restrição* procura traduzir a idéia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, *limite* sugere a revelação ou colocação dos contornos desse conteúdo, ainda que na colocação de limites a alguma coisa venha sempre implicado o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro” (NOVAIS, 2003, p.155).

Dimitri Dimpoulis e Leonardo Martins preferem discorrer sobre a possibilidade de “intervenção” e de imposição de “limites” aos direitos fundamentais. “Nestes casos, a área de proteção do direito é restringida de forma permitida”, cujos modos de limitação podem se dar pela concretização mediante lei, pela reserva legal ou pelo direito constitucional de colisão ou colidente (2008, p.152-165).

Alexy, por sua vez, defende que a diferença entre “restrição” e “limite” está na distinção das teorias externa e interna de restrição de direitos fundamentais.

O autor ensina que a teoria externa de restrição de direitos fundamentais pressupõe a existência do direito em si, que não está restringido, e do direito restringido. Ou seja, não há, segundo esta teoria, nenhuma relação necessária entre os conceitos de direito e de restrição. A relação é criada somente através de uma necessidade

externa ao direito de compatibilização entre os direitos de diferentes indivíduos e entre estes e os direitos individuais e os bens coletivos (ALEXY, 2002, p.268).

Esta ideia é completamente distinta da chamada teoria interna, segundo a qual

[...] não existe duas coisas, o direito e suas restrições, senão apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo de limite. As dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas acerca de se o direito deve ou não ser limitado mas acerca de qual é seu conteúdo. Quando se fala de “limites” no lugar de “restrições”, se fala de “restrições imanentes” (ALEXY, 2002, p.268-269, tradução nossa¹⁵⁸)¹⁵⁹.

A presente pesquisa seguirá utilizando as duas expressões por aderir em parte com ambos os entendimentos, como fez Jorge Novais (2003, p.357), porque se entende ser inevitável a utilização da ponderação de valores e interesses como metodologia adequada para a solução do seu problema principal que, por sua vez, demanda a necessidade de intervenção externa do Estado na restrição de direitos fundamentais, cujos resultados buscam o contorno de limites legítimos desses direitos e, ao mesmo tempo, a imposição de limites a esses limites, ou seja, limites à atividade interventiva e restritiva de direitos fundamentais. Ou seja, as restrições de Direitos Fundamentais podem se definir como intervenções legítimas do Estado Democrático de Direito, por meio de normas constitucionalmente aceitas, em liberdades individuais, e que produzem ou concretizam, por fim, os limites necessários ao exercício destes direitos¹⁶⁰.

¹⁵⁸ “Según ella, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite. Las dudas acerca de los límites del derecho son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de ‘límites’ en lugar de ‘restricciones’, se habla de ‘restricciones immanentes’”.

¹⁵⁹ Alexy conclui a discussão entre as teorias se posicionando a favor da teoria externa, afirmando que no modelo dos princípios o discurso das restrições dos direitos fundamentais é correto e nele vale a teoria externa, pois, na teoria dos princípios se considera que o que há de se restringir não são posições definitivas, mas sim *prima facie*. Partindo de posições *prima facie* Alexy acredita que se refuta a teoria interna (2002, p.269-271).

¹⁶⁰ A hipótese que se apresenta ao problema principal desta pesquisa é, como será mais bem explicado, que a Constituição Federal Brasileira exige que o Estado intervenha por meio de Lei restritiva, na sua finalidade de promover a defesa do consumidor, da infância e dos valores sociais da família, impondo os limites necessários no controle da atividade publicitária, por meio de verdadeira ponderação de interesses e valores, para a coexistência da liberdade desta atividade e da proteção dos interesses sociais referidos.

Pretende-se afirmar que, inerentes às restrições constitucionais à liberdade de fazer publicidade, existem interesses sociais de proteção à saúde, vida e valores sociais da família¹⁶¹. Este último interesse encontra-se previsto no artigo 221, IV, ainda dentro do contexto constitucional das liberdades de comunicação social:

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

[...]

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

Percebe-se que os parágrafos 3º, II e 4º do artigo 220 e o artigo 221, II da Constituição Federal tornaram a atividade publicitária vulnerável a restrições, principalmente se provada que ela afeta negativamente a família e a saúde. Como já visto, não podem ser resumidos os limites à liberdade publicitária apenas àqueles que estão expressamente previstos nos artigos 220 e 221 da Constituição Federal. Os interesses constitucionais e os direitos fundamentais que limitam as liberdades publicitárias, inerentes a estes dispositivos constitucionais (vida, saúde e valores sociais da família), são bem mais amplos que os contidos no seu Capítulo da Comunicação Social, e não são ameaçados apenas pelas publicidades de tabaco, medicamentos, terapias, agrotóxicos e bebidas alcoólicas. O estímulo ao consumo de outros produtos, após um consenso atualizado das ciências sociais e da saúde, pode demandar uma ampliação do rol de mensagens publicitárias passíveis de restrições constitucionais, seja porque os bens jurídicos ameaçados (como saúde) passam a sofrer novos tipos de ameaças pela publicidade (como é o caso dos

¹⁶¹ Caleb Salomão Pereira prefere afirmar que ao invés de interesses constitucionais existem vontades sociais, vontade de lei, de se determinar algo em texto constitucional, como o de restringir liberdades econômicas em prol da proteção integral das crianças. Esta vontade de lei se configura, para o autor, em uma *pulsão ordenadora*, que irá configurar, por sua vez, a determinação constitucional. Neste sentido, o intérprete constitucional, pelas lentes dos direitos humanos, deve buscar a pulsão que ordenou aquele preceito constitucional para aplicá-lo. “Vimos que a zona de valência jurídico-constitucional é caracterizada por tensões determinadas por interesses que, em algum momento do embate democrático, se revelam antagônicas. Referidos interesses são veiculados por pulsões jurídico-políticas – originariamente *ordenadoras* – que dependem das funções do Estado para sua projeção sobre a sociedade. Essas pulsões promovem a mediação teórico-formal entre o Ser e o Dever-ser, revelando uma *vontade de lei* orientada por expectativas de transformação da práxis econômico-corporativa que não atende às regras de benefício comunitário” (PEREIRA, 2009, p.24). Aplicando a teoria da pulsão ordenadora ao tema da proteção das crianças na sociedade de consumo, como já o fez o referido autor, é possível afirmar que a Constituição Federal restringe a publicidade infantil tanto por força de uma pulsão ordenadora que quer valer a vontade de se proteger integralmente as crianças em todos os ambientes a que está exposta, inclusive o midiático, como por força de uma pulsão ordenadora que manifesta a vontade de se restringir qualquer estímulo comercial que coloque em risco a integridade física, psíquica e moral dos indivíduos, e em especial, das crianças.

alimentos não-saudáveis), ou porque outras garantias institucionais constitucionais¹⁶² também passaram a ser ameaçados pelo excesso de mensagens publicitárias (como ocorre com a família e a infância).

Essa interpretação extensiva também é possível na medida em que “os direitos fundamentais têm como referente (‘referem-se’, ‘dizem respeito a’) determinados setores (âmbitos, domínios) da realidade social” (CANOTILHO, 2004, p.448). Tanto os direitos fundamentais como suas restrições (ou limites) quando articulados com determinado âmbito da realidade social possibilitam a descrição do âmbito de proteção de um direito fundamental. A vida, os valores sociais da família, a saúde, a infância e vulnerabilidade do consumidor (razão do direito fundamental sua defesa pelo Estado), demandam uma restrição da publicidade maior do que a expressamente prevista pela Constituição, ou seja, além das de tabaco, bebida alcoólica, agrotóxico, medicamentos e terapias, pois o âmbito de sua proteção é bem maior do que aquele ameaçado apenas pelo estímulo ao consumo destes referidos produtos.

Se as liberdades econômicas encontram limites em diversos outros princípios fundamentais, como defesa do consumidor e dignidade humana, pois com estes devem se harmonizar, e estando a liberdade publicitária fundamentada nas liberdades econômicas, outros também serão os princípios constitucionais fundamentais que limitarão a atividade publicitária, de forma mais ou menos expressa.

Ao mesmo tempo, todo aquele preceito constitucional que tiver fundamento nos referidos princípios servirão como limites à atividade publicitária.

Canotilho (2004, p.449) afirma que a análise dos domínios materiais (como a vida, a saúde, a família) e o âmbito de suas proteções pelos direitos fundamentais precisam passar pela análise de como e em que medida se realizam essas proteções pelo

¹⁶² Apenas lembrando o entendimento já citado de Canotilho: “os direitos fundamentais como garantias institucionais é a terceira possibilidade de positivação de direitos sociais. A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos” (2004, p.475).

ordenamento jurídico constitucional. Neste sentido, o constitucionalista português diferencia o “momento descritivo”, em que se define o setor da realidade social que entra no âmbito de proteção de direito fundamental, e o “momento normativo”, em que se recorta limitativamente o conteúdo merecedor de garantia jurídico-constitucional.

Quando aplicado este raciocínio ao exercício da atividade publicitária, podemos entender que o direito de se fazer publicidade se configura como um direito fundamental de liberdade, como já defendido anteriormente, em um momento descritivo, mas tem seu conteúdo recortado, em um momento normativo, para que a publicidade de medicamentos, de terapias, de agrotóxicos, de tabaco e de bebidas alcoólicas não mereça essa garantia jurídico-constitucional.

A diferenciação entre ‘momento descritivo’ e ‘momento normativo’ do âmbito de proteção aponta já para a necessidade de uma distinção clara entre âmbito de proteção e conteúdo juridicamente garantido. O conteúdo juridicamente protegido não pode fixar-se para cada direito de forma geral e abstrata. Pelo contrário: para cada direito impõe-se um específico trabalho de mediação jurídica (CANOTILHO, 2004, p.449).

Neste momento normativo, devem ser recortadas também a publicidade de alimentos não-saudáveis e as dirigidas ao público infantil. Para o autor português, uma importante forma de mediação jurídica é a restrição de direitos (2204, p.450).

Como já afirmado anteriormente, a restrição a que a atividade publicitária deve ser submetida é maior do que aquela que se compreende pela interpretação literal do artigo 220, §4º da constituição federal brasileira.

Dentre as publicidades que devem ser também restringidas por vontade tácita do constituinte encontram-se a de alimentos não saudáveis e as dirigidas ao público infanto-juvenil. Assim, leis restritivas devem impor as condições para esses outros limites da liberdade publicitária: o de não estimular o consumo de produtos não-saudáveis, e o de se dirigir apenas ao público maior de doze anos de idade. Mais adiante serão discutidas as formas em que a lei restritiva deverá servir para a imposição destes limites. Antes, é necessário verificar a possibilidade de limitar a

liberdade de fazer publicidade por meio de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição Federal, como é o caso da publicidade infanto-juvenil.

Canotilho resume o universo de restrições de direitos por atos normativos com valor de lei em três hipóteses: as restrições feitas diretamente pela Constituição (ou restrições diretas, quando a lei constitucional procede de forma expressa “a um primeiro recorte restritivo do conteúdo juridicamente garantido de um direito fundamental”); as restrições feitas por lei, mas expressamente autorizadas pela Constituição (como a reserva de lei restritiva, em que a Constituição autoriza a lei a estabelecer restrições ao conteúdo juridicamente garantido de um direito fundamental); e as restrições operadas através da lei, mas que não contam com a autorização expressa da Constituição (2004, p.450).

A restrição da liberdade de fazer publicidade de tabaco, medicamentos, terapias, bebidas alcoólicas e agrotóxicos, tal qual ocorre por força do artigo 220, § 4º da Constituição Federal Brasileira, deve ser entendida como uma restrição feita por lei, e expressamente autorizada pelo texto Constitucional. Trata-se da reserva legal na sua forma simples, a que se refere Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 153), pois o exercício do direito (neste caso, o exercício do direito restrito ou a efetivação da restrição) se dará “na forma da lei” ou “nos termos da lei”.

Já a restrição da publicidade dirigida às crianças se efetivará apenas por meio de uma intervenção restritiva não expressamente autorizada pela Constituição. Ou, como pode também ser entendido, o exercício da publicidade dirigida a crianças se configura em espécie de direito fundamental livre de reserva legal, a que alude Dimoulis e Martins (2008, p.155). Ainda assim, esta espécie da atividade publicitária pode ser restringida, como se pretende.

De acordo com Jorge Novais, que desenvolveu sua tese de doutoramento perante a Universidade de Lisboa no tema das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição,

A atribuição de uma relevância absoluta ao sistema constitucional de reservas no sentido de uma proibição de quaisquer restrições a direitos

fundamentais desde que não expressamente autorizadas pela Constituição é, pelo menos na prática, de difícil sustentação, dada a inviabilidade de um modelo que, implicitamente, assenta na pretensa capacidade de o legislador constituinte poder resolver de forma adequada e explícita toda a série infundável e imprevisível de vicissitudes que vão afetar a vida e a concretização dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p.363-364).

No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins descartam a inconstitucionalidade da limitação do direito sem reserva e os argumentos de que esta restrição só pode ser admitida *in concreto*, na constatação de um efetivo conflito entre bens jurídico-constitucionais. Para estes autores, a complexidade das relações privadas e suas constantes mutações, e a própria natureza conflitante dos direitos fundamentais legitimam a verificação de limites desses direitos independentemente de sua previsão constitucional, e impedem a afirmação de que, se não há previsão expressa do limite, é sinal que o constituinte não vislumbrou riscos de conflito do direito fundamental com outros direitos constitucionalmente tutelados, autorizando o seu pleno exercício:

Ora, é sabido que a vida privada encontra-se em incessante conflito com outros direitos. Basta pensar nas colisões entre a privacidade e o direito de informação, da liberdade de pensamento e da liberdade profissional dos jornalistas ou nos conflitos cotidianos entre a privacidade e o dever de tributação. Como se satisfazer com a afirmação de que o constituinte não vislumbrou conflitos nestas hipóteses quando se sabe que esses conflitos fazem parte da substância dos referidos direitos? [...] É preferível admitir a intervenção legislativa sem autorização constitucional ou confiar nas intervenções pontuais dos demais poderes que serão contínuas e substanciais ao exercício do direito à privacidade? [...] Ora, mesmo se não houver lei, o Poder Judiciário, decidindo repetidamente sobre esses conflitos, acabará cristalizando uma jurisprudência que terá, de fato, significado e valor de lei limitadora. Por que a limitação do direito à privacidade mediante o direito sumulado respeitaria a Constituição mais do que o estabelecimento de limites legais? (DIMOULIS e MARTINS, 2008, p. 157).

Por esta referida corrente doutrinária, os limites aos direitos fundamentais são inevitáveis, e uma interpretação constitucional que indique que apenas sofrerão restrições os direitos fundamentais que tiverem suas limitações expressas no texto constitucional, se levada a sério, é efetivamente impossível, ainda mais diante da necessidade de intervenção do Estado que pressupõe a inexistência de direitos fundamentais absolutos, para que todos tenham acessos iguais às mesmas liberdades.

São várias as formas de justificar e as metodologias para solucionar o problema da necessidade de restringir direitos fundamentais, mesmo sem a autorização expressa da Constituição. Dimoulis e Martins indicam duas formas pelas quais o dilema relacionado à reserva legal tácita pode ser solucionado: por uma interpretação sistemática da área de proteção de cada direito, ou pelo recurso a outras normas constitucionais que autorizam a intervenção (2008, p.159). Além dessas hipóteses, os autores tratam da limitação do direito fundamental sem reserva legal pelo direito constitucional colidente ou de colisão, cujo uso é absolutamente vedado quando o constituinte, ao prever o conflito de interesses constitucionais no caso concreto, estabelece uma reserva legal.

Pelo uso das referidas hipóteses, a proteção da criança, que, como já visto, se fundamenta numa proteção integral, que por sua vez pressupõe a proteção da dignidade humana e do desenvolvimento da personalidade, será claro limite à atividade publicitária.

E de forma mais emergente se percebe a restrição constitucional de se fazer publicidade de produtos tidos como “não-saudáveis”. Basta perceber que o contexto de saúde pública, em que foi promulgada a Constituição de 1988, determinava que os produtos derivados do tabaco, bem como os medicamentos, as terapias, os agrotóxicos e as bebidas alcoólicas possuíam um alto nível de risco à saúde dos indivíduos. Desta forma, o estímulo ao consumo destes produtos, pelo discurso publicitário, deveria sofrer restrições, o que foi prontamente obedecido pelo ordenamento jurídico.

A partir desta premissa, é muito possível defender que, com o avanço das ciências da saúde, todo produto que passar a ser alvo de crítica fundamentada cientificamente pelas entidades responsáveis pelo desenvolvimento de políticas de saúde pública mundial, ou cujo consumo excessivo passe a ser condenado pela classe médica e pela sociedade em geral, como já ocorria com o cigarro e com a bebida alcoólica, também deverá ter sua publicidade restringida. Ou seja, a interpretação constitucional deve evoluir na companhia das ciências médicas, para que seja ampliado o rol de fabricantes que possuem liberdades publicitárias restritas.

E, neste sentido, tem total cabimento qualquer intervenção do Estado na pretensão de restringir a publicidade dos alimentos “não-saudáveis” como aqueles que são ricos em açúcar, gordura saturada, gordura trans, sódio e pobres em nutrientes, como se pretende fazer a partir do Regulamento da ANVISA, objeto da sua Consulta Pública nº 71¹⁶³, já que o controle da obesidade adulta ou infantil passou a integrar, após 1988, o rol de preocupações de todas as organizações internacionais de saúde, bem como da lista de preocupações das políticas públicas de saúde no Brasil. Tais produtos podem ser perfeitamente comparados ao cigarro e à bebida alcoólica para legitimar a intervenção do Estado na restrição de seus anúncios publicitários. O controle constitucional da publicidade deve evoluir na medida em que evolui a consciência científica sobre a nocividade de produtos lícitos. Assim como já se permitiu a publicidade de cigarro no passado, pode ser hoje proibida a publicidade de outros produtos também prejudiciais à saúde quando consumidos em excesso.

Esta possibilidade decorre dos limites não expressamente previstos pela constituição federal à liberdade de fazer publicidade, mas verificados a partir da interpretação conjunta dos parágrafos 3º, II, 4º do seu art. 220 e do art. 221, IV. É que o constituinte estabeleceu que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxicos sofrerão restrição legal na forma do inciso II do artigo 220, ou seja, na finalidade de estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde. Por sua vez, este mesmo inciso do art. 220 se remete ao art. 221, no objetivo de que a lei restritiva (competência federal) se realize em prol do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV). A partir desta análise, é possível ratificar que toda publicidade de produtos lícitos, mas que possam ser nocivos à saúde, e toda prática publicitária que desrespeite os valores éticos e sociais da pessoa e da família, devem sofrer restrições por lei federal. A publicidade dirigida a crianças (em especial a de produtos considerados não-saudáveis), por tudo que já foi exposto nos capítulos anteriores, faz parte deste grupo de publicidades restringíveis.

¹⁶³ ANEXO III

Em sequência, também é possível afirmar que toda estratégia na atividade publicitária que tiver como resultado a violação ou ameaça à saúde, ou à integridade do consumidor, em todos os seus âmbitos, seja pelo seu conteúdo ou pela forma do seu discurso, sofrerá restrições. A partir da verificação de que o excesso de publicidade dirigida às crianças contribui para o surgimento de diversos distúrbios psicológicos e doenças modernas no público infantil, bem como para diminuição da sua qualidade de vida, torna-se constitucionalmente aceita a restrição desse ramo publicitário.

Mesmo anunciando produtos lícitos (porque também são o cigarro, a bebida alcoólica, o medicamento, a terapia e o agrotóxico), os fornecedores e publicitários encontram mais essa limitação no texto constitucional: a de não se dirigir ao público infantil, posto que toda publicidade dirigida à criança é capaz de violar a sua proteção integral. O artigo 227 da Constituição Federal, que institui a proteção integral da criança como direito fundamental, tem o poder de servir como limitador da atividade publicitária, restringindo os anúncios publicitários dirigidos às crianças.

Deve-se frisar que o princípio da solidariedade é outro obstáculo à existência de publicidades dirigidas às crianças, na medida em que estas não possuem sua individualidade e condição especial de vulnerabilidade respeitada. Ora, o publicitário não “vê na criança uma criança”, mas apenas a sua capacidade de convencer seus pais a comprar o produto anunciado. Passam a ser vistas mais como coisas do que como seres humanos em desenvolvimento. Seus interesses apenas são considerados a partir da sua capacidade de fazer seus responsáveis consumirem, em atendimento da suas vontades implantadas. Tal comportamento no mercado de consumo afronta os preceitos constitucionais e solidariedade e justiça social.

Daniel Sarmiento afirma que

[...] se, por um lado, a Constituição demonstra esta inclinação pelo social, por outro ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Neste sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de empresa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental. Porém, a opção capitalista é temperada pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, através de variadas fórmulas compromissórias.

A face econômica da Constituição de 1988 pressupõe que as liberdades econômicas no Brasil jamais serão defendidas de forma a se sobrepor aos interesses sociais e à dignidade dos indivíduos. O desenvolvimento econômico pelas atividades privadas não se fará à custa dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. É essa a razão de se restringir a publicidade dirigida às crianças. Por mais que se anunciem produtos lícitos, por mais liberdade que necessitem os empresários e publicitários para desenvolver seu negócio, por trás da defesa dos publicitários e anunciantes que insistem em se comunicar comercialmente com as crianças está apenas a vontade de lucrar, independente de quem quer que seja atingido ou prejudicado, sejam crianças, seja a família ou a sociedade.

Nosso modelo de constituição econômica continua sendo o de uma economia capitalista, mas preocupada com a igualdade material e com a justiça social, que não pretende eliminar ou substituir o mercado, mas também não o reverencia como instituição sacrossanta (SARMENTO, 2008, p.177).

Neste sentido, é importante destacar o papel do princípio da dignidade humana na harmonização dos interesses econômicos e das liberdades privadas no mercado com os princípios de solidariedade e justiça social.

De modo feliz, lembra Ingo Wolfgang Sarlet que o princípio da dignidade humana sintetiza a condição, simultânea, de limitação e tarefa do Estado, da comunidade e dos particulares. Daí a razão pela qual “impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”. Ora, na preciosa lição de Peres Luño, “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo” (CLÈVE, 2006, p. 215).

O controle da publicidade dirigida às crianças parece estar plenamente adequado à necessidade de preservação da dignidade humana da pessoa em desenvolvimento. A defesa de uma liberdade plena do anunciante de se comunicar comercialmente com o público infantil pressupõe uma visão da criança não como indivíduo em desenvolvimento, mas como “coisa” capaz de convencer seu pai a gastar recursos financeiros em seu favor. E aí se visualiza uma grave violação de direitos humanos,

na medida em que a criança não é vista como ser humano e passa a ser “coisificada”.

A concepção simultânea de limitação e tarefa que justifica a atuação do Estado pela preservação da dignidade humana é o que se impõe quando se defende a limitação da liberdade da atividade publicitária dirigida ao público infantil e a tarefa do Estado em garantir a dignidade da pessoa em desenvolvimento por meio de um controle público efetivo desta mesma atividade empresarial. É este o papel do princípio da dignidade humana no controle da publicidade: de servir de limite e restrição à liberdade publicitária em prol do pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano que se encontra nesta exata condição.

As hipóteses e entendimentos anteriores utilizados para a solução do problema de restrições de direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição (como se entende ser o caso da publicidade dirigida às crianças) podem ser divididos, de acordo com as lições de Jorge Novais, em duas complexas teorias. Primeiro os que defendem a existência de *limites imanes* dos direitos fundamentais, para fundamentar a possibilidade dos poderes constituídos concretizarem ou revelarem os limites constitucionais não escritos, que afetam direitos fundamentais, a princípio, sem reservas. Segundo, os que sustentam a admissibilidade ou necessidade dos poderes constituídos realizarem essas restrições não autorizadas pela constituição no pretexto de salvaguardar a compatibilização desses direitos aparentemente consagrados sem reserva legal com outros valores ou bens igualmente dignos de tutela jurídica, por meio de uma metodologia de ponderação, harmonização ou concordância prática (que o autor chama de doutrina das restrições implicitamente autorizadas pela necessidade de solucionar colisões entre bens constitucionais) (NOVAIS, 2003, 364).

Após tecer críticas a estas correntes, Jorge Novais chega a algumas conclusões que justificam sua posição autônoma. Como premissa, o Professor da Universidade de Lisboa estabelece que

Qualquer que seja a justificação ou fundamentação encontrada, as mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e necessidade de os direitos fundamentais,

independentemente das reservas ou ausência de reservas com que os dotou o legislador constituinte, poder ter de ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de proteção jurídica assim o exijam. A consagração constitucional de um direito fundamental sem a simultânea previsão da possibilidade da sua restrição não constitui qualquer indicação definitiva sobre a sua limitabilidade (2003, p.569).

A posição adotada pelo autor é a de que as restrições, não expressamente autorizadas pela Constituição, se realizam na medida em que os direitos fundamentais são garantias jurídicas com reserva geral imanente de ponderação. Ter um direito fundamental significa, nas palavras de Jorge Novais, “ter uma posição forte de garantia de liberdade e autonomia pessoal” (2003, p.569). Segue o autor afirmando que o Poder Público está diretamente vinculado a esta garantia e nela só poderá intervir, mesmo na figura do legislador democraticamente legitimado, quando preenchido os requisitos formais constitucionais. Entretanto, na sua condição indissociável de se compatibilizar com outros bens, interesses e valores igualmente dignos de proteção constitucional, as garantias jurídicas proporcionadas pelos direitos fundamentais apresentam esta reserva geral imanentes de ponderação.

A liberdade de fazer publicidade poderá encontrar limites não previstos expressamente na Constituição diante da sua colisão com as liberdades individuais da criança e da família, além de outros bens, interesses e valores de grande peso na Constituição Federal, como a vida, a saúde, a infância e os valores sociais da família. À lei restritiva, elaborada mediante verdadeiro exercício de ponderação de valores e interesses, caberá dizer em que medida se dará a restrição da liberdade de fazer publicidade para que se efetivem as garantias dos direitos fundamentais de proteção integral da criança e da dignidade humana.

A partir da defesa da restrição da publicidade dirigida à criança com base nos fundamentos anteriores e pela limitação imposta pelo princípio da dignidade humana, é preciso saber se, a partir de todas essas premissas de direito constitucional, a publicidade dirigida às crianças já é proibida pelo ordenamento jurídico pátrio ou se realmente carece de lei restritiva ainda não vigente.

O Professor Vieira de Andrade (2006, p.277-280) discute sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (monistas) ou a aplicação mediata

(relevância indireta) dos direitos fundamentais nesta área, que se dará “mediante a regulação legislativa do direito privado (posições dualistas)”. Para que seja possível a aplicação imediata dos direitos fundamentais entre particulares deve uma das partes ser consideradas como sujeitos ativos de direitos fundamentais perante a outra parte, que exercerá papel de sujeito passivo destes direitos fundamentais.

A dúvida existe, segundo o autor, pela cultura já ultrapassada que a relação entre sujeitos onde se insere os direitos fundamentais se dá entre o cidadão e o Estado, este último o clássico e tradicional sujeito passivo de direitos fundamentais. Entretanto, diante de uma sociedade técnica de massa, em que persiste uma desigualdade imensa de poderes entre os particulares, com o enfraquecimento do consumidor e do trabalhador e a concentração de força dos fornecedores de serviços e dos empregadores, deverá ocorrer uma transposição direta dos direitos fundamentais à relação entre particulares, sendo aqueles últimos os seus sujeitos passivos (2006, p.286). Neste contexto, e somente neste, de acordo com o autor português, em que se verifica situação de poder das pessoas jurídicas em relação aos demais, há que se falar em uma vinculação direta dos direitos, liberdades e garantias fundamentais aos privados poderosos.

Ainda assim, perante a pluralidade de interesses legítimos em conflito, e por serem também as pessoas jurídicas dotadas de direitos fundamentais, sempre haverá um exercício de ponderação de valores a ser realizado pelo juiz e pelo legislador. Conforme nosso professor da Universidade de Coimbra (ANDRADE, 2006, p.289),

Na realidade tal vinculação, além de ser limitada às situações de poder (em regra, de pessoas coletivas), há de ser entendida como uma vinculação gradativa, pelo que o juiz não pode deixar de ponderar os valores em jogo, tendo em conta o diferente peso dos direitos e da liberdade nas situações concretas. A isto se somará que, no nosso sistema, não deixa de caber em primeira linha ao legislador a regulação imperativa das relações privadas e a resolução dos problemas da colisão entre as liberdades e, em geral, entre os direitos dos particulares nelas envolvidos.

Sem adentrarmos nas discussões doutrinárias acerca da eficácia mediata (ou indireta) ou da eficácia imediata (direta) dos direitos fundamentais nas relações

privadas¹⁶⁴, para o presente estudo importará dizer que o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas passará, obrigatoriamente, pelo exercício da ponderação, de onde a solução surgirá pelo sopesar dos direitos em colisão. Esta solução decorre do fato de que, em relações privadas, as pessoas capazes de violar direitos fundamentais é, ao mesmo tempo, titular de direitos fundamentais. E é neste sentido que, diante de uma relação particular desigual em que há supremacia de uma das partes em relação a outra, e cuja consequência seja a violação de direitos fundamentais da parte mais fraca, a eficácia dos direitos fundamentais nesta relação dará pela ponderação entre o direito afetado e a autonomia privada da outra parte¹⁶⁵.

É o que se pode vislumbrar do problema do desejo por parte de determinados fornecedores de produtos e serviços de fazer publicidade para crianças. A sua liberdade é capaz de violar os direitos fundamentais das crianças, e a eficácia destes direitos fundamentais deverá passar pelo exercício da ponderação, pois se trata de uma restrição de direitos do anunciante.

A ponderação entre estes dois interesses constitucionalmente tutelados, autonomia privada do anunciante *versus* proteção integral da criança, deve ser realizada no âmbito do processo legislativo. Cabe, então, ao legislador, o exercício desta

¹⁶⁴ Daniel Sarmento afirma que no ordenamento constitucional brasileiro não há espaço nem para a teoria da eficácia imediata nem para a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas: “[...] a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos aparece inconciliável com a posição mais compromissória, mas anda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina no modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado” (2008, p.237). A isto se soma a dificuldade da doutrina brasileira importar teorias de eficácia horizontal de direitos fundamentais de países como Estados Unidos e Alemanha e aplicá-las a uma realidade social tão diversa como a brasileira, onde a desigualdade e assimetria nas relações particulares são muito mais injustas do que naqueles países.

¹⁶⁵ No mesmo sentido, Jane Reis Gonçalves: “O tema, portanto, insere-se no âmbito dos direitos fundamentais. Admitindo-se que os direitos incidem nas relações privadas, o problema há de ser resolvido por meio de uma ponderação, cabendo sopesar os diversos direitos envolvidos, a fim de determinar *se e em que medida* está justificada a limitação da autonomia privada. Entretanto, o desafio que se coloca para a teoria constitucional é precisamente estabelecer critérios específicos para tais ponderações, pois que os conflitos de direitos em relações privadas apresentam uma peculiaridade: o agente potencialmente violador dos direitos fundamentais é também titular de direitos” (2006, p.492). Daniel Sarmento também coaduna com este entendimento: “Por tudo isso, tem-se entendido que a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada” (2008, p. 260).

ponderação, pois, conforme Daniel Sarmiento (sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais), “esta ponderação num Estado que ‘leva a sério’ a democracia, deve ser realizada primariamente pelo legislador” (2008, p. 260-261).

O professor Canotilho defende que os direitos que não encontram indicações expressas de restrições na constituição se assentam em três pontos: não podem ser considerados como direitos irrestritos ou irrestritíveis, estão sujeitos aos limites básicos decorrentes da ordem jurídico-constitucional e, por fim, o que aqui mais importa, “estes limites podem (e nalguns casos devem) ser conformados pelo legislador, obedecendo aos princípios e procedimento metódico da lei restritiva” (2004, p.251).

Permitir somente ao Poder Judiciário o exercício de restringir direitos fundamentais sem a autorização constitucional é causar uma insegurança jurídica aos particulares. Conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, deve-se levar em consideração que a “restrição mediante ato normativo do poder legislativo oferece vantagens relativas aos princípios da democracia, segurança jurídica e economia processual e não impede a avaliação de sua constitucionalidade pelo Poder Judiciário” (2008, p.158). Sabendo que o problema da efetivação de restrição de direitos fundamentais não autorizadas pela Constituição se resolve mediante uma avaliação, valoração e ponderação do peso relativo que o direito (a princípio, sem reserva legal) possui diante do caso concreto em relação a outro bem, interesse ou valor conflitante digno de tutela constitucional, o legislador é quem deverá realizar este exercício de ponderação no ato de elaboração da lei restritiva.

Neste sentido, quaisquer limites do direito de liberdade de fazer publicidade devem ser conformados por meio de lei restritiva, conforme preceitua a constituição federal em seu artigo 220, § 4º (“a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamento e terapias estará sujeita a restrições legais”).

Clèmerson Clève, tratando da liberdade de se fazer publicidade, mas lembrando que não se trata de liberdade absoluta, ressalta a necessidade de se respeitar o princípio da legalidade e da reserva legal, pelo qual (art. 5º, II, da Constituição Federal)

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, ao discutir leis que tratam da restrição de direitos fundamentais, como é para ele, a liberdade de expressão comercial. E é neste íterim que o legislador deve, para o autor,

[...] operar, dentro dos limites controláveis, restrição de direitos fundamentais, tudo para, através de um juízo de *concordância prática*, de *ponderação*, concretizador de um *balancing*, harmonizar os direitos em função da possível emergência de colisão ou de concorrência (CLÈVE, 2006, p.235).

Ao mesmo passo em que a Constituição Federal se estabeleceu como uma “Constituição Cidadã”, pelo esforço em garantir os direitos sociais e fundamentais, na garantia das liberdades individuais e da dignidade humana, também o fez como “Constituição Desenvolvimentista” e “Constituição Econômica”, dada a preocupação em estabelecer premissas necessárias para o desenvolvimento econômico do país. É por esta razão que os fundamentos econômicos da Constituição Federal não podem ser ignorados, e as liberdades econômicas, de exercício da profissão e de iniciativa devem possuir peso suficiente para que não sejam suprimidas pelo Estado de toda maneira.

Como sabido, a harmonia das relações sociais e econômicas no Estado Democrático de Direito dependem da intervenção do Estado no mercado e nas relações privadas. A necessidade de intervenção do Poder Público é garantia para manutenção do equilíbrio entre princípios por vezes conflitantes, mas pressupostos de uma mesma ordem econômica, como a livre iniciativa e a defesa do consumidor.

Bruna Lyra (2007, p.117), ao tratar do choque entre a livre iniciativa e o poder interventivo do Estado, parte da premissa de que as liberdades econômicas não se configuram como liberdades absolutas, mas como liberdades regulamentadas, isto é,

[...] liberdade de desenvolvimento da empresa na esfera de atuação já delimitada pelo poder público ou, ainda, liberdade do particular para contratar com outro particular, que somente será autêntica quando desempenhada e alicerçada no interesse da justiça social. Neste caso, para se conseguir a justiça social, até que ponto pode o Estado intervir na livre iniciativa?

Na mesma ordem, deve-se indagar: para se conseguir a justiça social, até que ponto pode o Estado intervir na liberdade da atividade publicitária? Qual o limite da restrição a ser imposta pelo Poder Público ao publicitário ao realizar o controle da publicidade dirigida à criança?

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que “é proibido proibir o exercício do direito além do necessário” (2008, p.167), identificando esta premissa como a base da teoria alemã dos *limites dos limites*.

Canotilho defende que os limites dos limites de direitos fundamentais apontam para a existência de requisitos formais (exigência de lei do Parlamento ou de decreto-lei autorizado, ou exigência de expressa autorização restritiva contida na constituição) e materiais (princípio da proporcionalidade, da generalidade e abstração, de não-retroatividade, da salvaguarda do conteúdo essencial), que o autor português identifica na Constituição de seu país (2004, p.452).

No estudo da doutrina dos limites dos limites, a brasileira Jane Reis Gonçalves Pereira também relaciona no conjunto de elementos que servem como requisitos desta doutrina a reserva de lei, os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade e o princípio do respeito ao conteúdo essencial dos direitos (2006, p.301-366).

Dimoulis e Martins afirmam que a necessidade de manutenção de conteúdo essencial ou núcleo do direito, tão defendido pela doutrina brasileira e estrangeira, não encontra disposição expressa na Constituição brasileira, e a dificuldade de delimitar este conteúdo nuclear do direito levam a crer que “inexiste tal requisito limitador das intervenções legislativas”. Para esses autores, “todas as limitações impostas ao direito pelo legislador devem satisfazer o critério da proporcionalidade que tutelar os conteúdos essenciais do direito limitado” (2008, p.168).

As restrições Constitucionais de liberdades econômicas, como ocorrem com o direito de fazer publicidade, determinam que o Estado intervenha no mercado para garantir

a manutenção de outros princípios constitucionais em risco, como a defesa do consumidor, os interesses sociais da família, e a proteção integral da criança, apenas de forma razoável e proporcional, a ponto de sacrificar a atividade empresarial somente naquilo que for essencial para a manutenção dos demais princípios violados, que lhes servirão como limites da atividade. Desta necessidade de harmonizar se conclui que o Estado, ao estabelecer limites expressos para a liberdade publicitária para garantir a proteção da criança na sociedade de consumo, deve fazer por meio de um verdadeiro exercício de ponderação.

[...] Nesse sentido, erige-se a ponderação em conceito-chave da dogmática dos limites dos direitos fundamentais, enquanto método, não apenas inevitável, como também constitucionalmente mais apto a proceder a uma composição adequada de valores ou interesses. [...] Sem preocupações de originalidade, mas sem que isso signifique, como se viu, uma adesão aos vários elementos da teoria *alexiana* dos direitos fundamentais, reconhecemos, como se verá no desenvolvimento, e como Alexy, a ponderação como metodologia necessariamente presente em qualquer dogmática constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais nos nossos dias. Especialmente no domínio das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição – que são o objeto deste trabalho –, o recurso a tal metodologia é inevitável, qualquer que seja o nome que se lhe dê ou o artifício que a encubra. (NOVAIS, 2003, p.356-357)

A técnica da ponderação para solução do problema em discussão serve tanto para legitimar a limitação da atividade publicitária por meio de lei que restrinja a publicidade dirigida ao público infantil, mesmo sem autorização expressa da constituição, para definição dos contornos destes limites, como para verificação e imposição de limites aos limites da liberdade de fazer publicidade.

4.3 CONFLITO DE INTERESSES E A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO.

Conforme nos alerta o professor português Jorge Miranda, as pessoas jurídicas são titulares apenas de direitos de fundamentais compatíveis com a sua natureza. E ainda que certo direito fundamental seja compatível com natureza da pessoa jurídica, e, por isso, suscetível de sua titularidade, isso não quer dizer que a aplicabilidade desse direito operará exatamente e com a mesma amplitude como

ocorre com as pessoas físicas. Para o autor, cada pessoa jurídica somente pode ter os direitos conducentes à prossecução dos fins para que exista (MIRANDA, 2000, p. 219-220).

Pelo que já foi explanado, o que se pretende é vincular os fornecedores de produtos e serviços e seus publicitários a práticas de direitos fundamentais, a comportamentos de direitos humanos. Tal conduta impediria a dedicação dos anunciantes ao estabelecimento de comunicação comercial com as crianças. Como bem afirma Sarmiento (2008, p.143),

[...] a doutrina amplamente dominante tem enfatizado que a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais resolve-se, no mais das vezes, através de uma ponderação, na qual deve figurar num dos pratos da balança o próprio direito fundamental em jogo, e, no outro, a autonomia privada do particular.

Ao mesmo tempo em que nosso ordenamento constitucional determinou os valores sociais da livre iniciativa como princípio fundamental da República e do Estado Democrático de Direito, determinou como direito e garantia fundamental a defesa do consumidor pelo Estado e a proteção integral da criança pela família, Estado e sociedade. E, ao fundar a ordem econômica na livre iniciativa (art. 170) observou a defesa do consumidor como princípio desta mesma ordem econômica (inciso V). Ou seja, as liberdades econômicas, a defesa do consumidor e a proteção integral da criança devem conviver pacificamente por determinação constitucional.

Entretanto, dessa convivência surgirão conflitos que devem ser solucionados de forma racional. É imprescindível que a Constituição seja interpretada em seu caráter de unidade. Se o direito moderno se fundamenta em um postulado de unidade, na Constituição deve repousar essa ideia de unidade da ordem jurídica. A busca pela harmonia entre as diferentes disposições constitucionais passa a ser uma tarefa para qualquer um que pretenda aplicá-la a casos concretos (ALEXY, 2002, p.89). Se por um lado a Constituição determinou que livre iniciativa e defesa dos consumidores devem conviver harmoniosamente em nosso ordenamento jurídico, por outro devemos reconhecer que ambos os princípios constitucionais representam interesses potencialmente colidentes, inerentes a uma sociedade plural e democrática de valores e ideais diversos.

A tarefa do intérprete da constituição passa a ser, segundo Canotilho, o de “considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar” (CANOTILHO, 2004, p.226). E se a harmonização entre os dispositivos conflitantes não for viável, segundo Daniel Sarmiento, o intérprete “deve procurar solução onde a restrição à eficácia de cada uma das normas em confronto seja a menor possível, buscando a otimização da tutela aos bens jurídicos por ela protegidos” (SARMENTO, 2003, p. 29).

As ideias de ponderação ou balanceamento de princípios constitucionais surgirão sempre que houver a necessidade de se encontrar solução para os casos difíceis de tensão entre interesses juridicamente tutelados.

Diferente do conflito entre normas que só pode ser solucionado mediante uma cláusula de exceção, em que a regra mais especial se aplicará ao caso em detrimento da regra geral, o conflito entre princípios se dá na dimensão do peso de cada um. Não se pode admitir uma regra geral e absoluta de hierarquia entre os diversos princípios constitucionais. A aplicação de um princípio em detrimento de outro depende exclusivamente do contexto do caso concreto.

Princípios jurídicos não deixam de existir mesmo quando não aplicados a determinados casos. Por isso, não se deve falar em incompatibilidade entre princípios, mas sim, concorrência e colisão. A colisão entre princípios pode ser resolvida mediante a aplicação de uma regra de ponderação onde serão atribuídos pesos específicos a cada princípio. O princípio de maior peso diante de específico caso concreto prevalecerá, devendo o outro ter a sua aplicação relativizada.

Somente diante de um caso concreto será possível atribuir peso a cada princípio para que seja dada solução ao conflito. E não se pode perder o foco da dignidade da pessoa humana como critério que guiará a ponderação de interesses constitucionais. Diante de um conflito concreto de princípios constitucionais o intérprete deve perseguir a solução mais adequada aos valores humanitários

universais. Como bem alerta Daniel Sarmiento, isso não quer dizer que em todos os casos em que direitos fundamentais relacionados à dignidade humana colidirem com outros direitos constitucionais, a estes últimos será atribuído peso menor. O que se pretende afirmar é que a tarefa do intérprete se guia pelos valores subjacentes à Constituição, em que a dignidade da pessoa humana tem especial destaque. “Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição” (SARMENTO, 2003, p.75).

O método da ponderação de interesses, como método de solução de conflitos de princípios constitucionais, representa uma técnica orientada em direção a valores substantivos reconhecidos pela Constituição como a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Valores estes que, como vimos, se aplicam perfeitamente ao *hard case*, que abordamos neste estudo. Trata-se, em certa medida, da estrutura tridimensional do direito, composta pela norma, pelo valor e pelo fato. O fato receberá neste método preocupação especial, pois é da análise do caso concreto, do qual surgiu o conflito, que se atribuirá o peso específico a cada princípio em choque. Não há, dessa forma, como determinar um peso genérico que cada princípio terá sempre que se confrontar com outro interesse constitucional. Cada caso determinará o peso de cada princípio, podendo dois princípios se confrontar diversas vezes e em cada caso receberem pesos diferentes. O peso genérico é então apenas indicativo do peso específico. Este só pode ser identificado em face do problema a ser solucionado. Dependerá da intensidade com que cada interesse, tutelado por princípios em confronto, estiver sendo afetado no caso concreto.

Quanto maior o peso específico que o princípio tiver no caso concreto menor será a sua restrição, e maior será a restrição do princípio confrontado. A solução do problema está condicionada ao modo como os interesses se apresentam na disputa e às alternativas que se apresentam para equacioná-la.

Importante salientar que ambos os princípios não deixam de ser observados e aplicados ao caso concreto, porém um com maior restrição do que o outro para que

um dos interesses possa prevalecer e se encontrar uma definição para a controvérsia. E as restrições a cada interesse é que devem ser arbitradas pela observância do princípio da proporcionalidade, especialmente quando tratar-se de restrição não expressamente autorizada pela Constituição, como já visto.

O princípio da proporcionalidade indica que a aplicação da norma (e as suas consequências) deve ser proporcional (razoável) à sua finalidade. Ou seja, a imposição que traz a norma deve ser proporcional e se justificar ao fim objetivado por ela.

A ideia de proporcionalidade está dividida em três subprincípios que devem ser igualmente observados: a adequação, necessidade ou proporcionalidade *stricto sensu* (SARMENTO, 2003, p.102 a 121). A utilização desses três critérios configura o caráter racional da técnica de ponderação.

Pela adequação, o julgador deve cuidar para que a restrição a cada um dos princípios seja idônea o suficiente para garantir a sobrevivência do outro. A necessidade determina que a restrição deva ser a menor possível para a proteção do interesse contrário. E a aplicação da proporcionalidade *stricto sensu* indica que o benefício que se busca com a restrição a um interesse deve compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

O método descrito se configura num mandado de otimização porque o que se almeja é um ponto de equilíbrio perfeito entre os princípios colidentes, em que ambos continuem convivendo em casos semelhantes. A aplicação em um caso concreto deve representar o mínimo de restrição possível ao interesse oposto, e cada proporção dessa restrição deve se justificar no fim alcançado. Ou seja, pela técnica de ponderação, o que se busca é otimizar, ao máximo, a aplicação de cada um dos princípios conflitantes ao caso concreto.

Para não agir sob irresponsabilidade, o intérprete deve levar em consideração os resultados concretos que surtirão da sua decisão. A solução dos casos difíceis exige certa dose de discricionariedade. Por isso, haverá uma larga margem para o

intérprete considerar os resultados concretos. E exigirá também que o operador realize com eficiência a motivação do balanceamento que realizou na solução da colisão de interesses. A motivação assume um papel importantíssimo na ponderação, pois garante transparência e controlabilidade às decisões ou leis que se realizam por meio dela. Quanto mais subjetiva é a questão em análise mais importante se torna sua motivação.

Com o passar do tempo, a jurisprudência e a doutrina darão a sua contribuição para o balanceamento de princípios ao analisar casos semelhantes. Posteriormente, com a experiência de julgamentos anteriores e da análise da doutrina, o julgador poderá realizar uma ponderação menos vinculada ao caso concreto, pois os critérios de pesos e valores já foram realizados em experiências anteriores.

Todavia, o que se defende no presente estudo é que a ponderação entre os direitos do anunciante e os direitos fundamentais da criança, no caso da publicidade dirigida ao público infantil, não deve ser deixada para o Judiciário. Não se trata neste momento de se posicionar a favor ou contra a ponderação absoluta ou concreta¹⁶⁶, mas sim de favorecer a ponderação legislativa ao invés da ponderação judicial.

Como já defendido anteriormente, é um risco demasiado permitir que o Judiciário exerça em cada caso de anúncio dirigido ao público infantil se a liberdade do anunciante feriu os direitos fundamentais da criança. Além disso, para o problema da eficácia horizontal de direitos fundamentais em relações privadas, ainda mais quando se tratar de restrições de direitos não expressamente autorizados pela Constituição, a solução só se obtém de forma segura e eficaz por meio de lei restritiva que perpassa pelo exercício da ponderação.

Conforme Daniel Sarmiento,

De fato, a necessidade de ponderação de interesses na aplicação das normas constitucionais exacerba o risco de invasão, pelo Poder Judiciário,

¹⁶⁶ Daniel Sarmiento diferencia a ponderação abstrata, aquela realizada de modo desvinculado do caso concreto, com critérios pré-estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, da ponderação *ad hoc*, que é realizada pelo juiz que “não pode se descurar das características fáticas do problema para a solução da questão” (2003, p.110).

do campo de discricionariedade inerente à atividade legislativa. Através da ponderação, os juízes, que não são eleitos, podem tentar impor as suas opções políticas e ideológicas em detrimento daquelas realizadas pelos representantes do povo. Porém, é evidente que, em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ao texto constitucional (2003, p. 114).

Sendo assim, a adoção da ponderação legislativa para a solução do caso concreto não significa, necessariamente, a adoção da ponderação absoluta (pela qual se determinaria que sempre prevalecerá o interesse de proteção da criança em face dos interesses de liberdade econômica, o que não se pretende discutir neste estudo), mas que o exercício da ponderação entre esses interesses no caso da atividade publicitária que se dirige ao público infantil deve ser realizado pelo legislador, que, por sua vez, será respeitado pelo Judiciário. Porém, enquanto não houver lei específica que resolva este conflito de princípios constitucionais, a ponderação entre esses interesses poderá ser realizada pelo Judiciário, o que legitima, desde já, a atuação das entidades de defesa dos interesses difusos da criança e dos consumidores, como o Ministério Público, as Associações Cívicas e os Órgãos Públicos de Defesa do Consumidor, para o controle da publicidade dirigida às crianças.

Além de não se descuidar do princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador e o julgador estão limitados ao realizar o balanceamento de princípios, ao respeito a um núcleo essencial de direitos fundamentais que não podem ser ignorados e que não podem ser relativizados e, por este motivo deve estar protegido de qualquer restrição. Sobre o tema divergem dois jusfilósofos europeus: Gomes Canotilho e Robert Alexy.

Canotilho (2004, p.461), em sua Teoria Absoluta, defende que o núcleo essencial de direitos fundamentais deve ser limitado abstratamente, não podendo, de forma alguma, seus limites serem desrespeitados, nem quando confrontados com outros direitos fundamentais de hierarquia equivalente. Alexy, por sua vez, defende, por uma Teoria Relativa, que o núcleo fundamental só pode ser determinado na análise do caso concreto mediante os interesses em questão (2002, p.286). A discussão

demanda um posicionamento que será apresentado logo a seguir, mas não antes de iniciarmos o desenvolvimento do caso da publicidade infantil a partir das teorias de ponderação.

Daniel Sarmento, ao trabalhar as limitações constitucionais das liberdades privadas, faz uso das teorias de ponderação de Alexy:

Já autores mais próximos do ideário do Estado Social, como Robert Alexy, aceitam também a ponderação entre direitos individuais e outras finalidades públicas revestidas de relevância constitucional. Esta última posição, como já frisamos anteriormente, nos parece mais compatível com a visão personalista da pessoa humana, adotada pelo constitucionalismo contemporâneo, que marca a superação do individualismo exacerbado do Estado Liberal, que desprezava a dimensão comunitária do homem como ser social, mas também não recai no organicismo coletivista, que ao colocar a sociedade sempre acima das pessoas que a compõem, abre as portas para totalitarismos de variados matizes ideológicos (SARMENTO, 2008, p. 157).

Levando o conflito entre o direito à liberdade de expressão comercial e a defesa dos consumidores, em especial infanto-juvenis, à técnica de balanceamento e proporcionalidade de Alexy, caminhamos ao lado de Isabella Henriques (2006, 209) que afirma:

Assim, por essa equação derivada do raciocínio que considera o custo *versus* o benefício e da aplicação do princípio da proporcionalidade, no caso objeto de análise deste trabalho, pode-se concluir que a publicidade dirigida às crianças deve ser coibida ou, ao menos, rigorosamente controlada, porquanto o seu benefício corresponde aos ganhos pecuniários daqueles fornecedores não só da publicidade, mas também dos produtos anunciados, enquanto o custo que gera diz respeito diretamente à educação das crianças e ao mal que o consumismo representa na sua psique.

Ao mesmo tempo, Clèmerson Clève (2006, p.221) reconhece que a discussão sobre o conflito entre a liberdade de fazer publicidade, que denomina de liberdade de expressão comercial pelos fundamentos já expostos, e os interesses sociais constitucionais que demandam sua restrição deve passar por um cuidadoso exercício de ponderação. Ao tratar da necessidade do Poder Público de realizar um controle da publicidade, afirma que

[...] não se está aqui a advogar o caráter absoluto das liberdades. Ao contrário, sabe-se configurarem, como os demais direitos fundamentais, direitos relativos que, por isso mesmo, reclamam a atuação do legislador

para conformá-los e, especialmente, através de um adequado juízo de ponderação, mantê-los, no plano normativo, em harmonia com os demais direitos.

Devemos ser cautelosos ao aplicar a técnica de ponderação a este caso e delinear todos os três subprincípios que a proporcionalidade exige para a solução de conflitos como estes.

O controle sobre o direito da publicidade deve ser realizado de forma adequada a permitir que a sua restrição seja idônea o suficiente para garantir a proteção dos pequenos consumidores. E, como visto, a publicidade é capaz de gerar ao desenvolvimento da personalidade das crianças, além de contribuir para a diminuição da qualidade de vida deste público e para a violação da sua liberdade e de sua família. Assim, os regulamentos que determinam restrições às publicidades criadas para comunicação comercial com crianças se justificam, perfeitamente, como já bastante provado.

Ao mesmo tempo, a restrição ao direito de livre iniciativa e comunicação comercial deve, necessariamente, ser a menor possível para que ambos direitos fundamentais sobrevivam mesmo em confronto com os outros direitos fundamentais de proteção ao consumidor e ao menor de idade. Sobre esse controle limitado, Alexandre Aragão cita o argentino Miguel Marienhof que afirma:

Apesar de a administração pública poder impor restrições à propriedade privada em prol do interesse público, elas têm a sua lógica limitação: a medida imposta não pode exceder o que, do ponto de vista técnico jurídico, seja especificamente uma restrição; se os limites conceituais desta forem excedidos, a medida será írrita (MARIENHOF *apud* ARAGÃO, 2006, p.14).

Esses limites aos limites, de acordo com Alexandre Aragão, estão também relacionados às referidas teorias absoluta e relativa, pelas quais alguns direitos fundamentais fazem parte de núcleos essenciais que não podem sofrer restrições mesmo diante de outros direitos fundamentais. E defende que as restrições que venham a ser impostas à publicidade não podem descaracterizar o seu núcleo essencial (ARAGÃO, 2006, p.16). De acordo com Manuel Afonso Vaz, a esta exigência, de que a restrição à liberdade empresarial deve preservar um mínimo de direito, se acresce “a apreciação da necessidade e proporcionalidade dos limites

impostos ao exercício da atividade econômica privada, em face dos outros direitos ou interesses constitucionais que a lei restritiva visa proteger” (VAZ, 1998, p.168).

Nesse sentido, retoma-se o conflito entre as mencionadas teorias absoluta e relativa (adotadas por Canotilho e por Alexy, respectivamente) para determinar o núcleo essencial do direito fundamental a ser preservado quando em colisão: se deve ser delimitado de forma absoluta ou a somente partir dos casos concretos de colisão de princípios. A posição que parece ser a mais coerente é aquela também adotada por Jorge Reis Novais (2003, p.798). A garantia do conteúdo essencial só é possível a partir de uma análise relativa, ou seja, mediante a análise do caso concreto do conflito de direitos fundamentais. Entretanto, como ensina o autor português, essa análise só é coerente quando inserida sistematicamente no princípio da proibição do excesso (ou proporcionalidade em sentido amplo)¹⁶⁷.

Num quadro de ponderação de bens e da sua estruturação através do princípio da proibição do excesso, esta garantia pode, quando muito, constituir um elemento de sinalização da necessidade de preservar no direito fundamental, tanto quanto possível, um conteúdo essencial, ou seja, um mínimo de conteúdo, objetivo e subjetivo, demarcado materialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, funcionalmente, pela natureza dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a maioria (NOVAIS, 2003, p.798).

Diante de um conflito entre o interesse de dada sociedade em proteger as crianças contra o consumismo e contra a exploração comercial de sua personalidade em formação e o interesse de uma determinada empresa ou classe empresarial em se comunicar com seus consumidores finais com o objetivo de auferir lucro, mesmo que este interesse empresarial seja legítimo e imprescindível para o desenvolvimento

¹⁶⁷ Canotilho ensina que “o princípio da proibição do excesso, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático, significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). [...] O princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo), consagrado na parte final do art. 18º/2, constitui um *limite constitucional à liberdade de conformação do legislador*. A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdades e garantias, de forma a permitir ao legislador a realização de uma tarefa de *concordância prática* justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador. Em primeiro lugar, entre o *fim da autorização constitucional* para uma emanação de leis restritivas e o *exercício do poder discricionário* por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de *meios e fins*. Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou *liberdade de conformação dos pressupostos de restrições* de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso (2004, p.457-458).

econômico da nação, o primeiro prevalecerá posto que fundamentado e legitimado pela defesa da dignidade humana.

Vieira de Andrade leciona que a ponderação deve ocorrer entre a liberdade de atuação individual e a dignidade humana, sendo que esta última deve ser inviolável, ou seja, o exercício da liberdade só ocorre “desde que não se prejudique intoleravelmente” o segundo princípio (2006, p.294).

Por maior peso que tenha o princípio da livre iniciativa nos mandamentos do Estado Democrático de Direito, a defesa dos consumidores infantis configura proteção da dignidade da pessoa humana, intocável neste caso. A mensagem publicitária que se dirige aos indivíduos ainda em formação psicológica, cognitiva, moral e cultural viola a dignidade desses pequenos titulares de direitos cujas escolhas naturais de vida, de comportamento e de consumo devem ser preservadas, e cuja educação sobre valores sociais e familiares deve ser entregue aos seus familiares, com o auxílio do Estado e da sociedade. Qualquer comunicação nesse sentido está, desde o início, privada de igualdade e equilíbrio, pelos diversos fatores já narrados, em especial pela falta nos pequenos de discernimento sobre suas necessidades e vontades, que os tornam facilmente manipuláveis. As restrições aos direitos de livre iniciativa e comunicação dos empresários devem ser tantas para que a sociedade sinta segurança ao permitir que crianças e adolescentes possam ser inseridas na sociedade de consumo sem serem alvos de abusos e manipulações. Entretanto, as mensagens publicitárias dirigidas ao público infantil são tão danosas que as restrições suficientes, adequadas e proporcionais para justificar a proteção dos consumidores infantis indicam que toda a publicidade direcionada a este público deve ser proibida.

Trata-se, como também já afirmado, de um conflito de liberdades: a colisão entre a autonomia privada do empresário e a das crianças. A segunda (das crianças) prevalece em qualquer discussão doutrinária em decorrência da própria natureza da tutela da autonomia pela Constituição, conforme entende Daniel Sarmento:

A proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 88 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais

da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial (2008, p.177).

A defesa de uma liberdade de expressão comercial está completamente relacionada a um ultrapassado paradigma de Estado Liberal. Insistir na ideia de que os fornecedores de produtos e serviços não podem sofrer restrições em suas práticas publicitárias, por estarem protegidos por sacrossantos direitos fundamentais de liberdade, é defender que apenas o empresário possui liberdades. Como bem lembrou Nelson Saldanha, “onde está a liberdade do não proprietário?” (SARMENTO, 2008, p.16). A partir do Paradigma do Estado Social, em que se iniciam os discursos de proteção das crianças e dos consumidores, as liberdades econômicas perdem força e devem ser relativizadas. Não obstante, nas palavras de Daniel Sarmento, essa relativização deve ter limites, “pois o esvaziamento das liberdades públicas, ainda que em nome de supostos interesses da coletividade, importa em totalitarismo e aniquilamento da dignidade humana” (2008, p.22). Ora, mais uma vez nota-se que o critério para restrição de liberdades ou, de outro lado, de limitação dessas restrições, sempre será a preservação da dignidade humana. Em nome dela é cabível a discussão sobre limites e restrições de direitos.

Aplicando a proporcionalidade ao conflito travado entre as liberdades econômicas e a proteção das crianças na sociedade de consumo, podemos afirmar que o benefício necessário, ou seja, a efetiva proteção das crianças consumidoras exige um grande sacrifício por parte do interesse contrário: a total proibição desta atividade publicitária específica. Era o que almejava o Projeto Lei nº. 5.921/2001 em seu texto original, conforme visto anteriormente, que pretendia proibir qualquer tipo de publicidade e de comunicação mercadológica dirigida à criança, a exemplo dos países mais rigorosos no tema como a Suécia. Seguramente, o Congresso Nacional deveria realizar um juízo de peso de valores constitucionais entre os direitos fundamentais em colisão ao discutir a aprovação do respectivo projeto. Isto porque ainda persistem aqueles que defendem que qualquer restrição ao direito de realizar publicidade que não previsto no artigo 220, § 4º da Constituição Federal (que permite restrições para publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, agrotóxicos, medicamentos e terapias, pois ponderados com o direito à saúde) é inconstitucional.

Porém, mesmo que os custos e benefícios justifiquem tamanha restrição ao direito da livre iniciativa e da realização de publicidade, devemos nos lembrar que o princípio da necessidade ou exigibilidade, tal qual como idealizado pela doutrina alemã (MENDES, 1999, p.40), exige que se encontrem os meios menos gravosos para a solução do conflito. Ou seja, se houverem outras formas que afetem com menor intensidade direitos fundamentais e atendam aos benefícios buscados com as suas restrições, as medidas menos lesivas deverão ser utilizadas. Mesmo porque é também necessário proteger o núcleo essencial do direito de fazer publicidade, que, neste caso, aparenta se identificar na liberdade dos fabricantes de produtos destinados ao consumo infantil de fazer a divulgação e a oferta dos seus produtos.

Para tanto, apresentamos e concluímos com a sugestão de Isabella Henriques:

Para que o custo dos mencionados fornecedores não seja tão grande e o dinheiro envolvido na publicidade que beneficia a produção de programas infantis diversos na televisão e em outras formas de mídia não se acabe - gerando um adicional custo social e cultural para as crianças e, por conseguinte, para a sociedade -, uma solução mais viável para o problema seria a possibilidade de oferta de produtos voltados ao mercado infantil por meio de publicidade dirigida aos adultos, tais como pais e responsáveis das crianças, ou ainda por meio de um detalhado estudo da questão, a imposição não da proibição da publicidade dirigida à criança, mas de um rigoroso controle dessa prática comercial, quando elaborada diretamente para o público infantil (HENRIQUES, 2006, p.210).

Não se está aqui a defender o fim da publicidade de produtos destinados ao consumo infantil. Seria o fim, talvez, da indústria de brinquedos, de doces, de álbuns colecionáveis e de livros infantis. Com muitas grandes corporações já bem estabelecidas neste mercado, proibir por completo a publicidade destes produtos e serviços impediria o surgimento de novos investidores e novas ideias para contribuir com a saúde da concorrência no mercado de produtos e serviços infantis. Grande parte destes produtos contribui para a própria existência da infância. Todavia, vivemos um momento de abusos e de excessos por parte destas indústrias e mercados. Há um apelo excessivo, como já demonstrado, ao consumo das crianças, o que tem colocado em risco o seu desenvolvimento e, outra vez, a própria infância. Um futuro de pessoas consumistas, individualistas, materialistas e obesas tem sido estimulado por esta atividade publicitária, e é dentro deste contexto que deve se realizar a ponderação. Por isso, não há que se falar na proibição expressa da

publicidade de produtos infantis, mas sim na proibição da comunicação comercial dirigida às crianças, seja qual for o produto ou serviço anunciado. Esta proposta está adequada também ao princípio da proibição do excesso, na exigência de se preservar uma posição jusfundamental mínima (núcleo essencial) do direito destes empresários de fazer publicidade.

Mudanças radicais no mercado seriam vistas, a partir destas conclusões, como fabricantes de brinquedos transmitindo publicidade para os adultos (os pais), e o fim de intervalos comerciais durante a programação infantil. Preferimos adotar soluções de outros países, narradas em capítulos anteriores, que determinaram que as publicidades direcionadas às crianças, além de respeitar um rigoroso controle do seu conteúdo, são transmitidas em horários noturnos, dando a possibilidade aos pais de estarem próximos de seus filhos quando estes forem alvos de discursos publicitários.

A liberdade de fazer publicidade de produtos destinados ao consumo pelas crianças é preservada. Entretanto, na prevalência dos princípios de proteção integral das crianças, estas mensagens publicitárias deixariam de ser transmitidas ao público infantil, com a privação do uso de linguagens e mecanismos de comunicação comuns ao mundo infantil ou que atraiam a atenção das crianças, para que passem a ser percebidas apenas pelos adultos. Esta foi a proposta do substitutivo do Projeto de Lei 5921/2001, elaborado pela Deputada Maria do Carmo Lara, em trâmite perante o Congresso Brasileiro, mas que encontrou obstáculos e tem sido rechaçado por algumas comissões parlamentares. Também foi a solução adotada pela Suécia, vigente há quase duas décadas.

Ou então, que a publicidade destes produtos, independente do discurso (desde que respeitadas as normas atuais de defesa do consumidor) seja veiculada apenas em horários noturnos e de audiência adulta, conforme se determinou na Grécia. Neste momento em que o adulto responsável pela criança está em sua companhia quando ela recebe mensagens comerciais, seria possível afirmar que a proteção integral da criança na sociedade de consumo se realiza conforme nossa Constituição Federal, em que o Estado e a sociedade contribuem com a família para a educação e criação

das crianças numa sociedade de consumo de massas. De uma forma ou de outra, a solução do problema passa pela propositura de lei restritiva com o exercício, pelo legislador, das metodologias de ponderação e proporcionalidade.

CONCLUSÃO

A publicidade dirigida às crianças deve sofrer restrições legais, independente de qual seja o seu conteúdo e a forma em que se revela o seu discurso. Pelo que se verificou, o anúncio publicitário, sempre que criado para dirigir-se ao público infantil, é capaz de violar direitos da criança constitucionalmente protegidos.

Além de impedir que a criança forme sua opinião autônoma sobre o produto ou serviço anunciado, dada a sua condição especial de vulnerabilidade que a torna facilmente manipulável, e o que compromete a sua liberdade e autonomia da vontade, a publicidade infantil, pelo seu excesso verificado nos dias atuais, tem sido responsabilizada por uma diminuição latente da qualidade de vida deste público.

Estas consequências estão relacionadas ao contexto em que os indivíduos se encontram de formação de suas personalidades durante a infância. A preservação das condições necessárias para o sadio e seguro desenvolvimento da personalidade, além da formação de valores morais e sociais, demandam cuidados com a participação da criança na sociedade de consumo. É neste sentido que se pretendeu afirmar que as crianças não podem ser confundidas com os demais consumidores adultos.

Conforme Martha Toledo Machado:

Em suma, porque a personalidade de crianças e adolescentes ainda não está formada, porque a possibilidade de desenvolver as potencialidades do ser humano adulto é pré-requisito da própria conceituação jurídica de personalidade e porque crianças e adolescentes são mais vulneráveis que os seres humanos adultos, há necessidade de que seus direitos fundamentais, sob o ângulo do próprio direito material, sejam conformados, estruturados, de maneira diversa daquela pela qual se conformam os direitos fundamentais dos adultos (2003, p.120-121).

A princípio, seria impossível até falar em criança como consumidora, ou inseri-las no grupo de consumidores, dado que o instituto da incapacidade civil indica que crianças são absolutamente incapazes e, portanto, impedidas de participar de negócios jurídicos. Por esta argumentação, crianças, obviamente, não poderiam ser tratadas como consumidores porque a lei civil as impede de adquirir produtos e

serviços. Entretanto, é tão mais óbvio que crianças utilizam produtos e serviços como consumidoras finais (o que por si só já as caracterizariam como consumidores), mas é também óbvio que crianças sempre adquiriram produtos, ao menos, de valores pequenos.

Por outro lado, as crianças adquirem produtos e contratam serviços por meio dos seus pais e responsáveis. Dado o poder que suas vontades possuem, atualmente, nas decisões familiares, por uma série de questões e condições que foram tratadas na presente pesquisa, e que se fortaleceram nas últimas décadas, faz muito sentido afirmar que a criança exerce um papel marcante na sociedade de consumo de massas.

Ainda assim, a incapacidade civil absoluta das crianças se apresenta como um obstáculo à difusão de anúncios publicitários para o público infantil. É que a mesma razão adotada pela lei para proibir crianças de participar de negócios jurídicos é a que impede que ela seja convidada ou estimulada a participar destes mesmos negócios: crianças não possuem condições psicológicas, cognitivas nem experiência ou maturidade suficientes para realizar as melhores escolhas no mercado de consumo. Se crianças só podem adquirir e contratar, senão por meio de seus responsáveis, a publicidade também deveria ser direcionada apenas aos seus responsáveis.

Esta premissa se fortalece mais ainda a partir do conceito de publicidade adotado no presente estudo: a publicidade é a comunicação comercial por meio da qual os fornecedores de produtos e serviços utilizam técnicas de persuasão e sedução para, ao mesmo tempo, apresentar o produto ou serviço anunciado e convencer o destinatário a desejar e por fim adquiri-lo. Desta forma, a publicidade pode ser entendida como uma tentativa de manipular os desejos e vontades de compra dos consumidores destinatários da mensagem. Os elementos que configuram a publicidade justificam o cuidado que se deve ter quando se almeja comunicar-se comercialmente com crianças.

A hipervulnerabilidade das crianças diante da publicidade se verifica a partir dos estudos que comprovaram que indivíduos de até 12 anos de idade não são capazes de diferenciar o anúncio publicitário da programação regular da televisão e das demais mensagens sem cunho comercial. Desde já, se demonstra que a atividade publicitária, quando direcionada ao público infantil, fica comprometida, na medida em que está prejudicado o princípio da identificação da publicidade (art. 36 do Código de Defesa do Consumidor). Nenhum anúncio publicitário pode ser veiculado se o seu público alvo não é capaz de reconhecê-lo como publicidade. Se o destinatário da mensagem não pode perceber que está sendo persuadido ou seduzido, tem sua autonomia da vontade violada. O resultado é que os seus desejos não são próprios, mas fruto de uma manipulação externa.

Ainda que sejam capazes de identificar um anúncio publicitário como tal, o que passa a acontecer com o avançar da idade, a criança não é capaz de se proteger contra a persuasão e contra a sedução que traz o discurso comercial, porque sua credulidade e falta de experiência a impedem de compreender as intenções reais do anunciante ou de avaliar se as informações transmitidas são verdadeiras ou coerentes. E ainda assim, não é sempre que a criança é capaz de avaliar se o que produto ou serviço ofertado realmente lhe interessa e lhe atende.

O fornecedor de produtos e serviços e o publicitário que se aproveitam desta condição de vulnerabilidade da criança, em decorrência da sua natural condição de desenvolvimento, só o fazem porque não percebem na criança um indivíduo sujeito de direitos, mas se não uma forma eficiente de vender o bem anunciado. A criança é vista apenas na sua capacidade de convencer seus responsáveis a adquirir o produto ou serviço para o seu possível uso. É difícil crer que os interesses reais da criança estão sendo analisados quando sua ingenuidade é usada em favor de terceiros que desconhecem seus gostos, desejos e vontades naturais. Os que conduzem seus negócios nestas condições o fazem em detrimento dos princípios da boa fé e da solidariedade.

No âmbito familiar, a publicidade infantil tem efeitos semelhantes: se desenvolve contra direitos fundamentais de liberdade dos indivíduos e pressupõe o desrespeito

à boa-fé e à solidariedade que conduz as relações privadas. Estando as crianças em melhores condições de impor suas vontades no seio familiar do que nas décadas passadas, fazer publicidade para crianças no objetivo de que a família consuma passou a ser uma estratégia muito lucrativa. Quando este excesso de publicidade dirigida às crianças passa a prejudicar a ordem das decisões da família, ainda mais quando os pais se tornam reféns do “fator amolação” da publicidade, em que crianças são estimuladas a incomodar seus pais com pedidos incontáveis de compra, tem-se um obstáculo ao exercício regular do Poder Familiar. Se por sua vez o poder familiar for compreendido como um instituto de proteção da criança, porque suas vontades, desejos, escolhas e interesses passam a ser tutelados pela orientação experiente e decisão final madura da família, neste sentido tem-se tanto a liberdade do ente familiar violado como a proteção integral da criança prejudicada.

Em contrapartida, a família passou a ser culpada pelos “mandos e desmandos” da criança, pela ausência dos limites e pelo medo de dizer não aos filhos pequenos. E por trás deste argumento está o interesse em que a publicidade infantil continue livre e sem obstáculos, enquanto os pais assumem toda a responsabilidade por negar todos os desejos implantados em seus filhos. Como afirmou Susan Linn, “o problema é que, enquanto os pais estão tentando estabelecer limites, os executivos de marketing trabalham dia e noite para minar sua autoridade” (2006, p.63).

É possível afirmar que atribuir culpas e distribuir responsabilidades desviam a discussão dos objetivos de encontrar solução para o problema. É como bem afirmou Juliet Schor: “deveríamos nos preocupar menos com quem é o culpado e mais com encontrar uma solução factível que proteja o bem-estar das crianças” (2006, p.241, tradução nossa¹⁶⁸)

A proposta de controle público específico para a publicidade infantil perpassa pela necessidade de que família, Estado e sociedade cumpram seu papel de cuidar das crianças com absoluta prioridade. Se na sua presença a família cumpre o papel de exercer adequadamente o poder familiar, cuidando do comportamento de consumo dos seus filhos, na sua ausência o Estado deve cuidar, a partir de um controle

¹⁶⁸ No original: “*Deberíamos preocuparnos menos por quién tiene la culpa y más por encontrar una solución factible que protegiera el bienestar de los niños*”.

público da publicidade infantil, para que a condição especial de vulnerabilidade da criança seja preservada. Ao mesmo tempo, a sociedade deve compreender os efeitos negativos da publicidade dirigida às crianças e os empresários que compõem este mercado devem abster de utilizar as técnicas publicitárias para se comunicar e persuadi-las.

Dentre estes efeitos negativos que a publicidade dirigida às crianças possui, além da violação da liberdade da criança e da família, deve-se dar especial destaque à sua capacidade de prejudicar o bem estar social e a qualidade de vida das crianças. Os dados apresentados na presente pesquisa¹⁶⁹ demonstraram que a qualidade de vida das crianças e o seu comportamento social são comprometidos sempre que são expostas a uma grande quantidade de anúncios publicitários em sua rotina. E a quantidade de publicidade capaz de gerar estes efeitos é a que toda criança brasileira, a que mais assiste televisão no mundo, está submetida. Tais fatores estão relacionados à difusão de valores materialistas, e a contribuição que a publicidade tem dado à erotização precoce e à obesidade infantil. A publicidade tem um papel preponderante na inserção das crianças na cultura do consumo e nos valores consumistas.

Como solução a estes problemas, equacionando as responsabilidades da família, do Estado e da sociedade na educação para o consumo das crianças, e protegendo sua fase de desenvolvimento da publicidade, propõe-se a adoção de lei restritiva que controle rigorosamente a publicidade que se direcione ao público infantil.

A limitação do exercício da atividade publicitária com foco na proteção da criança é possível a partir da interpretação sistêmica no texto constitucional. Bens constitucionalmente tutelados como a vida, a saúde e a defesa do consumidor já funcionam como fatores limitadores da atividade publicitária, quando a Constituição possibilita expressamente a restrição de publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxicos. Além daqueles bens constitucionalmente tutelados, os valores sociais da família e a proteção integral das crianças devem servir como institutos constitucionais limitadores da atividade publicitária. A

¹⁶⁹ Capítulo 3.3.

Constituição Federal abriu a possibilidade para que diversos direitos fundamentais sirvam para a limitação da publicidade¹⁷⁰.

A restrição da publicidade dirigida às crianças passa a ser considerada como uma restrição não expressamente autorizada pela Constituição, mas, ainda assim, trata-se de uma restrição permitida constitucionalmente e necessária para a proteção de demais direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, o direito de fazer publicidade deve também ser compreendido a partir da concepção dos direitos fundamentais. Os direitos de liberdades econômicas pressupõem a necessidade de comunicação comercial, e a liberdade de fazer publicidade passa a ser entendida como direito fundamental de liberdade dos fornecedores de produtos e serviços. É claro que as liberdades econômicas não possuem a mesma importância para o texto constitucional como as liberdades e demais direitos fundamentais dos cidadãos, dado que a livre iniciativa possui vários limites constitucionais naturais. Mas, ainda assim, possui a natureza de direito fundamental da iniciativa empresarial privada e qualquer restrição desses direitos deve ser realizada com cuidado.

A solução para a restrição da publicidade dirigida à criança, como restrição não expressamente autorizada pela Constituição, capaz de fazer valer os direitos fundamentais da criança, e ao mesmo tempo com o menor sacrifício da liberdade publicitária, se dá pela ponderação de direitos e interesses constitucionais fundamentais com base na proporcionalidade. Verifica-se que a questão trata de colisão de direitos de liberdade. Sopesando os pesos e valores dos direitos fundamentais colidentes é possível encontrar a solução para o problema posto inicialmente e, assim, dar eficácia aos direitos fundamentais na relação privada existente entre anunciante (e publicitário) e a criança e sua família.

¹⁷⁰ Como defendido, a proteção da saúde como fator limitador da atividade publicitária impõe que a possibilidade de restringir-se a publicidade de alimentos não-saudáveis, assim considerados pelos órgãos e entidades competentes, em especial quando destinados ao consumo das crianças.

A técnica da ponderação legislativa a ser adotada na proposição da lei restritiva servirá para imposição dos limites dos limites, ou seja, conter os excessos da restrição da liberdade de fazer publicidade.

Como visto, não há como a liberdade de fazer publicidade sobreviver sem cessões diante da necessidade de se proteger integralmente a criança. O direito de fazer publicidade deve ser sacrificado em face da manutenção das condições necessárias para o desenvolvimento integral da criança e da preservação dos direitos da infância, que possuem prioridade expressamente prevista no texto constitucional. Os valores sociais da família e os direitos sociais decorrentes da infância apresentam peso maior que os interesses econômicos que fundamentam o direito de fazer publicidade.

A solução anterior não significa a proibição da publicidade de todo e qualquer produto e serviço destinado ao consumo infantil, mas que mensagens publicitárias, seja qual for o bem anunciado, não possam ser direcionadas ao público infantil, assim como já ocorre em alguns países como Suécia e Noruega, e como foi proposto pelo substitutivo do Projeto de Lei nº 5921/2001, que pretende regular a publicidade infantil no Brasil¹⁷¹.

Alguns elementos podem ser identificados para que seja possível verificar se há tentativa de comunicação com o público infantil. A Deputada Federal Maria do Carmo Lara registrou alguns como exemplos de comunicações comerciais com crianças no substitutivo do referido projeto de lei (art. 3º, § 1º)¹⁷²: I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; III - representação de criança; IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; V - personagens ou apresentadores infantis; VI - desenho animado ou de animação; VII - bonecos ou similares; VIII -

¹⁷¹ “Art. 3º Fica proibido qualquer tipo de publicidade e de comunicação mercadológica dirigida à criança, em qualquer horário e por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto” (dispositivo correspondente ao substitutivo apresentado pela Deputada Maria do Carmo Lara). O texto original do Projeto proposto pelo Deputado Luiz Carlos Hauly trazia uma proposta de inclusão de um § 2ºA do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor com o seguinte teor: “Art. 37 [...] §2ºA – É também proibida a publicidade destinada a promover venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança”.

¹⁷² Anexo II.

promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil. Tal restrição significaria também o fim da publicidade durante os programas televisivos destinados à audiência infantil, o que não deve ser utilizado como desculpa para um possível fim da programação infantil na televisão brasileira. Por determinação constitucional (art. 221), a programação das emissoras de televisão deve contar com programas educativos, artísticos e culturais que atendam aos interesses da família e das crianças.

Outra solução proposta, obtida também pelo uso da proporcionalidade, é que a publicidade dirigida às crianças ou de produtos infantis veiculadas pela televisão ou em outros meio de comunicação seja limitada aos horários em que a audiência é predominantemente adulta ou aos canais de comunicação destinados aos adultos. Esta foi a solução adotada pela Grécia, conforme visto anteriormente, em que a publicidade de produtos infantis só pode ser veiculada na televisão a partir das 22 horas até às 7 horas. Tal determinação permite que as crianças não visualizem publicidade de produtos a elas destinados em horários em que, se estiverem acordadas, devem estar na companhia de seus pais. Parece uma decisão adequada no ponto de vista do compartilhamento de responsabilidade pelo cuidado da criança entre família e Estado. Antes das 22 horas é possível que as crianças estejam assistindo televisão desacompanhadas de seus responsáveis, cabendo ao Estado cuidar para que estejam, ainda assim, protegidas. Todavia, a partir deste horário a programação passa a ser destinada aos adultos e, de toda maneira, devem estar sob os cuidados presenciais de seus pais.

Mesmo com a intervenção restritiva e limitadora do Estado na atividade publicitária, caberia destacar outra estratégia política primordial para efetivação da proteção da criança na sociedade de consumo: a educação para o consumo.

A educadora espanhola Sara Osuna Acedo afirma que

É um fato que o avanço científico e tecnológico experimentado pela sociedade atual incrementou a capacidade dos meios de comunicação de massas, e portanto da publicidade que emitem, para influenciar na opinião pública e alterar o sentido crítico dos indivíduos em suas formas de consumo. Até que ponto a cidadania tem uma capacidade própria de

eleição na sociedade tecnológica de consumo? Se a educação da cidadania em matéria de consumo é nula, os sujeitos se converterão em marionetes de uma sociedade na qual os fios são movidos pela economia de mercado. Pelo contrário, se as pessoas puderam formar sua própria opinião crítica através da educação oporá resistência à possível persuasão ou manipulação proveniente das empresas publicitárias (2008, p.125, tradução nossa¹⁷³).

Independente de restringir-se ou não a publicidade infantil, continua sendo relevante que as crianças, assim como os demais indivíduos atuantes na sociedade de consumo, participem de processos educativos para o consumo. Uma educação para o consumo baseada em premissas emancipatórias e libertadoras é capaz de criar pressupostos na formação de bases para um comportamento crítico e uma conduta consciente de consumidores. Em concreto, haveria crianças menos vulneráveis quando submetidas a um excesso de estímulos ao consumo, como se presencia atualmente. Políticas de educação para o consumo nas escolas combinadas com leis de controle adequadas às dinâmicas da sociedade de consumo são capazes, também, de garantir a efetividade da proteção das crianças na atual sociedade, e merecem, por isso, um estudo a parte.

¹⁷³ No original: “Es un hecho que el avance científico y tecnológico experimentado por la sociedad actual ha incrementado La capacidad de los medios de comunicación de masas, y por tanto de la publicidad que emiten, para influir en la opinión pública y alterar el sentido crítico de los individuos en sus formas de consumo. ¿Hasta qué punto, la ciudadanía tiene una capacidad propia de elección en la sociedad tecnológica de consumo? Si la educación de la ciudadanía en materia de consumo es nula, los sujetos van a convertirse en marionetas de una sociedad en la que los hilos los mueve la economía de mercado. Por el contrario, si la gente ha podido formar su propia opinión crítica a través de la educación, opondrá resistencia a la posible persuasión o manipulación que llegue desde las empresas publicitarias”.

REFERÊNCIAS

ACEDO, Sara Osuna. *Publicidad y Consumo en la Adolescencia*. Barcelona: Icaria, 2008.

AGANTE, Luísa. *Marketing para crianças*. Tese de Mestrado em Economia, Faculdade de Economia da Universidade do Porto, 2000.

ALANA. *PL nº 5.921 é votado na Comissão de Desenvolvimento Econômico*. Disponível em: < <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/NoticialIntegra.>>. Acesso em: 15 out. 2009.

ALANA. *Ações Jurídicas: Bob's/Burger King – Trikids/Lanche BKids*. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica.>>. Acesso em: 07 Ago. 2009.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2 ed., 1998.

_____. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 1981.

ALVES, Carlos Teixeira. *Análisis del Comportamiento de consumo del niño*. Salamanca: Tese, 2001.

ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 273-299.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Liberdade de Expressão Comercial. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: IBDP, maio-julho 2006.

ARIES, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução de Dora Flaksman 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Madri: Cremos, 1999.

ANVISA. *Transcrição da Audiência Pública realizada no dia 20/08/2006*. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/propaganda/cp7106/transcrição.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2009.

BARBOSA, Livia. *Sociedade de Consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2001.

BAUDRILLARD, Jean. *Da Sedução*. Campinas: Papyrus, 2 ed. 1992.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

_____. *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos e In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 7 ed., 2001, p.263-317.

_____. O Controle jurídico da Publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, nº 9, jan/mar 1994, p.25-57.

_____. *Publicidade no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. O controle da publicidade: sancionamentos a mensagens enganosas e abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, nº 4, 1992.

_____. *Reparação Civil por Danos Morais*, S. Paulo, RT, 1993.

BULGARELLI, Waldírio. Publicidade enganosa – aspectos da regulamentação legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol 24, abr./jun. 1985.

BUNTER, Garry & FURNHAM, Adrian. *As crianças como consumidoras: uma análise psicológica do mercado juvenil*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

CAMARA DOS DEPUTADOS. *Comissão aprova mudanças em publicidade de produto infantil*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2009.

CANADIAN ASSOCIATION OF BROADCASTERS e ADVERTISING STANDARDS CANADA. *The Broadcast Code for Advertising to Children*. 2007, disponível em: <<http://www.adstandards.com/en/clearance/childrens.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, Miguel Carvalho. Os depressivos de amanhã. *Revista "Visão"*, 4 de janeiro de 2001. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/80s/traquinas/Links/osdepressivos.htm>>. Acesso em: 23 Abr. 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.205-266.

COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: RT, 2003.

COHN, Clarice. *Antropologia da Criança*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança*. Brasília, 2008.

CONSUMIDOR S.A. São Paulo: Idec, nº 32, Julho de 1998.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Os valores sociais da livre iniciativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 43, n. 171, jul-set 2006, p.63-80.

CRIANÇA, A ALMA DO NEGÓCIO. Direção: Estela Renner. Produção: Marcos Nisti. São Paulo: Maria Farinha, 2009. 1 filme (48min).

CRIANÇA E CONSUMO. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. 2 ed. São Paulo: Projeto Criança e Consumo, Instituto Alana, 2009.

CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DANTAS, San Tiago. *Direito de Família e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito do Consumidor e Publicidade Clandestina*. São Paulo: Elsevier, 2009.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

DUQUE, Bruna Lyra. *O Direito Contratual e a Intervenção do Estado*. São Paulo: RT, 2007.

DURANDIN, Guy. *As mentiras na propaganda e na publicidade*. São Paulo: JSN, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Parecer. *Garantias constitucionais à liberdade de expressão comercial*. São Paulo: CONAR, 2000.

FERNANDES, Francisco. *Dicionário Brasileiro Contemporâneo*, Porto Alegre, Globo, 1975.

FILOMENO, José Geraldo Brito In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 7 ed., 2001, p.17-142.

FROTA, Mario. *A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2006.

GONZÁLEZ, Idoya Artegabeitia. Avances del Derecho frente al Fenómeno del Consumo de los Menores. In: NARROS, Ignacio V. Mayoral; GONZÁLEZ, Isabel E. Lázaro (Org.). *Infancia, Publicidad y Consumo*. Madri: Universidad Pontificia de Comillas, 2005, p.43 – 64.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1988.

GRUNSPÜN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: LTr, 2000.

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

CCI – CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. *Código Consolidado da CCI: Práticas De Publicidade E Comunicação Comercial*. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org>>. Acesso em: 12 Nov. 2008.

IDEC. *Publicidade Infantil: multinacionais não aplicam padrões internacionais no Brasil*. Disponível em: <<http://www.idec.org.br>> Acesso em: 25 out. 2009

IDEC & INMETRO. *Publicidade e Consumo*, Coleção Educação para o Consumo Responsável. São Paulo, 2002.

Instituto do Consumidor, Observatório da Publicidade. *Publicidade dirigida a menores*. Revista 112, 2002 Disponível em: <[http://www.consumidor](http://www.consumidor.org.br)>. Acesso em: 15 jul. 2008.

JHUALLY, Sut. *The Codes of advertising: fetishism and the political economy of meaning in the consumer society*. New York: Routledge, 1990.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

KEY, Wilson Brian. *Seducción Subliminal*. Cidade do México: Diana, 1988.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. *Princípios de Marketing*. Rio de Janeiro: LTC, 1998.

LANGE, Talvani e outros. Alice no país da propaganda: um estudo da linguagem publicitária e sua recepção junto ao público infantil. *Infância & Consumo: estudos no campo da comunicação*. Brasília: ANDI/ALANA, 2009, p.34-45.

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

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Entidades familiares constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, Jan. /fev. /mar. 2002. v.3, n. 12, p.46-47.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Manole: Barueri, 2003.

MAGNET, Myron. The Money Society. *Fortune*, Julho, nº 6, 1987, p. 26-31.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. 5 ed, São Paulo: RT, 2006.

MARTINEZ, Sergio Rodrigues. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e seu controle no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, nº 58, abr/jun 2006, p.223-254.

MACKLIN, M. Carole & CARLSON, Les. *Advertising to Children: concepts and controversies*. Thousand Oaks: Sage Publications, 1999

MCNEAL, James U. *Marketing de productos para niños: manual sobre comercialización dirigida a los niños*. Buenos Aires: Granica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDIZÁBAL, Iñigo A. Navarro. La protección del consumidor menor de edad. In: NARROS, Ignacio V. Mayoral; GONZÁLEZ, Isabel E. Lázaro (Org.). *Infancia, Publicidad y Consumo*. Madri: Universidad Pontificia de Comillas, 2005, p.139-176.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Bookseller, 1989.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOMBERGER, Noemi Friske. *A Publicidade Dirigida às Crianças e Adolescentes: regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002.

MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Trabalho do adolescente: proteção e profissionalização*. 2. ed. Belo horizonte: Del Rei, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2 ed., 2005.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade Comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez, 2001.

OFFICE OF COMMUNICATION. *The Ofcom Broadcasting Code*. Londres, 2009, disponível em: <<http://www.ofcom.org>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

NERY JR., Nelson. O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 15/210-211, São Paulo: RT, jul.-set. 1995.

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

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, Vol I, 2009.

PEREIRA, Caleb Salomão e MIGUEL, Paula Castello. *Administração inconstitucional, Ética do explícito e Poder Econômico: o Infante como o outro sujeito constitucional vulnerável*. Artigo apresentado no XVIII Encontro do CONPEDI, 2009, em fase de publicação.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIAGET, J. *Seis estudos de psicologia*. Barcelona: Seix Barral, 1975.

PODESTÁ, Fabio Henrique. *Interesses Difusos, Qualidade da Comunicação Social e Controle Judicial*. São Paulo: RT, 2002.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: RT, 1998.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2003, p. 1-34.

SANTOS NETO, Jose Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: RT, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHOR, Juliet B. *Nacidos para Comprar: los nuevos consumidores infantiles*. Barcelona: Paidós Iberica, 2006.

SILVA, Eva Sónia Moreira. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

SIMÃO JOSÉ, Pedro Quartin Graça. A Publicidade e a Lei. *Secção Direito e Ciência Jurídica*. Lisboa: Veja, 1995, p. 23-115.

SOARES, Ana Catarina Martins Correia. *A criança enquanto consumidor. Comportamentos de Consumo Infantil em Contextos Rural e Urbano*. Tese de Doutoramento em Estudos da Criança, Universidade do Minho, 2004.

SOLOMON, Michael R. *Comportamiento del Consumidor*. México: Pearson, 2008.

SOUCHON, Michel. *La télévision des adolescents*. Paris : Les Éditions Ouvrières, 1969.

SOUZA JUNIOR, José Ednilson Gomes de; FORTALEZA, Camila Hildebrand Gazal; MACIEL, Josemar de Campos. Publicidade infantil: o estímulo à cultura de consumo e outras questões. In: ANDI; INSTITUTO ALANA. *Infância & Consumo: estudos no campo da comunicação*. Brasília, 2009.

SUÉCIA. *The Radio and Television Act*. Disponível em: <<http://www.rtvv.se>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

TAVARES, José de Farias. *Direito da Infância e da Juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Em homenagem a Miguel Reale: uma revisão dos conceitos de personalidade, dos direitos da personalidade e do direito do autor. In: *Direito, política, filosofia e poesia: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale no seu octogésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UNDERHILL, Paco. *Por qué compramos: la ciencia del Shopping*. Barcelona: Gestion 2000, 2002.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Observatório de Políticas de Segurança Alimentar e Nutrição. *Monitoramento de Propaganda de Alimentos Visando à Prática da Alimentação Saudável*. Disponível em: <<http://www.unb.br/fs/opsan/propaganda.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2 ed., 2003.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 4 ed., 1998.

VILAR, Norminanda Montoya. *La influencia de la publicidad audiovisual en los niños: estudios y métodos de investigación*. Barcelona: Bosch, 2007.

VIÑES, Victoria Tur; SOLER, Irene Ramos. *Marketing y niños*. Madrid: SIC Editorial, 2008.

IV CONGRESSO BRASILEIRO DE PUBLICIDADE. *Tese Geral*. Disponível em: <<http://www.congressodepublicidade.com.br>>. Acesso em: 16 Jul. 2008.

IV CONGRESSO BRASILEIRO DE PUBLICIDADE. *Plenário aprova as propostas finais das comissões*. Disponível em: <<http://www.congressodepublicidade.com.br/>>. Acesso em: 16 Jul. 2008.

IV CONGRESSO BRASILEIRO DE PUBLICIDADE. *Tese geral do IV Congresso é aprovada por aclamação*. Disponível em: <<http://www.congressodepublicidade.com.br>>. Acesso em: 16 Jul. 2008.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

**AUTÔNOMA A DIVULGAÇÃO E
PUBLICAÇÃO**

Em 1 - 101

**PROJETO DE LEI Nº , DE 2001
(Do Sr. Luiz Carlos Hauly)**

PROJETO DE LEI Nº 5921/01

PLENÁRIO DE LEGISLAÇÃO	
Em	→
Nome	→
Ponto	→

Acrescenta parágrafo ao art. 37, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que "Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências".

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte § 2ºA:

"Art. 37

§ 2ºA. É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança.

....."(NR)

JUSTIFICAÇÃO

Como acentuei em discurso pronunciado no dia 5 do corrente mês, diante do que dispõe o art. 221 da Carta Magna, uma das questões que precisa ser avaliada é a da relação entre publicidade e crianças, principalmente com o envolvimento de ídolos da população infantil, com a veiculação de matérias que se transformam em verdadeira coação ou chantagem para a compra dos bens anunciados, embora desnecessários, supérfluos ou até prejudiciais, além de incompatíveis com a renda familiar.

Em alguns países é terminantemente proibido que a publicidade se dirija a crianças e produza sua indução. Em outros países existem restrições importantes. Já em outros, como o Brasil, existe um liberalismo total em relação a

3784

Hauly

**CÂMARA DOS DEPUTADOS**

esse tipo de prática. Esse é um tema que mereceria debate, conforme afirmou o Sr. Daniel Herz, Coordenador do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação, na Audiência Pública realizada em reunião conjunta da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática e da Comissão de Direitos Humanos, em 27 de abril de 1999, manifestando a convicção de que é possível equacioná-lo.

Embora tenha manifestado a opinião de que esse é um assunto que deveria ser estudado pelo Conselho de Comunicação Social, em sua função de órgão auxiliar do Congresso Nacional, a fim de que pudéssemos legislar adequadamente sobre ele, levando em conta, principalmente, os princípios da preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas e do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão devem atender, segundo o disposto no art. 221 da Constituição Federal, resolvi antecipar o debate da matéria, com a apresentação do presente projeto de lei.

Sala das Sessões, em 12 de dezembro de 2001.

Assinatura manuscrita de Luiz Carlos Hauly.

Deputado **LUIZ CARLOS HAULY**

COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

PROJETO DE LEI Nº 5.921, de 2001

Acrescenta parágrafo ao art. 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Autor: Deputado Luiz Carlos Hauly

Relatora: Deputada Maria do Carmo Lara

I - RELATÓRIO

O Projeto de Lei nº 5.921, de 2001, de autoria do Deputado Luiz Carlos Hauly, propõe que seja acrescido novo dispositivo ao Código de Defesa do Consumidor, com objetivo de proibir a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas as crianças.

O autor informa que a publicidade dirigida a crianças é rigorosamente regulada em outros países, e que, no Brasil, existe um total liberalismo em relação à matéria.

Justifica o autor sua proposta, arguindo que a proposição pretende avaliar a relação entre publicidade e criança, principalmente com o envolvimento de ídolos da população infantil, com a veiculação de matérias que se transformam em verdadeira “coação ou chantagem” para a compra dos bens anunciados e que, às vezes, se mostram desnecessários e até incompatíveis com a capacidade financeira da família.

O projeto não recebeu emendas.



13D3512802

II - VOTO DA RELATORA

O projeto de lei que ora relatamos tem grande importância para toda a nossa sociedade, na medida em que trata de assunto relativo a crianças e adolescentes, pessoas em formação, que são o futuro de nosso país.

Não é por demagogia que ressaltamos, logo de início, a questão da importância ou da necessidade vital de bem cuidarmos dos menores, mas por uma constatação lógica de que aquilo que plantamos é o que colhemos.

Devemos refletir sobre o que queremos para nossos jovens, qual a formação, quais os princípios, qual o padrão ético, qual a segurança psicológica, qual escala de valores, a assim por diante, que desejamos transmitir para nossas crianças e adolescentes.

E isto tem algo a ver com publicidade e consumo?

Qual deve ser a primeira preocupação de todos aqueles que desejam ver um mundo melhor no futuro?

É mais importante incentivar a produção, as vendas e o consumo ou cuidar da formação integral de nossos jovens para que construam uma sociedade melhor do que esta em que vivemos?

Sem desviar do assunto principal de nosso trabalho, porém também sem esquecer que é um assunto multidisciplinar, não podemos deixar de fazer estas ponderações, embora de forma bastante abreviada, para que se vejam as possíveis conseqüências que um ato, a publicidade, defendido por muitos como inocente, produtivo e garantido pelo direito à livre iniciativa e pela proibição da censura, pode causar em pessoas, no caso crianças, que ainda não têm capacidade de reflexão crítica ou mesmo nem conseguem discernir o que é e o que não é publicidade, como ocorre numa faixa etária que pode se estender até os sete ou oito anos, conforme pesquisas realizadas sobre o assunto.

Como ilustração do que estamos a falar, podemos citar a questão da violência. A violência não é causada exclusivamente pela publicidade, mas ganha



dela um bom “empurrãozinho”. No caso da publicidade infantil, a lógica é simples de ser seguida e podemos resumir assim:

1) utilizando-se técnicas de publicidade, anuncia-se um produto, e é criado ou ampliado o desejo por seu consumo;

2) muitas crianças vêem o anúncio, mas poucos pais têm dinheiro para comprar o produto;

3) muitas crianças ficam só na vontade de ter o produto e terminam frustradas por não poderem ter seu objeto de desejo;

4) Este ciclo se repete uma, duas, várias vezes;

5) algumas crianças crescem sem nunca poderem ter os brinquedos, as roupas, as guloseimas, entre outras tantas coisas que lhes são ofertadas todos os dias em milhares de anúncios publicitários;

6) quando crescidas, algumas daquelas crianças, frustradas por nunca terem tido acesso ao que é oferecido no mercado de consumo e agora ciente das dificuldades em adquirir, terminam por querer a força o objeto de seu desejo.

Assim, como no exemplo acima, são muitas as situações em que a “inocente” publicidade causa ou ajuda a causar distorções no pensamento dos pequenos, cuja mentalidade e capacidade de compreensão estão em desenvolvimento.

A própria relação entre pais e filhos pode ser abalada, pois os pais muitas vezes não vão conseguir explicar aos menores o porquê de não poderem comprar o produto, ou o motivo dele não ser tão bom quanto o que é apresentado, ou mesmo a desnecessidade de se ter mais um produto similar a outros já adquiridos.

É claro que não estamos querendo dizer que a publicidade cria, com exclusividade, o desejo por alguma coisa ou que é a responsável por todo o mal do mundo. Estamos apenas chamando a atenção para o fato de que a publicidade dirigida às crianças e adolescentes é um grande catalisador deste processo de querer e desejar coisas. Infelizmente, neste caso de crianças e adolescentes que ainda não desenvolveram uma razão crítica é um catalisador negativo.

É sabido que o objetivo da publicidade é convencer os consumidores potenciais do produto que anuncia sobre as qualidades e benefícios de consumir



aquilo que esta sendo ofertado. A idéia básica é vender o produto, e quanto mais vendas melhor. No entanto, perguntamos:

Existe preocupação do anunciante com o que deseja ou realmente precisa o consumidor?

Existe preocupação em saber se o consumo daquilo que se oferta é realmente o melhor para o seu destinatário?

Em relação a publicidade infantil, existe preocupação em saber se o público-alvo tem condições de avaliar a importância, o interesse e a capacidade de aquisição do que se anuncia?

A publicidade, na verdade, é um dos elementos que compõem o “jogo do consumo”, tem um papel importante na economia e sua existência é justificável. Porém, em todo jogo deve existir regras, e deve-se levar em conta a capacidade dos participantes para que se tenha uma “disputa” justa.

Seria justo, numa luta de box, colocar um peso-pena contra um peso-pesado? Haveria graça nessa disputa? Seria possível prever o resultado?

O que desejamos estabelecer com clareza é que, no “jogo” denominado mercado de consumo, as crianças e os adolescentes não têm a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto e, portanto, não estão em condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo. A luta é totalmente desigual.

Assim, acreditamos que seja função deste Congresso Nacional, especialmente desta Casa, como representante do povo, criar normas que possibilitem o equilíbrio no meio social, protegendo os que necessitem de proteção e restringindo as ações dos que abusam de seu poder e liberdade de atuação.

Sabemos que, no Brasil, é livre o anúncio de produtos e serviços, desde que lícitos, e que sigam algumas normas que coíbem abusos e pregam princípios éticos a serem seguidos.

As normas a que nos referimos estão, principalmente, em nossa Constituição Federal - CF, no Código de Defesa do Consumidor - CDC - e no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária - CBARP.

Como o objetivo de nosso trabalho é a análise de proposta à proibição



de toda e qualquer publicidade infantil, vamos concentrar nossos esforços em clarear esta questão específica, iniciando por um breve estudo do que já está disposto.

A Constituição Federal, em seu art. 227, determina que é dever da família, da sociedade e do Estado providenciar para que a criança e o adolescente recebam a proteção e a orientação necessárias para completarem seu desenvolvimento e tornarem-se cidadãos dignos e bem estruturados física, ética e psicologicamente. Vejamos o que nos diz o caput deste dispositivo legal:

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

De forma já bem mais específica, o CDC, em seu art. 37, § 2º, determina que “**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” (**grifo nosso**).

Como podemos observar, já existe norma dizendo que **não se deve aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança** nas publicidades a elas dirigidas. O CDC ainda determina, no *caput* do art. 36 que “a *publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal*”, ou seja, a criança, enquanto consumidor, deve poder discernir o que é e o que não é publicidade de modo fácil e imediato.

Porém, existe um problema anterior, que é saber a partir de que idade a criança realmente consegue entender o que é publicidade e diferenciar esta mensagem de muitas outras que recebe no mesmo momento pelos canais de comunicação. Esta questão é fundamental para o estabelecimento de regras justas para a atividade publicitária dirigida a criança e a o adolescente e a discutiremos mais adiante.



Outrossim, não podemos deixar de lembrar o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, pois é o diploma legal mais diretamente ligado à defesa e proteção dos direitos humanos nestas fases da vida.

Em seu art. 1º, o ECA fala da “proteção integral” que deve ser dispensada à criança e ao adolescente e segue o estatuto com suas normas sempre enfocando a especial condição da criança e do adolescente como ser humano em formação e por isso merecedor de cuidados especiais, inclusive por parte dos agentes econômicos e, no caso em comento, dos publicitários e daqueles que os contratam para divulgar seus produtos e serviços.

Além da legislação supracitada, existe o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR que, apesar de ser um código de ética e não ter força de lei, também traz normas gerais quanto à publicidade infantil. Vejamos o que nos diz seu art. 37, in verbis:

“Artigo 37 - No anúncio dirigido à criança e ao jovem:

- a. dar-se-á sempre atenção especial às características psicológicas da audiência-alvo;
- b. respeitar-se-á especialmente a ingenuidade e a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade dos menores;
- c. não se ofenderá moralmente o menor;
- d. não se admitirá que o anúncio torne implícita uma inferioridade do menor, caso este não consuma o produto oferecido;
- e. não se permitirá que a influência do menor, estimulada pelo anúncio, leve-o a constranger seus responsáveis ou importunar terceiros ou o arraste a uma posição socialmente condenável;
- f. o uso de menores em anúncios obedecerá sempre a cuidados especiais que evitem distorções psicológicas nos modelos e impeçam a promoção de comportamentos socialmente condenáveis;
- g. qualquer situação publicitária que envolva a presença de menores deve ter a segurança como primeira preocupação e as boas maneiras como segunda preocupação.”

Como podemos ver, nossas crianças e adolescente estão completamente protegidos pela legislação em vigor e pelos princípios éticos pregados pelo CONAR. É suficiente que se cumpra com o que está escrito e ordenado ou sugerido.

Qual o problema então?

O problema é que o nível de evolução consciencial de nossa sociedade e dos indivíduos que a compõem faz com que haja distorções na



13D3512802

maneira como se compreendem e interpretam os princípios enunciados. Somos ainda muito egoístas e pensamos primeiro em nós, segundo em nós, terceiro em nós e, muito depois, talvez, nos outros.

Assim, muitas são as normas escritas no Brasil e no Mundo, mas, bem ou mal, nem todas são seguidas, especialmente aquelas que se reportam aos princípios gerais de qualquer assunto e que deixam muito ao sabor da interpretação daqueles que devem segui-las ou aplicá-las.

A simples leitura das normas supracitadas, especialmente das de caráter ético e das que estabelecem princípios gerais, nos indica que uma interpretação que tenha o ser humano como prioridade já seria o suficiente para se coibir um grande número de abusos cometidos contra crianças e adolescentes em nosso país, não somente na questão da publicidade, mas também nela.

Poderíamos discorrer sobre cada uma das normas que citamos e demonstrar como, na prática, muitas vezes, elas não são seguidas ou obedecidas, mas isto não se faz necessário, principalmente neste fórum, pois todos nós aqui nesta Casa sabemos que as coisas ainda funcionam assim: quem quer cumprir cumpre, que não quer arranja uma “boa” justificativa e passa a discutir expressões, intenções e vírgulas.

Portanto, não acreditamos que regras gerais, que apontam apenas princípios, sejam o suficiente para normatizar esta questão, pois é preciso determinar da forma o mais **exata e precisa** possível **o que é e o que não é permitido** fazer em publicidade dirigida à criança e ao adolescente.

Outro ponto interessante e que vale a pena ser estudado é a atitude em outros países a respeito desta questão. Primeiramente, não acreditamos que se possa simplesmente transferir normas de um país para outro, sem levar em conta as diferenças existentes. No entanto, neste caso, as diferenças indicam que a criança brasileira deve ter uma proteção igual ou maior que as crianças de países mais desenvolvidos.

Por que?

Porque o poder aquisitivo das famílias naqueles países é bem superior ao do Brasil, **porque** o nível de educação formal e de informação disponível para as crianças em países mais desenvolvidos é muitas vezes superior a de nosso país, **porque** mesmo países com economia essencialmente capitalista têm



dispensado atenção especial no sentido de proteger suas crianças.

O tratamento dispensado à questão e a forma como se tenta resolver o problema têm variantes quando analisadas as soluções adotadas em cada um dos países que se preocuparam com a normatização da publicidade dirigida à criança e ao adolescente. Porém, existe unanimidade quanto à necessidade de se restringir ou mesmo proibir tal publicidade, tendo em vista a fragilidade e a vulnerabilidade dos menores.

Não vamos aqui, neste relatório, analisar a legislação de cada país individualmente, embora as tenhamos estudado para produzir este trabalho, mas oferecemos, aos interessados, relação com ampla bibliografia e uma lista de sites da Internet que podem auxiliar no aprofundamento de estudos sobre o tema.

Porém, desde já, citamos como principais referências legislativas sobre a questão países como Alemanha, Espanha, Reino Unido, Suécia, Bélgica, Holanda, Grécia, Noruega, Áustria, Portugal, Estados Unidos, Canadá e Chile, além da Comunidade Européia, que tem normas gerais para todos os países membros. Ainda, no que se refere a auto-regulamentação, existem alguns códigos da Câmara Internacional de Comércio - ICC que se reportam ao assunto.

De qualquer forma, as normas vão desde a simples orientação para que se utilize uma publicidade clara, honesta e consciente até a proibição total. As soluções passam por proibição de uso de técnicas subliminares, pela fiscalização de autoridades públicas e agências governamentais, pela proibição de associação da publicidade com programas infantis e seus apresentadores, entre muitas outras.

Outro ponto fundamental, também discutido naqueles países e que já mencionamos neste relatório, é saber a idade a partir da qual estaria a criança apta a entender o que é e qual é o objetivo da publicidade.

Neste sentido, a pesquisa elaborada pelo sociólogo sueco Erling Bjurtrön, a pedido do governo de seu país, exatamente para subsidiar as decisões que se queriam tomar quanto a restrição da publicidade dirigida aos menores, foi o estudo mais completo que tivemos oportunidade de tomar ciência e achamos interessante a sua análise.

A pesquisa indica que algumas crianças de 4 anos são capazes de distinguir um comercial de um programa normal de televisão, mas a maioria é



capaz de fazer esta distinção somente aos 8 anos. Porém, conforme a mesma pesquisa, apenas aos 10 anos todas as crianças conseguem perceber a diferença, embora não tenham ainda capacidade crítica em relação à informação que estão recebendo. Esta capacidade crítica só aparece, de modo geral, aos 12 anos de idade. Baseado neste estudo, o governo sueco proibiu toda e qualquer publicidade dirigida às crianças menores de 12 anos em horário diurno.

No Brasil, o art. 2º do ECA define que criança é a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

A questão da idade é fundamental, pois um princípio básico existente em todos os códigos de ética sobre publicidade em todo o mundo é o de que a publicidade deve ser facilmente distinguida como tal pelos seus destinatários. Este princípio tem como objetivo, como já mencionado, montar um cenário de transparência onde possa existir um jogo honesto entre anunciantes e sua audiência.

Então, se existe uma fase da vida, que segundo a pesquisa supracitada é aquela anterior aos doze anos de idade, em que o ser humano não consegue sequer distinguir o que é e o que não é publicidade e, mesmo quando consegue, não tem capacidade crítica para enfrentá-la, nada mais natural que se proíba o “jogo” envolvendo estes participantes.

Assim, de todo nosso estudo, de nossa participação em audiências públicas, seminários e encontros por este Brasil afora, do que temos amplo material a todos disponível, nos restou a decisão de elaborar um Substitutivo ao Projeto de Lei nº 5.921, de 2001, porém, sem retirar o mérito de seu autor, o Deputado Luiz Carlos Hauly, pela iniciativa e coragem de propor um projeto rigoroso, pois no projeto a proibição é total, em defesa de nossas crianças.

Inicialmente, nosso Substitutivo difere do projeto apresentado, pois não propõe alteração do CDC e sim uma nova lei específica para regulamentar a questão.

Optamos por criar uma nova lei, não somente pela importância e especificidade do assunto, mas porque o CDC é um código geral de defesa e proteção do consumidor. Acreditamos que não deva ser “inchado” com normas específicas, embora correlatas, pois correr-se-ia o risco de transformar o CDC em uma “colcha de retalhos”, situação em que perderíamos todos, tendo em vista



que o CDC é uma das leis mais conhecidas e aplicadas em nosso país. É nosso dever zelar para que continue limpo, claro e coeso.

Diante do exposto, somos pela aprovação do Projeto de Lei nº 5.921, de 2001, na forma do Substitutivo anexo.

Sala da Comissão, em de de 2008.

DEPUTADA MARIA DO CARMO LARA

Relatora



13D3512802

COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 5.921, de 2001

Dispõe sobre a publicidade e
sobre a comunicação
mercadológica dirigida à criança
ou ao adolescente.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a publicidade e sobre a comunicação mercadológica dirigida à criança ou ao adolescente.

§1º Por ‘comunicação mercadológica’ entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial para a divulgação de produtos e serviços independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.

§2º A comunicação mercadológica abrange, dentre outros, a própria publicidade, anúncios impressos, comerciais televisivos, “spots” de rádio e “banners” e “sites” na internet, embalagens, promoções, “merchandising” e disposição dos produtos nos pontos de vendas.

Art. 2º Considera-se, para os efeitos desta lei, os limites de idade dispostos no art. 2º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto de Criança e do Adolescente, para caracterizar o ser humano criança e o ser humano adolescente.

Parágrafo único. A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, conforme disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, é princípio fundamental desta lei.

Art. 3º Fica proibido qualquer tipo de publicidade e de comunicação mercadológica dirigida à criança, em qualquer horário e por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto...

§1º A publicidade e a comunicação mercadológica dirigida à criança é aquela que se vale, dentre outros, de algum dos seguintes atributos:



13D3512802

- I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III - representação de criança;
- IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação;
- VII - bonecos ou similares;
- VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil;
- IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil;

§ 2º Não será permitido qualquer tipo de publicidade ou de comunicação mercadológica nos suportes ou mídias destinados à criança.

§3º Não será permitido qualquer tipo de publicidade ou de comunicação mercadológica na televisão, na internet ou no rádio quinze minutos antes, quinze minutos depois e durante a programação infantil ou a programação cuja audiência seja na sua maioria constituída pela criança.

§4º Fica proibida a participação da criança em qualquer tipo de publicidade ou de comunicação mercadológica.

§5º. As vedações dispostas neste artigo não se aplicam às campanhas de utilidade pública referentes a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social.

Art. 4º São princípios gerais a serem seguidos por qualquer publicidade ou comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes:

- I - respeitar à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar;
- II – garantir atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente;
- III – respeitar a ingenuidade, a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade dos adolescentes;
- IV - não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior ou condenável;
- V - não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;
- VI - não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço;



VII - não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades criminosas, ilegais ou que ofendam aos usos e costumes da sociedade.

VIII – não explorar a crença, o medo e a superstição;

IX – não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;

X – não induzir a qualquer forma de degradação do meio ambiente;

XI – primar por uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina;

Art. 5º Na publicidade e na comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, sem prejuízo das disposições aplicáveis à matéria na legislação em vigor, é vedado e considerado abusivo para os fins legais:

I – a veiculação, especialmente na forma de “merchandising”, durante programa de entretenimento dirigido ao adolescente;

II – o uso de quaisquer técnicas na elaboração da publicidade que possam induzir ao entendimento de que o produto ou serviço pode oferecer mais do que na realidade oferece;

III – que sejam direcionadas diretamente para o adolescente por correio, correio-eletrônico, telefone, telefone celular, dentre outros;

IV – exibir, indicar ou sugerir qualquer atitude que possa conduzir o adolescente a uma situação de risco ou uso inadequado do produto ou serviço;

V – sugerir que a aquisição do produto ou serviço tornará o adolescente superior a seus semelhantes;

VI – oferecer produto ou serviço sem indicação dos acessórios que devam ser adquiridos ou contratados em separado;

VII – o uso de expressões “somente”, “apenas”, entre outras desta natureza, junto ao preço ofertado do produto ou serviço;

VIII – o apelo imperativo ao consumo de produtos ou serviços.

Parágrafo único. As vedações dispostas neste artigo não se aplicam às campanhas de utilidade pública referentes a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento do adolescente no meio social.

Art. 6º As infrações das normas desta lei ficam sujeitas às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas contidas na legislação em vigor, como, exemplificativamente, as previstas nos artigos 62 a 74 da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor:

I – multa;

II – imposição de contrapropaganda.



13D3512802

§ 1º As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas 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 multa será em montante não inferior a um mil e não superior a três milhões o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

§4º A imposição de contrapropaganda será cominada sempre às expensas do infrator e divulgada da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de:

I - desfazer o malefício da publicidade ou da comunicação mercadológica abusiva ou enganosa;

II - divulgar campanhas de utilidade pública.

§ 5º 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 publicidade ou da comunicação mercadológica.

Art. 7º 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 do Ministério da Justiça.

Art. 8º Aplica-se à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida à criança e ao adolescente, 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. 9º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.



13D3512802

Sala da Comissão, em de de 2008.

DEPUTADA MARIA DO CARMO LARA
Relatora



13D3512802



Agência Nacional de Vigilância Sanitária

www.anvisa.gov.br

**Consulta Pública nº 71, de 10 de novembro de 2006.
D.O.U de 13/11/2006.**

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso das atribuições que lhe confere o inciso IV do art. 11 e o art. 35 do Regulamento da ANVISA aprovado pelo Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999, e tendo em vista o disposto no inciso V 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 6 de novembro de 2006.

adota a seguinte Consulta Pública e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação:

Art. 1º Fica aberto, a contar da data de publicação desta Consulta Pública, o prazo de 60 (sessenta) dias para que sejam apresentadas críticas e sugestões relativas à proposta de Regulamento Técnico sobre oferta, propaganda, publicidade, informação e a outras práticas correlatas cujo objeto seja a divulgação ou promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, quaisquer que sejam as formas e meios de sua veiculação.

Art. 2º Informar que a proposta Regulamento Técnico estará disponível, na íntegra, durante o período de consulta no sítio <http://www.anvisa.gov.br/divulga/consulta/index.htm> e que as sugestões devem ser encaminhadas por escrito para o seguinte endereço: Agência Nacional de Vigilância Sanitária - SEPN 515, Bloco "B" Ed. Omega, 3º andar, sala 02, Asa Norte, Brasília-DF, CEP 70.770.502, ou Fax: (61) 3448-1216 ou e-mail: gprop@anvisa.gov.br com a designação do assunto "consulta pública/propaganda de alimentos".

Art. 3º Findo o prazo estipulado no artigo 1º a Agência Nacional de Vigilância Sanitária articular-se-á com os órgãos e entidades envolvidos e aqueles que tenham manifestado interesse na matéria, para que indiquem representantes nas discussões posteriores, visando a consolidação do texto final.

DIRCEU RAPOSO DE MELLO

ANEXO

PROPOSTA DE REGULAMENTO TÉCNICO

Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº _____,

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 11 do Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária aprovado pelo Decreto nº. 3.029, de 16 de abril de 1999, c/c o inciso IV do artigo 8º, do Regimento Interno aprovado pela Portaria nº. 593 de 25 de Agosto de 2000, em reunião realizada em ____ de _____ de 2006,

considerando a Constituição Federal de 1988;

considerando a Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; considerando a Lei nº. 6.437, de 20 de agosto de 1977, que configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas;

considerando a Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a Proteção do Consumidor;

considerando o Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC;

considerando a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente;

considerando o Decreto-Lei n.º 986, de 21 de outubro de 1969, que institui normas básicas sobre alimentos;

considerando a Lei n.º 11.265, de 3 de janeiro de 2006, que regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância e de produtos de puericultura correlatos;

considerando a Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências;

considerando a necessidade de atualizar, harmonizar e consolidar as normas e regulamentos técnicos relacionados à propaganda, publicidade, promoção e informação de alimentos;

considerando a Política Nacional de Alimentação e Nutrição, aprovada pelo Ministério da Saúde em 1999, que identificou a necessidade da adoção de medidas voltadas ao disciplinamento da publicidade de produtos alimentícios infantis;

considerando a Estratégia Global para Alimentação do Lactente e da Criança Pequena, publicada pela Organização Mundial de Saúde em 2002;

considerando a Análise da Estratégia Global para Alimentação Saudável, Atividade Física e Saúde, documento redigido pelo Grupo Técnico Assessor instituído pela Portaria do Ministério da Saúde n.º 596, de 8 de abril de 2004;

considerando o resultado do Workshop de Propaganda e Publicidade de Alimentos promovido pela ANVISA, realizado em 9 de novembro de 2004;

considerando que a Câmara Técnica de Alimentos – CTA, na sua 10ª reunião realizada no dia 1º de fevereiro de 2005, identificou pontos importantes para regulamentação na propaganda e publicidade de alimentos dirigidos para o público infantil, e

considerando o Guia Alimentar para a População Brasileira, publicado pelo Ministério da Saúde em outubro de 2005, que aponta necessidade de regulamentar estratégias de marketing de alimentos, em todas as formas de mídia, principalmente nas direcionadas para crianças e adolescentes,

adota a seguinte Resolução de Diretoria Colegiada e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação.

Art. 1º Aprovar o regulamento sobre oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objeto seja a divulgação e a promoção de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional.

Art. 2º Esta Resolução de Diretoria Colegiada entra em vigor cento e oitenta dias após a sua publicação.

DIRCEU RAPOSO DE MELLO

ANEXO

REGULAMENTO

Art. 1º Este regulamento se aplica à oferta, propaganda, publicidade, informação e a outras práticas correlatas cujo objeto seja a divulgação ou promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, quaisquer que sejam as formas e meios de sua veiculação, sem prejuízo do que particularmente se estabeleça para determinados tipos de alimentos por meio de legislação específica.

§ 1º - O presente regulamento não se aplica à rotulagem dos alimentos de que trata este regulamento.

§ 2º - Também não se aplica às frutas, verduras e legumes frescos, refrigerados e congelados; carnes frescas, refrigeradas e congeladas; leite e iogurte, bem como às bebidas alcoólicas, aos aditivos alimentares e aos coadjuvantes de tecnologias.

TÍTULO I REQUISITOS GERAIS

Art. 2º Para efeito deste regulamento são adotadas as seguintes definições:

I - 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.

II - 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.

III - 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.

IV - 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.

V - 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 ml na forma como está exposto à venda.

VI - 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 ml na forma como está exposto à venda.

VII - AMOSTRA GRÁTIS é a versão especial do produto distribuída a título não remunerado.

VIII - 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.

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

X - BEBIDAS COM BAIXO TEOR NUTRICIONAL são os refrigerantes, refrescos artificiais, bebidas ou concentrados para o preparo de bebidas à base de xarope de guaraná ou groselha, chá mate e preto (misturados ou não com outras bebidas/frutas). Também se incluem nesta definição aquelas adicionadas de cafeína, taurina, glucoronolactona ou qualquer substância que atue como estimulante no sistema nervoso central.

XI - BONIFICAÇÃO/BRINDE/PRÊMIO refere-se a tudo aquilo que se recebe ou se ganha como benefício condicionado à aquisição do alimento.

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

XIII - CONSUMIDOR é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza alimentos como destinatário final. Equiparam-se a consumidor todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais.

XIV - CONSUMO EXCESSIVO é a ingestão de alimento em quantidade acima das recomendações do guia alimentar brasileiro.

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

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

XVII - 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.

XVIII - 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.

XIX - 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.

XX - GUIA ALIMENTAR PARA A POPULAÇÃO BRASILEIRA é um instrumento oficial do Ministério da Saúde que contém diretrizes alimentares para a população brasileira e visa à promoção da alimentação saudável para a prevenção de doenças relacionadas à alimentação, tais como as doenças crônicas não transmissíveis (DCNT), e as deficiências nutricionais, além de reforçar a resistência a doenças infecciosas. As diretrizes foram elaboradas levando em conta evidências científicas nacionais e internacionais, o perfil nutricional e o padrão alimentar atual da população brasileira.

XXI - 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 publicitários, ainda que não informe diretamente o nome comercial ou componente principal do alimento.

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

XXIII - 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.

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

XXV - PATROCÍNIO é o custeio total ou parcial da produção de um programa de rádio ou televisão, evento, projeto comunitário, bem como de atividade cultural, artística, esportiva, de pesquisa ou de atualização científica com objetivos publicitários ou apoio, financeiro ou de outras naturezas, concedido, como estratégia de marketing, por uma instituição a uma atividade cultural, esportiva, científica, comunitária ou assistencial, bem como a um profissional da saúde.

XVI - 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*, *móvil*, *outdoor*, *busdoor*, brinde, etc.

XVII - 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.

XXVIII - PROMOÇÃO é o conjunto de atividades e técnicas informativas e de persuasão, utilizadas por empresas responsáveis pela produção, manipulação, distribuição e comercialização de alimentos, ou por veículos de comunicação e agências de publicidade com o objetivo de divulgar ou tornar mais conhecida ou prestigiada, a imagem de determinada marca, produto, serviço, evento, idéia ou instituição.

XXIX - PROPAGANDA/PUBLICIDADE é o conjunto de técnicas e atividades de informação e persuasão com fins ideológicos ou comerciais utilizadas com objetivo de divulgar conhecimentos e/ou visando exercer influência sobre o público por meio de ações que objetivem promover e/ou induzir a prescrição, aquisição, utilização e consumo de alimentos.

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

Art. 3º As informações exigidas neste regulamento para constar na oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objeto seja a divulgação ou a promoção de alimentos e bebidas citados no caput do artigo 1º, devem ser apresentadas em português, de forma clara e objetiva, sendo que:

I - Quando as informações forem apresentadas oralmente, devem ser diferenciadas, cadenciadas e perfeitamente audíveis;

II – Quando as informações forem apresentadas na forma escrita, as letras utilizadas devem ter cores que contrastem com o fundo do anúncio e estar dispostas espacialmente de acordo com o sentido predominante no material de divulgação:

a) as informações escritas devem estar dispostas de maneira que permita a sua imediata visualização e fácil leitura, sendo que, quando não estiver especificado o seu formato, as letras devem obedecer à proporcionalidade de 20 % da fonte de maior tamanho utilizada, nunca inferior a 5 milímetros;

b) as informações escritas devem, ainda, guardar entre si as devidas proporções de distância, indispensáveis à sua fácil leitura e destaque.

III - Na peça publicitária impressa, as informações exigidas neste regulamento devem constar na página da imagem publicitária, podendo figurar em seu verso, se a totalidade da folha for de cunho publicitário.

Art. 4º Na oferta, propaganda, publicidade e outras práticas correlatas cujo objeto seja a promoção 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) "Este alimento possui elevada quantidade de açúcar. O consumo excessivo de açúcar aumenta o risco de desenvolver obesidade e cárie dentária".
- b) "Este alimento possui elevada quantidade de gordura saturada. O consumo excessivo de gordura saturada aumenta o risco de desenvolver diabetes e doenças do coração".
- c) "Este alimento possui elevada quantidade de gordura trans. O consumo excessivo de gordura trans aumenta o risco de desenvolver doenças do coração".
- d) "Este alimento possui elevada quantidade de sódio. O consumo excessivo de sódio aumenta o risco de desenvolver pressão alta e doenças do coração".

IV – Quando o alimento possuir quantidade elevada de dois ou mais nutrientes, deverão ser aplicadas às mensagens do inciso III conjuntamente.

V - A veiculação de mensagens também é necessária para conjunto de produtos com natureza diferente, quando pelo menos um alimento se enquadrar.

VI – A inclusão da(s) mensagem (s) citada (s) no inciso III, de acordo com o veículo de comunicação, desde que respeite as seguintes regras:

- a) no rádio será veiculada durante a mensagem publicitária e terá locução diferenciada, cadenciada, pausada e perfeitamente audível com duração mínima de cinco segundos;
- b) na televisão, cinema e semelhantes:
 - b.1) a mensagem publicitária será exibida em cartela única, com fundo verde, em letras brancas, de forma a permitir a perfeita legibilidade e visibilidade, permanecendo imóvel no vídeo (formato de lettering com 20% do tamanho da tela);
 - b.2) a locução deve ser diferenciada, cadenciada, pausada e perfeitamente audível, simultaneamente à veiculação descrita no item anterior, com duração mínima de cinco segundos;
- c) nos jornais e revistas deve ser inserida em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Humanist 777 Bold ou Frutiger 55 Bold caixa alta, nas seguintes dimensões:

Jornal Tamanho Padrão

Anúncio	Mensagem
1 Página	Corpo 14
1/2 Página	Corpo 10
1/4 Página	Corpo 8

Jornal Tamanho Tablóide

Anúncio	Mensagem
1 Página	Corpo 12
1/2 Página	Corpo 8
1/4 Página	Corpo 8

Revistas

Anúncio	Mensagem
Página Dupla/Página Simples	Corpo 10
1/2 Página	Corpo 8
1/4 Página	Corpo 7

d) nos demais impressos tais como folderes, panfletos, filipetas e displays entre outros, a mensagem deve ser inserida em retângulo de fundo branco, emoldurados por filetes internos em letras de cor preta, padrão Humanist 777 Bold ou Frutiger 55 Bold em caixa alta, seguindo a mesma proporção estabelecida para as revistas e respeitando o limite mínimo de letra corpo 7.

e) na mídia exterior e congêneres, quaisquer que sejam os suportes utilizados para o anúncio, a mensagem deve ser inserida em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Humanist 777 Bold ou Frutiger 55 Bold em caixa alta, nas seguintes dimensões;

Anúncio	Mensagem
0 a 250 cm ²	Corpo 16
251 a 500 cm ²	Corpo 18
501 a 1000 cm ²	Corpo 20
1000 a 1500 cm ²	Corpo 24
1501 a 2000 cm ²	Corpo 26
2001 a 3000 cm ²	Corpo 30

3001 a 4000 cm ²	Corpo 36
4001 a 5000 cm ²	Corpo 40

- f) na internet, a mensagem deve ser exibida permanentemente e de forma visível, sendo inserida em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Humanist 777 Bold ou Frutiger 55 Bold, caixa alta, respeitando a proporção de dois décimos do total do espaço da propaganda.
- g) qualquer tamanho não especificado para as propagandas deve ser proporcionalizado tomando-se por base a definição de 1/4 (um quarto) de página para jornais, revistas e demais impressos e de 0 a 250 cm² (zero a duzentos e cinquenta centímetros quadrados) para mídia exterior e congêneres.

Art. 5º É vedado nas propagandas, publicidades ou outras práticas correlatas cujo objeto seja a promoção de alimentos e bebidas citados no *caput* do artigo 1º:

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 o 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 caracterizem estes como fundamentais ou essenciais 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 - Fazer qualquer tipo de comparação com o leite materno;

V - Encorajar práticas e estilos de vida que estimulem situações perigosas ou potencialmente prejudiciais à saúde, da mesma forma que é vedado desencorajar aqueles considerados benéficos à saúde;

VI - Desencorajar o consumo de alimentos considerados saudáveis, principalmente no que diz respeito aos vegetais frescos, tais como: cereais integrais, frutas, legumes, verduras e leguminosas;

VII - 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;

VIII - Estimular ou encorajar o consumo excessivo dos alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional;

IX - 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:

a) a proibição de que trata este inciso também diz respeito à associação do consumo desses alimentos a outros considerados saudáveis, tais como frutas, legumes e verduras, à prática de atividades esportivas e ou olímpicas, além da sua apresentação como parte importante ou indispensável de uma alimentação ou refeição saudável.

X - 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:

a) também, será vedado, nos casos dos alimentos acima citados em que estes constituam conjuntos de alimentos, e, ainda, sejam considerados como componentes principais.

XI - Explorar o medo ou a superstição, que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança;

XII - Explorar negativamente a confiança especial que as crianças depositam em seus pais, educadores, irmãos e personalidades/personagens que possuam grande aceitabilidade por estes grupos populacionais;

XIII - Encorajar direta ou indiretamente crianças a persuadir seus pais e outros a adquirir ou consumir os alimentos e as bebidas citadas no *caput* do art. 1º;

XIV - Informar ou sugerir que a pessoa ao adquirir para a criança os alimentos ou bebidas mencionadas no *caput*, é mais atenciosa, amorosa ou de qualquer outra forma melhor do que aquele que não o faz; bem como apresentar a pessoa que não o adquire com aspectos ou características negativas.

TÍTULO II

REQUISITOS PARA PROPAGANDA, PUBLICIDADE OU PROMOÇÃO DESTINADAS ÀS CRIANÇAS

Art. 6º No caso de propaganda, publicidade ou promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, é vedado utilizar figuras, desenhos, personalidades e personagens que sejam cativos ou admirados por esse público alvo.

Art. 7º A propaganda, a publicidade ou a promoção, em rádio e televisão, de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional somente poderá ser realizada entre as vinte e uma e às seis horas.

Art. 8º É vedado realizar qualquer tipo de propaganda, publicidade ou promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, em instituições de ensino infantil ou fundamental e em outras entidades públicas ou privadas destinadas a fornecer cuidados às crianças.

Art. 9º. É vedada a divulgação, direcionada à criança, de brindes, prêmios, bonificações e apresentações especiais, condicionadas a aquisição de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, bem como os conjuntos aos quais eles pertençam.

Art. 10. Não é permitida a realização de qualquer tipo de propaganda, publicidade ou promoção, inclusive merchandising, direcionada às crianças, de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional em brinquedos, filmes, jogos eletrônicos, páginas de internet, veículo ou mídia.

Art. 11. É vedada a produção de material educativo direcionado às crianças que incluam ou façam qualquer tipo de alusão aos alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e bebidas com baixo teor nutricional.

TÍTULO III

REQUISITOS PARA DISTRIBUIÇÃO DE AMOSTRAS GRÁTIS, CUPONS DE DESCONTO, PATROCÍNIO E OUTRAS ATIVIDADES PROMOCIONAIS

Art. 12. É vedada a distribuição de amostras grátis, realização de degustação e a distribuição de cupons de desconto no caso de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional.

Art. 13. No caso de concessão de patrocínios por fornecedores ou distribuidores de alimentos a qualquer tipo de atividade educacional ou esportiva, não é permitida a realização de propaganda, publicidade e promoção durante a realização destes ou em qualquer outra atividade de divulgação que esteja relacionada a alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional.

Art. 14. Não é permitida a realização de programas de incentivo educacional ou esportivo que apresentem os alimentos com quantidades elevadas de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, como prêmio, bonificação, brinde, ou como qualquer outra forma de benefício.

Art. 15. É vedada a realização de programas que forneçam incentivos financeiros ou materiais condicionados à aquisição de alimentos às instituições de ensino de qualquer natureza ou outras entidades públicas ou privadas destinadas a fornecer cuidados às crianças.

Art. 16. Os distribuidores ou fornecedores de alimentos que realizem campanhas sociais divulgadas ao público por meio de material informativo deverão observar os seguintes requisitos:

- I - Não é permitida a menção de nomes de alimentos na divulgação da campanha social, que deverá ter como único objetivo informar ações de responsabilidade social da empresa;
- II – É vedado informar a respeito de campanha social na propaganda, na publicidade, na promoção de alimentos.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 17. Os dispositivos deste regulamento aplicam-se aos materiais educativos, sob quaisquer formas, que tratem de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e bebidas com baixo teor nutricional.

Art. 18. Os fornecedores de alimentos na publicidade de seus produtos deverão manter em seu poder à disposição da Autoridade Sanitária, a peça publicitária, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 19. A inobservância das normas estabelecidas nesta Resolução configura infração sanitária nos termos da Lei nº. 6.437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis.

Indústrias de alimentos assumem compromisso espontâneo sobre publicidade dirigida às crianças

O documento, assinado pelos presidentes das maiores empresas brasileiras do setor, será encaminhado ao Ministro da Saúde, que assinou em 2007 acordo de cooperação técnica com a ABIA e instituiu o Fórum da Alimentação Saudável, à Anvisa e autoridades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a governos estaduais e municipais. Iniciativa prevê limitações na publicidade de alimentos e bebidas para menores de 12 anos, incluindo propaganda nos meios de comunicação e promoções em escolas. Entrega oficial da carta-compromisso às autoridades será feita pela ABIA (Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação) e ABA (Associação Brasileira de Anunciantes).

São Paulo, Capital, 25 de agosto de 2009 - Vinte e quatro empresas e grupos líderes da área de alimentos e bebidas firmaram nesta terça-feira (25 de agosto), na sede da ABIA, perante os presidentes desta associação, Edmundo Klotz, e da ABA, Ricardo A. Bastos, compromisso público espontâneo sobre a publicidade de seus produtos dirigida às crianças. As medidas previstas vigorarão em sua totalidade até o final de 2009. Está prevista a não-veiculação de publicidade dirigida a crianças abaixo de 12 anos, em qualquer meio de comunicação de massa que tenha audiência constituída em sua maioria por esse público, assim como a não-realização de promoção de caráter comercial nas escolas a elas direcionadas.

A exceção, adotada individualmente pelas empresas participantes, será para produtos que atendam a critérios nutricionais específicos, que recomendem o estímulo responsável de seu consumo para os públicos de todas as idades. As políticas individuais específicas de cada companhia e os critérios nutricionais adotados serão divulgados por elas, até ao final de 2009, nos meios que cada qual julgar adequados para bem informar a sociedade, as autoridades e seus consumidores.

As empresas signatárias do compromisso são associadas à ABIA e/ou à ABA, entidades que se mobilizaram para viabilizar e promover a iniciativa. Além das companhias que já assinaram o documento, a iniciativa está aberta à ampla adesão do setor, a qual será estimulada pelas duas entidades de classe.

As empresas signatárias reiteram, ainda, sua total adesão às normas propugnadas pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e às determinações de seu órgão gestor, o Conar.

O Compromisso agora adotado está alinhado com iniciativas idênticas (“Pledges”) adotadas no âmbito da União Européia (11 empresas), Canadá (15), Estados Unidos (15) e Austrália (oito). Como se nota, o Brasil é o país com a maior participação, incluindo companhias de espectro e capital nacional e global. No plano internacional, tais compromissos foram coordenados pela Federação Mundial de Anunciantes (WFA), à qual a ABA é vinculada, e por diversas entidades nacionais de anunciantes e de empresas de alimentos e bebidas.

As empresas signatárias no Brasil também se comprometem a promover, no contexto de seu material publicitário e promocional, quando aplicável, práticas e hábitos saudáveis, como alimentação balanceada e/ou a realização de atividades físicas.

A iniciativa está alinhada às mais contemporâneas práticas de marketing e comunicação responsável e ao espírito de cooperação entre a iniciativa privada e as autoridades de saúde. Estas, na visão da ABA, ABIA e das empresas signatárias, são a melhor alternativa para se preservar a liberdade de empreender e de comunicação comercial com elevados níveis de responsabilidade social e de estímulo à alimentação saudável e à prática regular de esportes, que asseguram um estilo de vida adequado ao estágio presente da vida humana.

Íntegra do documento e relação das companhias signatárias

A íntegra do documento-compromisso das companhias, assinado por seus presidentes, é a seguinte:

São Paulo, 25 de agosto de 2009.

Exmos. Srs.

Edmundo Klotz

Presidente

Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação (ABIA)

Ricardo Alves Bastos

Presidente

Associação Brasileira de Anunciantes (ABA)

*Assunto: **Publicidade Responsável – Compromisso Público***

Senhores Presidentes,

As empresas abaixo assinadas (“Empresas Participantes”), representadas por seus respectivos dirigentes, vêm à sua presença para comunicar a adoção, no Brasil, de Compromisso Público relacionado à publicidade de alimentos e bebidas para crianças.

Inicialmente, as empresas resgatam que adotam como política o estrito cumprimento das normas propugnadas pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária a respeito da publicidade de alimentos e bebidas e sobre a comunicação publicitária dirigida às crianças e as determinações advindas de seu organismo gestor, o Conar - Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária.

Adicionalmente, com efeito no máximo até o dia 31 de dezembro de 2009, as Empresas Participantes ratificam perante as duas entidades e a sociedade Brasileira os seguintes Compromissos:

- 1. Não fazer, para crianças abaixo de 12 anos, publicidade de alimentos ou bebidas; com exceção de produtos cujo perfil nutricional atenda a critérios específicos baseados em evidências científicas.*
 - 1.1. Os critérios mencionados serão adotados específica e individualmente pelas empresas signatárias.*
 - 1.2. Para efeito desse compromisso, as limitações são para inserções publicitárias em televisão, rádio, mídia impressa ou internet que tenham 50% ou mais de audiência constituída por crianças de menos de 12 anos.*
- 2. Nas escolas, não realizar, para crianças com menos de 12 anos, qualquer tipo de promoção com caráter comercial relacionada a alimentos ou bebidas que não atendam aos critérios descritos anteriormente, exceto quando acordado ou solicitado pela administração da escola para propósitos educacionais ou esportivos.*

3. *Promover no contexto de seu material publicitário e promocional, quando aplicável, práticas e hábitos saudáveis, tais como a adoção de alimentação balanceada e/ou a realização de atividades físicas.*

Para atender aos compromissos acima, as Empresas Participantes divulgarão e publicarão, pelos meios que julgarem adequados, até 31 de dezembro de 2009, suas próprias políticas individuais sobre publicidade para crianças, inclusive com os critérios nutricionais adotados. Tais políticas serão, obrigatoriamente, no mínimo alinhadas aos compromissos ora assumidos.

Atenciosamente,

Michel Dimitrius Doukeris

VP de Refrigerantes

AmBev (Companhia de Bebidas das Américas)

José Antonio do Prado Fay

Diretor Presidente

Batavo (BRF - Brasil Foods S/A)

Ricardo Figueiredo Bomeny

CEO e Presidente

Bob's (Venbo Comércio de Alimentos Ltda.)

Carlos Ribas

Vice-Presidente de Marketing, América Latina e Caribe

Burger King (Burger King Corporation)

Oswaldo Nardinelli Filho

Diretor de Negócios Brasil

Cadbury (Cadbury Brasil Comércio de Alimentos Ltda.)

Xiemar Zarazua

Presidente

Coca-Cola Brasil (Recofarma Indústria Amazonas Ltda.)

Mariano Lozano

Presidente

Danone (Danone Ltda.)

José Antonio do Prado Fay

Diretor Presidente

Elegê (Avipal Nordeste S/A)

Pietro Cornero

Diretor Geral

Ferrero do Brasil (*Ferrero do Brasil Indústria Doceira e Alimentar Ltda.*)

Claudia Wagner

Administradora Jurídica

Fausto Costa

Diretor Geral

Garoto (*Chocolates Garoto S/A*)

Pablo Hector Pla

Diretor Presidente

General Mills Brasil (*General Mills Brasil Ltda.*)

Juan Pablo Malleret

Diretor Geral

Grupo Bimbo (*Bimbo do Brasil Ltda.*)

Luiz Cláudio Taya de Araújo

Diretor de Marketing

Grupo Schincariol (*Primo Schincariol Indústria de Cerveja e Refrigerantes S/A*)

Gabriel Asbun

Presidente Mercosul

Kellogg's (*Kellogg Brasil Ltda.*)

Mark A. Clouse

Diretor Presidente

Kraft Foods (*Kraft Foods Brasil S/A*)

Filipe A. Ferreira

Presidente América Latina

Mars Brasil (*Masterfoods Brasil Alimentos Ltda.*)

Marcelo Rabach

Presidente Arcos Dourados - Divisão Brasil

McDonald's (*Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda.*)

Ivan Zurita

Presidente

Nestlé Brasil (*Nestle Brasil Ltda.*)

Othniel Rodrigues Lopes

Presidente

Parmalat Brasil (*Parmalat S/A Indústria de Alimentos*)

Otto Sothen

Presidente

PepsiCo – Alimentos (*Pepsico do Brasil Ltda.*)

Paulo Campbell

Presidente

PepsiCo – Bebidas (*Pepsi-Cola Ind. da Amazônia Ltda.*)

José Antonio do Prado Fay

Diretor Presidente

Perdigão (*BRF - Brasil Foods S/A*)

Gilberto Tomazoni

Diretor Presidente

Sadia (*Sadia S/A*)

Kees Kruythoff Tielenius

Diretor Presidente

Unilever Brasil (*Unilever Brasil Ltda.*)

ABIA - Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação

www.abia.org.br

Assessoria de Imprensa: Ricardo Viveiros - Oficina de Comunicação

Jornalista Responsável: Rosângela Bezerra (MTb 27.677)

Assistente: Márcia Ferreira

Telefone: (11)3675-5444

www.viveiros.com.br