

CAMILA JULIANA FRANCISCO

**ANÁLISE JURÍDICA DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO CONSUMIDOR
INFANTO-JUVENTIL**

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Antônio Carlos Efig.

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA JULIANA FRANCISCO

**ANÁLISE JURÍDICA DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO CONSUMIDOR
INFANTO - JUVENIL****Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.**

Presidente: _____

Membro (1): _____

Membro (2) _____

Curitiba, de de 2007.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
INTRODUÇÃO.....	6
1. HISTÓRICO.....	8
1.1 HISTÓRICO.....	8
1.2 HISTÓRICO BRASILEIRO.....	9
2. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	12
2.1 IMPORTANTES INOVAÇÕES ADVINDAS COM O CDC.....	14
3. PUBLICIDADE.....	17
3.1 OFERTA.....	21
3.2 O CDC E A PUBLICIDADE.....	23
3.3 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO NO ÂMBITO PUBLICITÁRIO.....	24
3.4 PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE.....	25
3.5 PUBLICIDADE ENGANOSA.....	28
3.6 PUBLICIDADE ABUSIVA.....	31
3.7 RESPONSABILIDADE CIVIL NA PUBLICIDADE.....	31
3.8 MEIOS DE CONTROLE DA PUBLICIDADE.....	34
3.9 CONAR – CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.....	36
3.9.1 Histórico do Conar.....	36
3.9.2 Funcionamento do Conar.....	36
3.9.3 Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.....	37
4 PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	40
4.1 CONCEITO DE CRIANÇA E DE ADOLESCENTE.....	40
4.2 LEIS E ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO.....	40
5 PUBLICIDADE DIRIGIDA ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES.....	44

5.1 HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE EXACERBADA DO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL.....	44
5.2 ANÁLISE DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL.....	48
5.3 PUBLICIDADE SOB O ENFOQUE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	53
5.4 CONAR E A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE VEICULADA AO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL.....	54
5.5 CLASSIFICAÇÃO ETÁRIA NO TOCANTE AO PÚBLICO INFANTIL.....	55
5.6 CONSEQÜÊNCIAS ADVINDAS DA PUBLICIDADE.....	57
5.7 MEIOS DE PROPAGAÇÃO DA PUBLICIDADE.....	57
5.7.1 Televisão.....	57
5.7.2 Escola.....	59
5.7.3 Artistas.....	60
5.8 PUBLICIDADE DE ALIMENTOS.....	61
5.9 PUBLICIDADE ENVOLVENDO FUMO E BEBIDAS ALCOÓLICAS.....	62
5.10 CASOS CONCRETOS DE PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL.....	64
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS.....	72

RESUMO

A presente monografia inicia-se com o histórico do direito do consumidor e, por conseguinte, ver-se-á a evolução pátria da regulamentação das mensagens publicitárias. Serão abordadas as inovações advindas com o Código de Defesa do Consumidor, tais como a inversão do ônus da prova e a desconsideração da personalidade jurídica. A publicidade é o tipo de atividade desenvolvida para divulgar produtos e serviços com o intento de propagar o consumo. Os sujeitos da relação no âmbito publicitário são: o anunciante, o agente publicitário, o veículo que repassa a mensagem e o consumidor. Vigem diversos princípios acerca dos anúncios publicitários e, caso sejam violados, haverá a responsabilidade objetiva – independente de culpa. Como tipos de publicidades ilícitas pode-se citar a enganosa que é aquela que repassa uma mensagem falsa ou omite um dado importante e, a abusiva que é aquela anti-ética. A criança e o adolescente por estarem em formação merecem proteção especial, pois são imaturos, inexperientes e altamente influenciáveis. Com a análise da publicidade dirigida ao público infanto-juvenil constata-se que os anúncios exercem imensa influência sobre o comportamento e até mesmo sobre a personalidade desse público e, portanto, há que se coibir qualquer tipo de publicidade ilícita, nomeadamente pelos efeitos perversos que pode ocasionar nas crianças e nos adolescentes.

Palavras-chave: código de defesa do consumidor; publicidade; enganosa; abusiva; responsabilidade; criança e adolescente; vulnerabilidade; proteção.

INTRODUÇÃO

A escolha do tema publicidade dirigida ao consumidor infanto-juvenil tenciona a verificação de como esse tipo de informação está sendo vinculada às crianças e aos adolescentes.

Pois bem, a publicidade é umas das matérias reguladas pelo direito do consumidor e aqui cabe, mesmo que brevemente, tecer algumas considerações acerca desse ramo do direito.

As relações de consumo são aquelas estabelecidas entre o fornecedor e o destinatário final – consumidor -, ou seja, aquele que adquire um determinado produto ou serviço para o consumo. Contudo, o consumidor está em uma posição desfavorável perante o fornecedor que é quem detém maior conhecimento técnico, científico e, em regra, maiores condições econômicas.

Nesta senda, o legislador notou a imprescindibilidade de se ter um regramento específico para esse tipo de relação com o intento de proteger o consumidor e de propiciar uma igualdade substancial entre as partes dessa relação e, assim, promulgou o Código de Defesa do Consumidor.

O presente trabalho irá tratar do fenômeno da publicidade, pois a sociedade influenciada pelos ventos soprados pelo capitalismo – cujo objetivo maior é o lucro – lança mão das mensagens publicitárias para repassar informações de produtos ou serviços com o fito de promover o consumo.

Ora, é assente que vivemos em uma sociedade democrática, em que vigem os princípios constitucionais da liberdade de informação e da vedação da censura, não se podendo, assim, obstar a veiculação das mensagens publicitárias.

O problema está na veiculação de mensagens com conteúdo ilícito, pois alguns fornecedores no afã de conquistar ascensão no mercado competitivo acabam veiculando publicidades cujo conteúdo é lesivo ao consumidor. Neste sentido, têm-se as publicidades enganosa e abusiva que divulgam conteúdos negativos para o público.

Neste passo, entra o papel do Judiciário para coibir e prevenir a veiculação de publicidade lesiva ao consumidor, sobretudo àqueles pertencentes a grupos mais sensíveis como o das crianças e dos adolescentes, a fim de se realizar uma filtragem e um controle do conteúdo das informações.

O tema central do presente trabalho é realizar uma análise jurídica das mensagens publicitárias dirigidas especificamente ao público infanto-juvenil, bem como os limites impostos ao fenômeno da publicização veiculada a esse tipo de consumidor, porque é assente a vulnerabilidade inata a esses seres humanos e, desse fato decorre a necessidade de uma maior proteção.

Ressalte-se a relevância da pesquisa, uma vez que hodiernamente os consumidores de modo geral são altamente influenciáveis pelas informações recebidas nas publicidades, o que se dirá então das crianças e dos adolescentes que estão em processo de formação e por sua inexperiência nata são mais vulneráveis.

1 HISTÓRICO

No presente capítulo far-se-á um breve histórico acerca do direito do consumidor, ramo que possui normas e princípios próprios e tem como finalidade regular as relações de consumo e dar efetiva proteção à defesa dos direitos dos consumidores.

1.1 HISTÓRICO

Conforme a menção de José Geraldo Brito Filomeno há quem veja, no Código de Hammurabi “uma preocupação, ainda que latente, com a proteção daqueles que procuravam os serviços de terceiros, profissionais e experimentavam graves danos”¹.

O Código de Manu previa punição àqueles que alterassem gêneros alimentícios ou entregassem algo em desconformidade com o combinado.

Seguindo as menções do mesmo autor, não era diferente, também, na Grécia - Constituição de Atenas - e no Império Romano, em que se controlava as práticas de abastecimento dos produtos e havia o “congelamento” de preços.

Na Europa da Idade Média, mais especificamente na França e na Espanha, havia penas rigorosas para os adulteradores de substâncias alimentícias.

Ao fazer um apanhado histórico, José Geraldo Brito Filomeno se refere ao movimento consumerista, tendo seu início em Chicago e

nasceu em conjunto com a luta dos trabalhadores nos referidos estabelecimentos frigoríficos, por melhores salários e, sobretudo, melhores condições de trabalho, sendo comum o trabalho em condições absolutamente insalubres, por longas horas e, além do mais, sem o adequado pagamento de horas extras trabalhadas. Conquistados esses objetivos, entretanto, destacou-se do chamado “Labor-s Union” (ou seja, Sindicato dos Trabalhadores) a chamada “Consumer’s League” (Liga dos Consumidores), em 1891, tendo evoluído, posteriormente, para o que hoje é a poderosa “Consumer’s Union” (Associação dos Consumidores dos Estados Unidos). Referida entidade, dentre outras atividades, como de conscientização dos consumidores, patrocínio de ações judiciais individuais e coletivas etc., chega a adquirir quase todos os produtos que são lançados no mercado norte-americano para análise e, em seguida, por intermédio de sua revista Consumer’s Report, aponta vantagens e desvantagens relativas ao produto analisado².

¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Curso fundamental de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2007, p.4.

² Ibid, p. 7.

1.2 HISTÓRICO BRASILEIRO

Antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, o ordenamento jurídico brasileiro já estava preocupado em regradar as relações consumeristas, exemplo disso veio com a promulgação de nossa atual Constituição Federal que inseriu em seus dispositivos a proteção do consumidor (artigos 5º, XXXII, e 170, V, entre outros dispositivos).

Realmente muito antes de entrar em vigência o CDC já se notava uma proteção àquele que adquiria um produto ou um serviço. Nessa toada, preleciona Antonio Carlos Efig³ ao assinalar já ter no Brasil-Império uma proteção ao consumidor. Segue o autor, que em matéria constitucional veio em 1934 as primeiras normas de proteção à economia popular. Tem-se a Lei Delegada de 26/09/1962 também como um marco importante da salvaguarda das relações de consumo, uma vez que permitia ao Poder Público a intervenção no setor econômico a fim de garantir à população o acesso aos bens de consumo.

Por conseguinte, menciona o mesmo doutrinador que a Lei de Ação Civil Pública (7.347/85) também foi um marco, pois legitimou, entre outras entidades, o Ministério Público à propositura de ação de responsabilidade por danos causados ao consumidor.

Utilizando as lições exaradas por Isabella Vieira Machado Henriques⁴ é possível fazer uma menção, ainda que breve, da evolução história no tocante ao ordenamento responsável pelo regimento jurídico das emissoras de rádio e televisão, bem como da veiculação das mensagens publicitárias por esses meios.

Pois bem, a referida doutrinadora menciona o Decreto 20.047/31 como a primeira norma a tratar da radiofusão, posteriormente regulamentado pelo Decreto 21.111/32 que

³ EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do direito das relações de consumo. 2ª ed. (ano 2004), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007, p. 22-23.

⁴ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 25-29.

autorizava a veiculação de publicidade limitada a 10% (dez por cento) do tempo total de cada programa, tempo aumentado para 20% (vinte por cento) pelo Decreto 24.655/34.

Continuando a evolução histórica, tem-se a Constituição Federal de 1934 que garantia a liberdade de manifestação de pensamento “sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas”⁵, a seu turno, a Constituição Federal de 1937 dizia que a imprensa seria regida por lei especial e não era permitido aos meios de comunicação se recusarem a inserir comunicações do Governo.

O Decreto 1.915/39 teve a função de fiscalizar o conteúdo das programações, inclusive de cinema e teatro. Já em 1942 foi criado o IBOPE – Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística e, a Constituição de 1946 voltou a reger a manifestação do pensamento da mesma forma que a Carta Magna de 1934.

O Código Brasileiro de Telecomunicação criado pela Lei 4.117/62, complementado pelo Decreto Lei 236/67 e alterado pela Lei 10.610/02 estabelece em seu artigo 124 o limite máximo de tempo de 25% (vinte e cinco por cento) destinado à publicidade do total da programação.

A Lei Federal nº 4.680/65 dispôs sobre o exercício da profissão de publicitário, tendo sido regulada pelo Decreto Federal nº 57.690/66. Segue o artigo 1º da referida Lei e o artigo 17 do Decreto, respectivamente:

Art. 1º São publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente, exerçam funções de natureza técnica de especialização, nas Agências de Propaganda, nos veículos de divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda;

Art. 17. A Agência de Propaganda, o Veículo de Divulgação e o Publicitário em geral, sem prejuízo de outros deveres e proibições previstos neste Regulamento, ficam sujeitos, no que couber, aos seguintes preceitos, genericamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais de Propaganda a que se refere o art. 17, da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965.

Impende, também, mencionar o Decreto 95.744/88 que permitiu à Televisão por Assinatura a inserção publicitária em sua programação.

⁵ Artigo 113, item 9 da Constituição Federal de 1934.

A atual Constituição fez muito bem ao estabelecer no artigo 5º, XXXII, como um dos direitos e garantias fundamentais o dever do Estado promover a defesa do consumidor, perfazendo-se inclusive como cláusula pétrea.

Já o artigo 150, § 5º, da Lei Maior estabelece a adoção de medidas para que os consumidores tomem conhecimento dos impostos que incidem sobre produtos e serviços. Não é diferente no capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica, pois o artigo 170, V, traz como um desses princípios a defesa do consumidor.

A Carta Magna em seu artigo 220, § 3º, II, disciplina o estabelecimento de meios legais para a proteção de propaganda nociva à saúde e ao meio ambiente. O § 4º do mesmo artigo estabelece que a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estão sujeitas à restrições legais e poderão conter quando necessário advertência dos seus males.

Ainda que diante de todo esse ordenamento jurídico, é irrefragável que com a edição do Código de Defesa do Consumidor houve uma grande revolução nas relações de consumo que passaram a ser tuteladas de forma mais esclarecida e consolidada.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ora, é inegável que o Código de Defesa do Consumidor inovou o tratamento dado à relação de consumo, uma vez que prima pela proteção da parte mais fraca da relação, o consumidor. Em seu artigo 1º extirpa-se que as normas por ele estabelecidas são de ordem pública e cogente.

Com efeito, há que se destacar que esse diploma legal

de inegável vanguarda e técnica legislativa comparável às legislações mais avançadas do cenário mundial, seja a própria expressão concreta da evolução dos direitos angariados pelos consumidores até o momento. Justamente na sociedade atual, marcada pelas constantes e radicais mudanças cotidianas e pela incontestável submissão cada vez maior ao pujante sistema consumerista, o CDC pode ser positivamente considerado a resposta protetiva e reparatória inversamente proporcional aos prejuízos e frustrações que assolam os cidadãos participantes do mercado de consumo – vale dizer, potencialmente todos os cidadãos.⁶

Pode se dizer que o CDC é um conjunto de diretrizes a serem cumpridas a fim de proteger o consumidor. Essa afirmação se dá com fundamento no seu artigo 4º:

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:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

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;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

⁶ EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do direito das relações de consumo. 2ª ed. (ano 2004), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007, p. 31.

- VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;
- VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

A razão primordial de se codificar normas a respeito das relações de consumo, está no fato de que o consumidor é vulnerável. Isso se dá porque é o fornecedor quem detém todas as informações sobre o produto ou serviço que oferece e, de outro lado o consumidor se perfaz como a parte da relação que tem menos conhecimento técnico, independentemente da classe social e do grau de escolaridade adquiridos pelo consumidor.

Ademais, havendo algum conflito na relação, o consumidor fica de mãos atadas e quase nada pode fazer. Além disso, é obrigado a se submeter às regras de mercado, mormente ao contrato entabulado, que na maioria das vezes é o típico contrato de adesão, ou seja, o consumidor não participa da elaboração das cláusulas contratuais, mas tão somente as aceita integralmente.

Importante dissertar, ainda que brevemente, sobre as seguintes correntes doutrinárias: os finalistas e os maximalistas que dizem respeito ao campo de aplicação das normas consumeristas, como bem elucida Cláudia Lima Marques⁷.

Os primeiros (finalistas) têm o conceito de consumidor como a base de proteção das relações de consumo, pois em virtude do consumidor ser a parte mais vulnerável da relação, imperioso que se delimite quem se enquadra no perfil de consumidor para que receba a proteção especial. Neste passo, os finalistas alvitram a interpretação restrita do termo “destinatário final” do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor e, assim, abreviam a figura do consumidor.

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 252/263.

Em outro vértice, os maximalistas vêem o CDC como um conjunto de normas aplicáveis a todos os agentes de mercado, interpretando-se de maneira extensiva o conceito de consumidor do artigo 2º.

Vê-se que Cláudia Lima Marques filia-se a corrente finalista e, por outro lado, Antônio Carlos Eving é adepto à corrente maximalista.

Assim, procurou-se neste tópico esclarecer o motivo de se ter uma regulação específica acerca das relações de consumo.

2.1 IMPORTANTES INOVAÇÕES ADVINDAS COM O CDC

Vê-se no artigo 4º a menção à importância da boa-fé e do equilíbrio contratual. Por conseguinte, tem-se no artigo 6º o cabimento da inversão do ônus da prova, medida de extrema importância na facilitação da defesa dos interesses do consumidor que, em regra, é hipossuficiente.

Não se pode olvidar que o artigo 94, § 5º, permite ao juiz tomar medidas cautelares, a fim de assegurar a prestação jurisdicional.

O CDC, também, trouxe a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, instituto que até o advento da norma consumerista ainda não era regulado:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Continuando, o Código de Defesa do Consumidor instituiu em seu artigo 4º o que se pode chamar de Política Nacional das Relações de Consumo:

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 (...)

Ressalte-se que, como preleciona Antônio Carlos Efig⁸, essa política vem a ser um instrumento hábil à proteção dos interesses dos consumidores, pois o artigo 4º é basilar para todo ato emanado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ora, é ineficiente um ordenamento jurídico que dê primazia apenas ao progresso econômico, visando apenas a lucratividade, preterindo os valores sociais e morais dos cidadãos, como a dignidade da pessoa humana.

O artigo 5º do CDC dá o aparato jurídico para viabilizar a Política Nacional das Relações de Consumo, como a assistência jurídica gratuita aos consumidores carentes.

Há que se ressaltar, também, sobre a inovação de que o CDC trouxe acerca dos meios para efetivar a defesa dos direitos dos consumidores.

O artigo 55 e seus parágrafos do CDC disciplinam:

Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

§ 2º (Vetado).

§ 3º Os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais com atribuições para fiscalizar e controlar o mercado de consumo manterão comissões permanentes para elaboração, revisão e atualização das normas referidas no § 1º, sendo obrigatória a participação dos consumidores e fornecedores.

§ 4º Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.

⁸ EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do direito das relações de consumo. 2ª ed. (ano 2004), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007, p. 91

Antônio Carlos Efiging menciona que a fiscalização referida no § 1º será realizada

pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, pelos órgãos federais integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, pelos órgãos conveniados com a Secretaria e pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor criados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, em suas respectivas áreas de atuação e competência⁹.

Se o consumidor está insatisfeito deve apresentar reclamação a qualquer órgão de proteção ao consumidor. Uma vez instaurado o processo administrativo, o fornecedor será chamado para apresentar defesa e se for procedente a reclamação, aplicar-se-á sanções de natureza administrativa. A sanção administrativa não exclui a responsabilidade no âmbito civil e penal conforme se depreende do artigo 56, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor:

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

Antônio Carlos Efiging menciona sobre os órgãos administrativos que atuam na tutela do consumidor

O Decreto 9.469/85 criou o primeiro órgão dedicado à defesa dos direitos e interesses do consumidor, atuando em âmbito federal: o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor – CNDC (...) Este Decreto 9.469/85 foi posteriormente modificado pelo Decreto 94.508/87, que vinculou o CNDC à Secretaria Nacional do Direito Econômico e denominou-o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor (DNDC) (...) Dentre os principais órgãos de defesa do consumidor atuantes na esfera federal, podemos citar, além do DNDC, o Conselho de Administração de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, a Associação Brasileira de Normas Técnicas, o Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (Inmetro), o Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro), a Secretaria Nacional de Defesa Agropecuária (SNAD), a Superintendência Nacional do Abastecimento (Sunab) etc.

Nos Estados, a atuação administrativa se dá através dos Procons (...).

Ainda podemos citar as associações de consumidores, constituídas segundo os moldes estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, e o Ministério Público (...)¹⁰.

⁹ EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do direito das relações de consumo. 2ª ed. (ano 2004), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007, p. 119.

¹⁰ Ibid, p. 123-124.

3 PUBLICIDADE

No presente capítulo buscar-se-á analisar a publicidade de forma geral, bem como a oferta, além da regulação das informações publicitárias no CDC.

Por conseguinte, serão tratados os princípios que a regem, além das modalidades de publicidades ilícitas e a responsabilização daqueles que as veiculam.

Fazendo-se um sucinto apanhado histórico acerca da publicidade, é importante mencionar que o seu desenvolvimento deu-se como conseqüência da Revolução Industrial, em decorrência da necessidade de se vender todos os produtos para um público em massa. Assim, veio a publicidade, forma de se propagar o consumo de produtos e serviços, notadamente pelo fato da sociedade ter se tornado ávida por consumir.

Muito do crescimento do consumo se deu pela veiculação da publicidade, cuja influência se dá de forma extrema sem que, muitas vezes, o consumidor se dê conta de que está adquirindo um produto ou um serviço influenciado pelo mercado publicitário, sem na verdade precisar adquirir o produto ou o serviço.

É notório o fato de que a publicidade é capaz de alterar hábitos inerentes na sociedade, sendo responsável por influenciar, inclusive, revoluções, como o movimento *hippie*. Assim, é plenamente justificado o alto investimento realizado pelos fornecedores no mercado publicitário.

Aos poucos, a publicidade passou a ser a principal fonte de renda das emissoras de rádio e de televisão.

A Constituição Federal resguarda à família a proteção contra a publicidade nociva à saúde e ao meio ambiente, garante o respeito aos valores éticos, vejamos:

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

§ 3º - Compete à lei federal:

II - 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.

§ 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.

Assim, o anúncio publicitário não pode faltar com a verdade, pois o respeito aos valores morais e éticos estão incluídos no patamar constitucional.

Regulando-se a mensagem publicitária e impondo regras para a sua veiculação, procura-se coibir anúncios que possam iludir o seu destinatário com sons, imagens ou frases confusas.

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária conceitua no artigo 8º publicidade comercial como “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens ou serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”.

Como bem ressalta Paulo Jorge Scartezini Guimarães, os elementos que compreendem o conceito da publicidade são: “o patrocínio, a divulgação de produtos e serviços, a informação, persuasão e a atividade dirigida ao público¹¹”.

Seguindo os ensinamentos de Adalberto Pasqualotto¹² sob o ponto de vista do direito consumerista integram o conceito de publicidade toda informação (art. 30) veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação (arts. 30 e 36) por fornecedor (art. 3º) sobre quaisquer produtos ou serviços (art. 3º, §§ 1º e 2º).

Continua, o referido doutrinador, sustentando que esses elementos são insuficientes, pois é necessário complementar com outras formas de mensagem publicitária, como a publicidade institucional que não veicula oferta, mas tem caráter

¹¹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 97.

¹² PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 24.

publicitário. O autor cita também, como outro exemplo, as campanhas de utilidade pública tanto as promovidas pelo poder público como pelo setor privado.

Em vista disso, Pasqualotto conceitua publicidade como

toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa¹³.

Para Isabella Vieira Machado Henriques é

uma forma de oferta e, portanto, de prática comercial, que se vale dos meios de comunicação social de massa para difundir os benefícios e vantagens de determinado produto ou serviço, cujo consumo se pretende incentivar, perante o respectivo público consumidor potencial ou efetivo¹⁴.

Não se poderia deixar de transcrever o conceito de publicidade para Cláudia Lima

Marques:

toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado¹⁵.

A publicidade é, assim, toda atividade destinada a estimular o consumo, bem como promover idéias.

Conforme as lições de Antônio Carlos Efing, a publicidade é sinônimo da mensagem publicitária, a qual “corresponde ao conjunto de comunicações controladas, identificáveis e persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão com o objetivo de criar demanda de produtos e contribuir para boa imagem da empresa¹⁶”.

¹³ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

¹⁴ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 36.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 673.

¹⁶ EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do direito das relações de consumo. 2ª ed. (ano 2004), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007, p. 184.

Portanto, a publicidade disciplinada pelo CDC é aquela cujo fito é o consumo, estando excluídas as de cunho eleitoral ou governamental que não tenham a finalidade de promover atos de consumo.

Ainda sobre publicidade:

A publicidade foi criada primeiramente para informar e alertar o consumidor sobre a qualidade de produtos e serviços por ele adquiridos. Porém, o consumo em massa e a grande competitividade do mercado tornaram a publicidade um meio para ludibriar o consumidor e persuadi-lo a obter bens dos quais não necessita ou cujas virtudes são meramente ilusórias.¹⁷

Cumprir distinguir a publicidade da propaganda, uma vez que a primeira divulga mercadorias e serviços, já a segunda propaga idéias de caráter ético, moral, político, religioso, social ou econômico, sem a intenção comercial.

Ainda sobre o conceito do que é a publicidade, não se pode olvidar que o principal intuito desse tipo de mensagem é: persuadir o consumidor a adquirir o produto ou o serviço apresentado. Ela pode ser institucional, quando anuncia a empresa em si; ou promocional, quando o anúncio se refere ao produto; podendo, também, ser mista.

Ora, o problema que advém da mensagem publicitária é o efeito perverso que ela pode produzir, pois pode ser extremamente insidiosa, incentivar o puro consumo, como uma forma de arte do capitalismo. Assim, “em vista de seu indisfarçável intento persuasivo, a publicidade busca entorpecer ou mesmo suprimir a vontade real”¹⁸.

Acerca da natureza jurídica da publicidade, quando a publicidade veicular oferta, pode se considerar como declaração unilateral de vontade, isto é, cria obrigação. Pasqualotto destaca que é preciso encaixar a publicidade em uma categoria compatível

¹⁷ EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do direito das relações de consumo. 2ª ed. (ano 2004), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007, p. 187-188.

¹⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 35.

com a sua natureza, qual seja “a do contrato social – ou conduta social típica”¹⁹, pois aí é possível considerá-la como fonte de todos os deveres e obrigações, independentemente de seu conteúdo.

Convém, aqui também, deixar claro que a publicidade é difundida, em geral, pela chamada comunicação em massa – televisão, rádio, revista – pois é apenas repassada a mensagem sem ter imediatamente qualquer resposta do consumidor.

Dentre os tipos de publicidade ilícita, merece destaque: a enganosa e a abusiva (as quais serão vistas adiante) e os seus efeitos se projetam sobre as esferas penal, administrativa e civil.

3.1 OFERTA

Sobre a oferta, o CDC trata do artigo 30 a 35, sendo que o artigo 30 enuncia:

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

A oferta é utilizada como sinônimo de *marketing*, sendo todos os instrumentos utilizados para aproximar o consumidor do produto ou do serviço oferecido no mercado.

De acordo com José Geraldo Brito Filomeno, a oferta é gênero e a publicidade é espécie, o referido autor as diferencia da seguinte forma:

- a) Com efeito, a oferta de produtos e serviços se refere a toda e qualquer manifestação do anunciante-fornecedor, com o objetivo de propor sua colocação no mercado (prospectos distribuídos de mão em mão, malas diretas, mensagens veiculadas por veículos com alto-falantes, exibição de produtos em vitrines de lojas, correspondência contendo propostas concretas etc.).
- b) Já publicidade vem a ser a mensagem estratégica e tecnicamente elaborada por profissionais especificamente treinados e preparados para tanto, e veiculada igualmente por meios de comunicação de massa mais sofisticados (como, por exemplo, outdoors, mensagens por televisão, revistas, jornais, Internet, etc.)²⁰.

¹⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 63.

²⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. Curso fundamental de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2007, p. 153.

Pode-se dizer que a norma protetiva do consumidor garante que o futuro contrato entabulado entre o consumidor e o fornecedor deve observar o que fora proposto na mensagem publicitária ou na oferta (informação + publicidade).

Determina o artigo 31 do CDC:

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

A inteligência do referido artigo se encontra em garantir ao consumidor o acesso a uma infinidade de informações a respeito do produto ou serviço ofertado.

No artigo 33 do CDC há o dever de constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados nos casos de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal. Denota-se mais um aparato de proteção para o consumidor ser ressarcido de eventuais danos sofridos.

O credor da obrigação é o consumidor, que tem o direito de exigir o cumprimento da oferta, já o devedor é o anunciante. No que se refere ao prazo para viger a oferta, não há um prazo exato, o que se vê no parágrafo único do artigo 32 do CDC é a imposição de um *período razoável de tempo*.

Pasqualotto²¹ critica essa redação legal por entender que ela é imprópria. Diz que na forma da lei há a percepção de que deve haver um prazo certo e, na falta dessa fixação é que haveria a aplicação desse período razoável.

Conforme disposição da norma consumerista, caso fornecedor se recuse a cumprir a oferta, o consumidor pode:

²¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 103.

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

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

3.2 O CDC E A PUBLICIDADE

O CDC regulamentou a publicidade, mais especificamente nos seus artigos 30 a 38. Antes do seu advento, as informações publicitárias eram fiscalizadas pelo CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, que, inclusive, ainda controla a publicidade baseado em seu Código Brasileiro de Auto-Regulamentação.

Mais recentemente tem-se a Lei 8.977/95 que disciplina a possibilidade da tevê a cabo divulgar publicidade, vale ainda, mencionar a Lei Geral de Telecomunicação (9.472/97) que com seu advento, os serviços da televisão paga passaram a ser controlados pela ANATEL.

O consumidor por ser vulnerável merece proteção jurídica acerca da publicidade veiculada com conteúdo enganoso ou abusivo. O que se dirá então dos consumidores que são mais vulneráveis por natureza, como as crianças que são mais frágeis, sensíveis e influenciáveis e que, portanto, merecem uma proteção ainda mais especial.

Neste norte, há que se proibir a veiculação de publicidades cujo conteúdo abuse da deficiência de tirocínio natural de toda a criança para influenciá-la a adquirir um determinado produto ou serviço.

Neste passo deve atuar o Direito para controlar tais desvios publicitários e para que os interesses mercadológicos dos fornecedores não se sobreponham a interesses de valores superiores, como a proteção aos direitos do consumidor infantil.

O CDC trata, especificamente, da publicidade em seus artigos 36 e 38:

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

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

§ 4º (Vetado).

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

O artigo 36 veda todo tipo de publicidade clandestina, pois garante o direito do consumidor de identificar de maneira fácil e rápida a mensagem, uma vez que o produto ou serviço ofertado deve ser reconhecido imediatamente.

O artigo 38 determinou que ônus da prova incumbe a quem patrocina informação ou comunicação publicitária, até porque conforme o artigo 36 o fornecedor é quem deterá os dados que amparam a mensagem.

3.3 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO NO ÂMBITO PUBLICITÁRIO

Como o presente trabalho tem o fim de analisar exclusivamente a publicidade e mais especificamente a mensagem dirigida ao público infanto-juvenil, analisar-se-á os sujeitos da relação de consumo formados na veiculação publicitária.

Ora, ao veicular uma mensagem de cunho publicitário ter-se-á como consumidor toda pessoa que tenha tido acesso à publicidade, como, por exemplo, aquele que assistiu a uma campanha na televisão, não sendo necessário que tenha adquirido o produto ou o serviço. Basta, portanto, a exposição ao conteúdo exposto na publicidade.

O fornecedor conforme ensinamentos de Isabella Vieira Machado Henriques²² “pode abarcar toda e qualquer figura que propicie a oferta de produtos ou serviços”.

Os personagens das mensagens publicitárias são: a) o anunciante que é o próprio fornecedor; b) o agente publicitário que é quem produz a publicidade; c) o veículo que é o meio de comunicação que repassa a mensagem. Em outro vértice figura o consumidor,

²² HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 48.

que como já dito acima, não precisa necessariamente adquirir o produto ou o serviço, basta a sua exposição ao conteúdo veiculado na mensagem.

3.4 PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE

São inúmeros os princípios que regem as relações consumeristas, mas impõe-se, aqui, destacar os principais que se aplicam especificamente à publicidade.

Quanto à publicidade, Isabella Vieira Machado Henriques menciona os seguintes princípios que a regem e que serão a seguir, brevemente, relatados:

(i) da boa-fé e da equidade; (ii) da identificação da mensagem publicitária; (iii) da vinculação contratual da publicidade; (iv) da veracidade da mensagem publicitária; (v) da não-abusividade da publicidade; (vi) do ônus da prova a cargo do fornecedor; (vii) da correção do desvio publicitário; (viii) da não-aplicação do princípio da transparência à publicidade; (ix) da informação na publicidade²³.

O princípio da equidade se traduz em garantir a igualdade material, ou seja, como o consumidor se encontra em uma posição desfavorável frente ao fornecedor há que se criar mecanismos de proteção que possam garantir essa propalada igualdade.

Já a boa-fé é um instituto inerente e indispensável em todo o ordenamento jurídico, refletindo-se no direito básico do consumidor em obter informação clara e adequada, coibindo-se a veiculação de publicidade abusiva e enganosa, devendo ser facilmente identificada.

Isabella Vieira Machado Henriques, ao se referir sobre o princípio da identificação da mensagem publicitária, afirma que esse valor se encontra no artigo 36 do CDC e “visa proteger o consumidor assegurando-lhe o direito de saber clara e imediatamente que a mensagem transmitida tem caráter publicitário²⁴”.

²³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 55.

²⁴ Ibid, p. 59.

Com efeito, o artigo 36, *caput* e parágrafo único, ambos, do CDC estabelecem que a publicidade está submetida a dois princípios, quais sejam: o da veracidade e o da identificação, vejamos:

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

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Têm-se as seguintes publicidades que ferem esses princípios: a dissimulada que é aquela que transparece ser uma reportagem, por parecer uma notícia, transmitida como se fosse uma informação isenta, quando na verdade é uma mensagem publicitária.

E a clandestina que é o *merchandising* que é comum

na televisão, especialmente nas novelas, mas é expediente usado também no cinema. Trata-se da integração ao roteiro de uma situação de uso ou consumo normal de um produto com a exposição de sua marca ou fatores de identificação. As cenas são mais ou menos sutis. A mensagem publicitária é passada por inferência ao telespectador, que associa o produto ao status dos personagens ou a outras circunstâncias positivas da narrativa²⁵.

Esse tipo de publicidade fere o princípio da identificação.

Existe, ainda, a publicidade subliminar que atua no estado subconsciente ou inconsciente, na verdade é uma técnica de manipulação e pelo âmbito jurídico, tal mensagem é nula, pois atua no inconsciente, local em que inexistente vontade.

Assim, é sabido que a informação só será adequada se for transparente, verdadeira, precisa. É permitido uma certa margem de tolerância para os exageros que integram o meio publicitário, é a chamada licença publicitária (*puff*), à guisa de exemplo tem-se a publicidade cujo “*slogan*” do produto ou serviço é: o melhor do mundo.

O princípio da vinculação contratual da publicidade está presente no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor e tem como foco obrigar o fornecedor a cumprir com a

²⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

informação ou publicidade veiculada, ou seja, a mensagem publicitária deve integrar o contrato.

O princípio da não-abusividade da publicidade está inserto no artigo 37, § 2º, do CDC ao disciplinar sobre a proibição de toda e qualquer publicidade abusiva e, também, o artigo 6º, IV, do mesmo diploma legal dispõe sobre a proteção do consumidor a esse tipo de publicidade. Especialmente com relação às crianças, o anúncio deve respeitar a inexperiência e a vulnerabilidades natas a esse público, preocupar-se com a segurança da criança e repassar valores éticos, morais e lições de boas maneiras.

Por conseguinte, tem-se o princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor disciplinado no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor: “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Ora, nada mais justo, pois aquele que veicula o anúncio é quem detém todas as informações acerca do produto ou serviço.

Ademais, tem-se o princípio da correção do desvio publicitário que conforme cita Isabella Vieira Machado Henriques²⁶, trata-se da contrapropaganda, prevista nos artigos 56, XII e 60 do CDC.

O princípio da reparabilidade dos danos publicitários está previsto nos artigos 56 a 58 do CDC e compreende as sanções que são aplicadas ao fornecedor no momento em que infringe as normas consumeristas.

Pode-se, também, mencionar como um dos princípios balizadores da publicidade, a liberdade, agasalhado inclusive pela Constituição Federal que assegura a liberdade de expressão desde que utilizada da forma correta.

A doutrina²⁷ aponta a lealdade como um princípio, uma vez que se trata do respeito que o fornecedor deve ter com os seus concorrentes e com o consumidor.

²⁶ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 68.

Verifica-se que nem todas as informações difundidas respeitam os valores éticos e morais, podendo causar malefícios à população. Ora, a publicidade pode se configurar, muitas vezes, manipulativa e perversa. Nessa toada, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 37 dispõe sobre a proibição de toda publicidade enganosa e abusiva, assim como as conceitua.

Vê-se que o fenômeno publicitário precisa ser regido pelo ordenamento jurídico, a fim de proteger o consumidor que é a parte mais fraca da relação.

Neste passo, é importante que se lance mão de um aparato jurídico para proibir as publicidades enganosas e abusivas e, caso venham a ocorrer, seus malefícios devem ser corrigidos e os seus veiculadores punidos para obstar novas publicidades de cunho desleal.

3.5 PUBLICIDADE ENGANOSA

A publicidade enganosa é disciplinada no artigo 37 do CDC, §§ 1º e 3º:

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

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

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

Sobre a publicidade enganosa ensina Rizzato Nunes:

Diz a lei que é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, da qualidade, da quantidade, das propriedades, da origem, do preço e de quaisquer outros dados a respeito dos produtos e serviços oferecidos.

Logo, o efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponda à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou, ainda, a sua garantia etc.

²⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 114.

O consumidor enganado leva, como se diz, “gato por lebre”. Pensa que está numa situação, mas, de fato, está em outra²⁸.

A publicidade enganosa é aquela que distorce a idéia que o consumidor tem sobre o produto ou o serviço, adquirindo-o de forma equivocada, de vez que o fornecedor não repassa de maneira clara as informações ao consumidor.

A publicidade é enganosa quando o fornecedor afirma algo que não é verdadeiro, quando distorce a realidade dos fatos e para que seja enganoso basta sua veiculação, independentemente de atingir qualquer consumidor.

Vê-se que no § 1º do artigo 37 o legislador conceituou a publicidade enganosa, modalidade proibida, como sendo aquela que induz em erro o consumidor, ao passar falsamente um dado inexistente no produto ou no serviço. Impende ressaltar que não é necessário que o consumidor adquira o produto ou serviço, basta a possibilidade de equivocar o consumidor.

Rizzato Nunes preleciona os tipos de publicidade enganosa, como aquelas que possuem conteúdo ambíguo ou exagerado:

Se, ao ler o texto, assistir à imagem, ouvir a mensagem falada, restar possível mais de uma interpretação e uma delas levar à enganosidade, o anúncio já será enganoso (...)

A utilização de adjetivações exageradas pode causar enganosidade ou não. O chamado puffing é a técnica publicitária da utilização do exagero. A doutrina entende que o puffing não está proibido enquanto apresentado “como publicidade espalhafatosa, cujo caráter subjetivo ou jocoso não permite que seja objetivamente encarada como vinculante. É o anúncio em que se diz ‘o melhor produto do mercado’, por exemplo.

(...) se o puffing puder ser medido objetivamente, e, de fato, não corresponder à verdade, será, então, enganoso.

Assim, por exemplo, se o anúncio diz que aquela é “a pilha que mais dura”, tem de poder provar²⁹.

O artigo 37, § 3º, dispõe que a publicidade é enganosa por omissão quando deixa de informar sobre dado essencial. Seria um dado essencial aquilo que é indispensável,

²⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor: com exercícios. 2. ed. rev. modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 467.

²⁹ Ibid, p. 470/472.

importante, um dado que influenciará o consumidor na compra e que não faz parte do conhecimento regular daquele que adquirirá o produto ou serviço.

Portanto, a publicidade será enganosa quando veicula mensagem falsa, caso em que as informações prestadas não estão de acordo com a realidade. É enganosa, outrossim, quando induz em erro o consumidor, como destaca Adalberto Pasqualotto, “significa a potencialidade lesiva da mensagem publicitária³⁰” e não importa se há má-fé do anunciante.

Nelson Nery Júnior³¹ alerta que “não se exige prova da enganabilidade real; basta a potencialidade de engano para caracterizar-se a publicidade como enganosa”. Com efeito, basta que a publicidade tenha a potencialidade para enganar, sendo desnecessário a ocorrência de algum dano efetivo.

A publicidade enganosa possui duas espécies, uma quando é falsa – repassa uma informação não verdadeira -, outra quando omite uma informação importante e mesmo sendo verdadeira, acaba induzindo em erro o consumidor e se configura como prática ilícita.

Conforme as lições do doutrinador Paulo Jorge Scartezini Guimarães

Devemos ter atenção redobrada quando os anúncios forem dirigidos aos menores de 12 anos de idade. Esses anúncios em regra são repletos de fatos que não representam a realidade, como o tamanho dos brinquedos, seu real funcionamento e qualidades³².

Apesar de se ter certa divergência doutrinária no tocante a necessidade de se perquirir dolo ou culpa de quem veicula publicidade ilícita³³, me parece que o

³⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 121.

³¹ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, n. 3, p. 44-77, set/dez. 1992.

³² GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 130.

³³ A opinião de Fábio Ulhoa Coelho é no sentido de que para se caracterizar a publicidade enganosa imperioso o dolo intencionalmente voltado para induzir em erro o consumidor. COELHO, Fábio Ulhoa. Artigos 28 a 45, p. 139/180. In: OLIVEIRA, Juarez (coord). Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

entendimento mais acertado é o de Claudia Lima Marques³⁴ ao mencionar que não se perquire dolo ou culpa, mas basta que a informação publicitária seja falsa ou omita dados importantes para que seja caracterizada como publicidade enganosa.

3.6 PUBLICIDADE ABUSIVA

O artigo 37, § 2º, trata da publicidade abusiva, que é a mensagem anti-ética.

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

A publicidade abusiva é aquela que não traz necessariamente um prejuízo econômico ao consumidor, porém ofende valores da sociedade e, à guisa de exemplo, tem-se o respeito à criança como um desses valores a ser preservado.

A abusividade não tem relação direta com o produto ou serviço ofertado, mas sim com o mal ou constrangimento que poderá causar ao consumidor, não podendo ter em seu conteúdo qualquer espécie de discriminação ou induzir a atividades criminosas, além de não poder ofender padrões de decência e os valores éticos e morais da sociedade.

Especificamente quanto à publicidade abusiva dirigida ao público infantil e juvenil, veremos com mais afinco em capítulo específico.

3.7 RESPONSABILIDADE CIVIL NA PUBLICIDADE

Primeiramente, impõe-se esclarecer que a responsabilidade do fornecedor por veicular publicidade enganosa ou abusiva é objetiva, ou seja, independe de culpa e advém da teoria do risco do negócio.

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 678.

O parágrafo único do artigo 7º do CDC enuncia que:

Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Assim, percebe-se que a responsabilidade é solidária de todos aqueles que participaram na veiculação de um anúncio enganoso ou abusivo.

Ao ser veiculada uma publicidade ilícita é crível que haja a responsabilização por parte dos responsáveis por tal veiculação, uma vez que inevitavelmente haverá um dano transindividual, no mínimo de ordem moral, ao atingir um número indeterminado de pessoas, pois, por exemplo, ao ser veiculada uma mensagem ilícita na televisão aberta, será atingido um número não-definido de pessoas, não se saberá quantos, efetivamente, tiveram acesso à publicidade ilícita.

Há que se ressaltar que com a simples veiculação de uma publicidade ilícita, há responsabilização, pois não há necessidade de que algum dano efetivo ocorra, basta a sua veiculação e já está caracterizado um ato contrário à lei.

Como bem ressalta a doutrina, a simples divulgação da mensagem ilícita “já causará de forma abstrata um dano moral a todos aqueles expostos ao anúncio (presunção absoluta)³⁵”.

Não obstante as informações já apontadas, para complementação, giza-se falar que há, também, a possibilidade de ocorrer a indenização por dano material ou moral no âmbito individual, ou seja, o consumidor lesionado pode buscar o ressarcimento dos danos sofridos.

O requerido poderá se eximir de ser responsabilizado, desde que comprove a sua não participação na publicidade, ou ainda, a inexistência de publicidade enganosa ou abusiva.

³⁵ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 170.

Rizzatto Nunes³⁶ esclarece que a agência responde solidariamente com o anunciante e, assim, a pessoa lesada poderá acionar qualquer um deles. O autor explica que a agência não será responsabilizada, contudo, quando a mensagem em si não é enganosa e a enganabilidade surge posteriormente por ato exclusivo do fornecedor anunciante.

O controle da publicidade é realizado administrativamente pelo CONAR e pelos órgãos públicos conforme previsão nos artigos 55 a 60 do CDC e 9º do Decreto 2.181/97.

Não se pode olvidar que o Judiciário, uma vez acionado, tem o poder de determinar a supressão do anúncio, bem como de impedir a veiculação como meio de prevenção (artigo 6º, VI do CDC).

O artigo 56, XII do CDC prevê como sanção a contrapropaganda que tem a função de desfazer o resultado da comunicação anteriormente realizada, mas para que atinja o seu objetivo que é de ao menos aliviar os danos causados, a contrapropaganda deve ser veiculada na mesma dimensão que a publicidade enganosa ou abusiva.

O artigo 60 do CDC dispõe:

Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

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

Impende transcrever os artigos 66 a 68 que tratam das infrações penais concernentes à publicidade, gerando, obviamente, a responsabilização:

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

³⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor: com exercícios. 2. ed. rev. modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 481.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposo;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:

Parágrafo único. (Vetado).

É mister salientar que o artigo 66 abrange tanto a oferta como a publicidade propriamente dita, punindo aquele que faz afirmação falsa ou enganosa, bem como omite informação importante sobre o produto ou o serviço. A forma culposa prevista no § 2º refere-se aos deveres de colocar produtos e serviços no mercado, ou seja, deve verificar se as mensagens estão em conformidade com as especificações.

No artigo 67 é disciplinada a infração penal para quem promove publicidade abusiva ou enganosa, esse artigo só se refere à publicidade, enquanto que o artigo 66 trata tanto da publicidade como da oferta.

Ao ser veiculada uma publicidade ilícita, nasce a responsabilidade do anunciante, que é objetiva, pois independe de culpa, bastando a presença de uma ilegalidade na mensagem. Portanto, não se leva em consideração se o anunciante tinha ou não intenção de enganar ou até mesmo de veicular uma publicidade abusiva, mas sim o resultado propiciado com a publicidade.

3.8 MEIOS DE CONTROLE DA PUBLICIDADE

O controle da publicidade via judicial, pode se dar no âmbito cível, em que o consumidor propõe a ação cabível contra o fornecedor, a agência, ou o veículo utilizado para repassar a mensagem. É possível ajuizar a ação conjuntamente com outros consumidores lesados, assim como pode se valer da ação proposta pelo Ministério Público ou por alguma associação.

No tocante aos interesses de crianças e adolescentes

o Ministério Público, consoante disposto no art. 200 do Estatuto da Criança e do Adolescente, atuará nos termos da sua respectiva Lei Orgânica, observando a competência que lhe foi dada pelo art. 201 desse diploma legal, atentando, inclusive, para as publicidades de produtos nocivos à saúde e à segurança de crianças e adolescentes. Quando não for parte, o Ministério Público obrigatoriamente atuará na proteção e defesa dos direitos e interesses individuais, coletivos ou difusos da criança e do adolescente como *custos legis*, conforme previsto no art. 202 dessa lei³⁷.

No âmbito criminal é possível a responsabilidade penal pelos crimes tipificados nos artigos 63 a 74 do Código de Defesa do Consumidor, Isabella Vieira Machado Henriques³⁸ menciona, também, o Estatuto da Criança e do Adolescente que disciplina em seu artigo 241 a proibição de qualquer publicação envolvendo crianças ou adolescentes em imagens de pornografia ou de sexo explícito.

O referido Estatuto proíbe, também, a entrega de armas ou semelhantes, a venda de produtos que possam causar dependência, além de vedar a comercialização ou entrega de fogos de estampido ou de artifício às crianças e aos adolescentes, além de outras sanções.

Ademais, há o controle administrativo, cujas sanções administrativas se encontram no artigo 56 do CODECON:

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

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

³⁷ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 103

³⁸ Ibid, p. 108.

Parágrafo único. 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.

3.9 CONAR – CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

O CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária se trata de uma organização não governamental criada em 1980, cujo fito é fiscalizar o cumprimento do seu Código de Auto-Regulamentação Publicitária que disciplina a atividade publicitária.

3.9.1 Histórico do CONAR

O CONAR³⁹ que criou o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, originou-se no final da década de 70 em virtude do governo federal cogitar a criação de uma legislação de censura prévia à publicidade e, para evitar tal fato, os profissionais da área publicitária se reuniram e criaram o seu próprio Código.

Assim, surgiu o CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária -, uma ONG para fazer valer o Código em comento.

3.9.2 Funcionamento do CONAR

O CONAR Recebe denúncias acerca de mensagens publicitárias, sendo que o órgão soberano na fiscalização analisa e julga, caso haja procedência há a recomendação aos veículos de comunicação para que suspendam a exibição da mensagem ou que realize alguma retificação, podendo, também, advertir o anunciante ou a agência.

É composto pelo Conselho Superior, sendo que os integrantes são indicados pelas seguintes associações: Associação Brasileira de Agências de Publicidade (ABAP),

³⁹ <http://www.conar.org.br/>, acesso em 25 de agosto de 2007.

Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), Associação Nacional dos Editores de Revistas (ANER), Associação Nacional de Jornais (ANJ), Central de Outdoor.

O Conselho de Ética é formado por consumidores e profissionais da área publicitária, os quais formam Seis Câmaras que são responsáveis pelo julgamento das denúncias.

3.9.3 Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária

O Código de Auto-Regulamentação Publicitária foi elaborado pela classe publicitária e visa regular a veiculação de mensagens publicitárias, inserir regras básicas de ética para a atividade publicitária, impondo a todo anúncio o dever de respeitar os valores éticos e morais da sociedade.

Ele exerce funções como se fosse de natureza administrativa, congregando anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação, em que estabelece normas comportamentais e no caso de violação a tais regramentos, recomenda-se a retirada do anúncio abusivo ou enganoso.

As denúncias ofertadas ao CONAR são levadas ao Conselho de Ética que ao julgá-la procedente, faz recomendações ao anunciante para suspender a mensagem ou corrigi-la, podendo também advertir os veiculadores, mas não pode puni-los.

Embora o CONAR não tenha poderes efetivos de punição, a sua atuação tem sido bem sucedida, pois os veículos de comunicação, agências e anunciantes em geral seguem suas recomendações, como bem exemplifica Isabella Vieira Machado Henriques

A propósito, valem ser observadas algumas decisões do CONAR em representações diversas, tais como, por exemplo, no caso do anúncio do refrigerante Guaraná Taí, da Coca-Cola Indústria Ltda., realizado pela agência DPZ – Duailibi, Petit, Zaragoza Propaganda S.A. -, Representação 047/85, no qual era mostrada uma criança escondida dentro de uma geladeira. Nesse caso, o CONAR recomendou ao fabricante e à sua agência a retirada do comercial de veiculação *“por uma questão de prudência”*, haja vista que a atitude da criança poderia ser imitada por outras e, eventualmente, causar até mesmo a morte de

alguma que, porventura, ao se esconder em uma geladeira, não conseguisse dela sair.

Também foi objeto de decisão do CONAR, na Representação 200/91, o anúncio dos cadernos das Tartarugas Ninjas da Spiral do Brasil Ltda., elaborado pela agência DM-9 Publicidade Ltda., no qual um menino dizia: *“Chegou o caderno das Tartarugas Ninjas. Encha o saco até ganhar!”*. Nesse caso, o CONAR recomendou a sustação do anúncio pro descumprimento ao Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, principalmente porque a publicidade pedia que as crianças constrangessem seus pais ou responsáveis a adquirir o produto⁴⁰.

O artigo 33 do “Código de Auto-Regulamentação Publicitária” dispõe que são condenados os anúncios que

- a) manifestem descaso pela segurança, sobretudo quando neles figurarem jovens e crianças ou quando a estes for endereçada a mensagem;
- b) estimulem o uso perigoso do produto oferecido;
- c) deixem de mencionar cuidados especiais para a prevenção de acidentes, quando tais cuidados forem essenciais ao uso do produto;
- d) deixem de mencionar a responsabilidade de terceiros, quando tal menção for essencial;
- e) deixem de especificar cuidados especiais no tocante ao uso do produto por crianças, velhos e pessoas doentes, caso tais cuidados sejam essenciais.

Ao comentar sobre o CONAR, José Geraldo Brito Filomeno aduz:

E no que tange a bebidas alcoólicas, o Anexo B do “Código de Auto-Regulamentação Publicitária” estabelece diretrizes bem rígidas, como, por exemplo, “crianças não deve figurar nos anúncios, a não ser em situações que tornem natural e espontânea a sua presença, como é o caso das cenas de família e contanto que fique bem claro que não estão bebendo e, ainda, quando sua presença for necessária para enfatizar temperança e moderação”, ou ainda, “os anúncios não deverão ser endereçados a menores de idade, nem tampouco encorajá-los a beber”. E “qualquer pessoa que apareça bebendo, em um anúncio deverá ser e parecer maior de idade”⁴¹.

O artigo 45 imputa a responsabilidade ao Anunciante, Agência e ao Veículo no caso de inobservância das normas contidas no referido Código e, o artigo 50 traz as seguintes punições caso não sejam cumpridas as suas normas:

- a. advertência;
- b. recomendação de alteração ou correção do Anúncio;
- c. recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio;

⁴⁰ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 115.

⁴¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Curso fundamental de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2007, p.114-115.

d. divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

4 PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

4.1 CONCEITO DE CRIANÇA E DE ADOLESCENTE

De acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é a pessoa até doze anos incompletos e adolescente é aquela entre doze e dezoito anos. De outro lado, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança em seu artigo 1º dispõe que criança é “todo ser humano menor de 18 anos de idade”, podendo atingir a maioridade antes de acordo com a legislação aplicável à criança.

Existem vários autores que entendem que o limite etário de doze anos é errôneo, pois afirmam que ainda com 12 anos ou um pouco mais, o ser humano ainda é uma criança. Defendem, desta forma, que o limite de idade para definir o ser criança deveria ser ampliado. Dentre os defensores dessa idéia está Jason Albergaria e Paulo Lúcio Nogueira citados por Isabella Vieira Machado Henriques⁴².

4.2 LEIS E ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO

Primeiramente, a proteção da criança e do adolescente vem estampada na Carta Magna, conforme se extrai do *caput* do artigo 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.

Conforme Antonio Fernando do Amaral e Silva e Munir Cury⁴³, a inspiração do legislador em dar uma proteção especial às crianças já vem de longa data, pois tratada na Declaração de Genebra em 1924; depois na Declaração Universal dos Direitos

⁴² HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 131.

⁴³ SILVA, Antônio F. do Amaral e; CURY, Munir. Artigo 1º, p. 16. In: CURY, Munir (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Humanos das Nações Unidas em 1948; na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José das Costa Rica em 1969.

Há as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing de 1985; Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil – Diretrizes de Riad de 1990; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade de 1990; Convenção Internacional dos Direitos da Criança ratificada pelo Brasil em 1990.

Ainda, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigos 23 e 24) e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 10)⁴⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 3º dispõe sobre a proteção integral de todas as crianças e adolescentes, bem como o dever de propiciar-lhes o pleno desenvolvimento humano.

É assegurado (artigo 227 da Constituição Federal; artigo 4º do ECA) às crianças e aos adolescentes a efetivação de seus direitos com absoluta **prioridade**, à guisa de exemplificação pode se citar o direito à saúde, à educação, ao lazer, assim como protegê-los de qualquer discriminação.

A fiscalização acerca do cumprimento da referida prioridade incumbe primordialmente ao Ministério Público (artigo 129, II, da Constituição Federal).

Em consulta ao site da UNICEF⁴⁵, há um link específico sobre a legislação concernente às crianças e aos adolescentes e consta a Declaração dos Direitos da Criança aprovada em 1959 pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

A Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção Sobre os Direitos da Criança em 1989, sendo que em 1990 foi oficializada como documento internacional. Esse documento se consubstancia como um instrumento dos direitos humanos,

⁴⁴ http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php. Acesso em 26 de agosto de 2007.

⁴⁵ <http://www.unicef.org.br/>, Acesso em 26 de agosto de 2007.

especificamente das crianças e foi ratificado por 192 países, salvo os Estados Unidos e a Somália.

A referida Convenção dispõe em seu artigo 17 *caput*, e alínea “e”:

Os Estados Partes reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação e zelarão para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes:

...

e) promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em conta as disposições dos Artigos 13 e 18⁴⁶.

Instituiu-se um documento à parte para se referir às crianças e aos adolescentes ante o reconhecimento de que são seres humanos em desenvolvimento, imaturos e inexperientes por natureza e necessitam, assim, de uma proteção especial.

Impende citar, como complementação, a Lei nº 8242/91 que criou o Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), visando a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Existe, também, a Fundação Abrinq⁴⁷ que é uma organização não governamental, criada em 1990, tendo como missão promover a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Dentro do arcabouço jurídico referente à proteção dos direitos dos menores, Flávia Piovesan⁴⁸ destaca a Convenção dos Direitos da Criança e ressalta a proteção que a referida convenção proporciona às crianças, ao reconhecer a necessidade de protegê-las de forma especial.

⁴⁶ http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php. Acesso em 26 de agosto de 2007.

⁴⁷ <http://www.fundabrinq.org.br>. Acesso em 26 de agosto de 2007.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), prevê em seu artigo 19 acerca dos direitos da criança “às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

Há um Projeto de Lei, ainda em tramitação, elaborado pelo Deputado Federal Luiz Carlos Haully – nº 5.291/01⁴⁹ – que almeja adicionar um parágrafo ao artigo 37 do CDC para classificar como abusiva a publicidade que “promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança”, ou seja, pretende proibir a publicidade destinada a vender produtos infantis.

Já a relatora Deputada Maria do Carmo Lara propõe um Substituto ao Projeto de Lei que difere em dois pontos. Primeiro não visa alterar o CDC, mas sim criar uma lei específica. Segundo porque visa, dentre outras disposições, proibir a publicidade dirigida à criança no horário compreendido entre 07 (sete) horas e 21 (vinte e uma) horas, bem como veda o *merchandising* durante os programas dirigidos às crianças e aos adolescentes, proíbe sugerir que a criança se tornará superior ao adquirir produto ou serviço.

A última movimentação acerca do projeto é do dia 24/05/2007 em que o deputado Luiz Carlos Haully pede urgência na tramitação.

⁴⁹ http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=140258. Acesso em 1/10/07.

5 PUBLICIDADE DIRIGIDA ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES

5.1 HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE EXACERBADA DO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL

O principal intuito do legislador ao criar a norma consumerista foi o de proteger o consumidor, até porque esse não se encontra, na maioria das vezes, em igualdade frente ao fornecedor, necessitando de um aparato jurídico que reconheça a sua situação de vulnerabilidade.

Contudo, é assente em nossos tribunais pretorianos, assim como na doutrina, que para ser reconhecida a hipossuficiência do consumidor o magistrado fará um juízo de acordo com as regras ordinárias de experiência, para aferir se o consumidor está ou não em uma condição de hipossuficiência.

Então, no tocante à hipossuficiência é imperiosa a sua demonstração para o seu reconhecimento, já a vulnerabilidade está presente em todos os consumidores, conforme se depreende do texto inserto no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, *caput* e I:

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:
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Pois bem, as crianças e os adolescentes sempre serão considerados hipossuficientes em qualquer relação de consumo, isso se dá pelo fato de que são pessoas em formação e inexperientes.

Como o presente trabalho tem o enfoque na publicidade dirigida ao consumidor infanto-juvenil, é cogente mencionar que as mensagens veiculadas para esse público devem ser extremamente claras, com informações de fácil compreensão e que não desrespeitem e nem agridam os seus destinatários.

Neste sentido, está o artigo 39, IV, do CDC que prevê como prática abusiva “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. Em outras palavras, especificamente quanto ao critério de idade, o que o legislador quis dizer é que o fornecedor não pode se valer da hipossuficiência inerente a toda criança/adolescente para induzir ao consumo.

A criança quanto mais nova for, será mais ingênua e, portanto, mais vulnerável à mensagem publicitária. Isso se dá pelo fato de que as expressões, o uso de superlativos e de técnicas persuasivas utilizadas normalmente na publicidade, são absorvidos pelo público infantil pelo que literalmente expressam. Usemos o exemplo dado por Isabella Vieira Machado Henriques⁵⁰ que menciona a seguinte situação: se uma publicidade falar que ao usar um vestido vermelho com laços rosas a menina se transformará em uma princesa, a menina acreditará.

A criança é ingênua naturalmente e isso é inerente ao desenvolvimento humano, por passar por diversas fases de crescimento, sendo perfeitamente natural que na infância haja uma maior vulnerabilidade devido à mínima maturidade que se tem nessa fase. Pois bem, a criança não tem maldade e nem discernimento para compreender “meias-verdades”, para ela ou é sim ou é não.

A proteção da criança e do adolescente se torna imperiosa ante o reconhecimento da vulnerabilidade e inexperiência inerentes a esse tipo de ser humano que está em desenvolvimento e necessita de um aparato da família, da sociedade e do Estado.

Como salienta Martha de Toledo Machado:

(...) crianças e adolescentes são seres humanos que se encontram numa situação fática peculiar, qual seja, a de pessoas em fase de desenvolvimento físico, psíquico, emocional, em processo de desenvolvimento de suas potencialidade humana adulta; e que essa peculiar condição merece respeito e

⁵⁰ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 146.

para tal há de se compreender que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais em relação ao direito dos adultos (há necessidade de direitos essenciais especiais e de estruturação diversa desses direitos).⁵¹

Continua, ainda, a doutrinadora com a noção de que esses seres possuem direitos prioritários e merecem proteção privilegiada, inclusive salientando que essa idéia não é nova, citando Bobbio:

A declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, refere-se em seu preâmbulo à Declaração Unversal; mas, logo após essa referência, apresenta o problema dos direitos da criança como uma especificação da solução dada ao problema dos direitos do homem. Se se diz que 'a criança, por causa da suas imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção particular e de cuidados especiais', deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como *ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque que se dá a essa especificidade, através do novo documento, deriva de um processo de especificação do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*.⁵²

Pois é, as crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento, encontram-se em uma situação especial, pois são mais vulneráveis e merecem um regime de salvaguardas que lhe assegurem edificar suas potencialidades em sua plenitude.

É sabido que durante a infância e a juventude, não se formou por completo a personalidade, pois nessa faixa etária o ser humano está ainda em formação e, por essa razão, é portador de uma desigualdade inerente.

Ora, as crianças e os adolescentes são mais vulneráveis, uma vez que as suas potencialidades ainda não amadureceram.

Continuando, Martha de Toledo Machado⁵³ cita o cientista Jean Piaget ao demonstrar que as crianças, na faixa dos sete aos doze anos de idade, possuem uma forma peculiar de pensar e devido à imaturidade são levadas a equívocos, erros fáticos

⁵¹ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 50.

⁵² BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 35. *apud* MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, SP: Manole, 2003.

⁵³ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 300.

elementares. Assim, nessa faixa etária, as crianças vêm como verdade conclusões errôneas.

Para complementar, é interessante a título de orientação tecer mais algumas características inerentes à faixa etária em estudo, conforme as lições da psicóloga Dirce Maria Bengel de Paula⁵⁴, vejamos.

Do nascimento até os seis primeiros meses a criança reage de forma reflexa; já dos seis meses aos dois anos as reações passam a ser orientadas por metas e as relações afetivas influenciam fortemente o comportamento da criança.

Dos dois aos cinco anos a criança possui maior coordenação, ficando mais independente e amplia suas relações interpessoais; dos cinco aos sete anos a criança passa a entender regras lógicas básicas e passa a avaliar eventos, sendo capaz de se atentar aos atributos de um objeto.

Por conseguinte, dos sete aos doze anos o julgamento moral é mais intenso e a divisão entre os sexos, ou seja, a divisão de grupo de meninos e meninas é bem acirrada.

Daí deriva a conclusão de que os seres humanos até doze anos de idade não têm capacidade de compreender, pois erram sobre os processos causais do mundo fenomênico.

A adolescência é a fase em que se busca a solução para os problemas, bem como a preocupação com diversos assuntos, o que resulta, muitas vezes, em adolescentes introspectivos, além dos conflitos familiares aumentarem em vista da busca da independência. O adolescente busca a aceitação social, seguir padrões morais da sociedade e os meios de comunicação são, sem dúvida, um dos grandes responsáveis pela formação de padrões de comportamento.

⁵⁴ PAULA, Dirce Maria Bengel de. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado, artigo 71 (p. 246-250). Coordenador CURY Munir. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

É um período de transição, fase em que os valores são construídos, momento em que a personalidade está se cristalizando.

Portanto, é evidente que esse tipo de público – crianças e adolescentes - tem de receber uma especial proteção.

Nessa toada, impende reconhecer que a personalidade infanto-juvenil tem características peculiares e que os seres humanos nessa faixa etária são mais vulneráveis e influenciáveis pelo mundo externo. Merecem, assim, especial proteção.

5.2 ANÁLISE DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL

As mensagens dirigidas ao público infantil e juvenil deverão respeitar a ingenuidade e a inexperiência natas dos seres humanos que estão nessa faixa etária. Não se admite, também, que provoque no menor um sentimento de inferioridade no caso de não adquirir o produto ou o serviço ofertado; muito menos que incentive o menor a constranger seus familiares a adquirir o produto ou serviço; mais que isso os anúncios devem ter como preceito assegurar a segurança do seu público alvo e, outrossim, repassar boas maneiras.

Fica clara a condição especial em que se encontram as crianças e os adolescentes, pois devido a sua imaturidade não possuem condições de compreender as artimanhas engendradas pelo mercado de consumo e, muito menos meios para perceber e se proteger de uma publicidade abusiva, enganosa, subliminar ou de qualquer modalidade ilícita. Nesta toada, está irrefragável que esse tipo de consumidor merece ser cuidadosamente protegido.

O doutrinador Walter Ceneviva⁵⁵ entende que as condições de vida da criança e o caso concreto é que determinarão se a mensagem publicitária está tirando proveito da deficiência desse tipo de público.

Ao se referir sobre o tema em debate, Adalberto Pasqualotto⁵⁶ faz menção ao estudo realizado na França acerca da influência da publicidade sobre esse tipo de público.

É oportuno, citar alguns dos resultados dessa pesquisa. Foi visto que entre as crianças de baixa renda, há um alto índice (41%) entre os 11 (onze) e 12 (doze) anos que acreditam que os produtos mostrados na televisão são melhores dos que aqueles que não aparecem.

Quanto a pensar sobre a publicidade dizer sempre a verdade, num total de 615 (seiscentas e quinze) crianças, metade das que tinham 05 (cinco) anos responderam que sim, enquanto que aos 08 (oito) anos apenas 12% (doze por cento) disseram sim, não passando de 3% (três por cento) daquelas que tem 11 (onze) anos.

Ademais, a pesquisa também concluiu que entre as crianças que assistem habitualmente a televisão, 40% (quarenta por cento) pediram para os pais os brinquedos veiculados nas mensagens publicitárias, enquanto que esse índice cai para 16% (dezesseis por cento) entre aquelas que assistem raramente.

Fica irrefragável a influência que as crianças sofrem com as mensagens publicitárias e os efeitos daí advindos, tais como a sua natural vulnerabilidade, a influência para enternecer os seus pais, os conflitos familiares que podem ocorrer, os efeitos nocivos em virtude do consumo de certos produtos.

Adalberto Pasqualotto menciona algumas decisões do Conselho de Ética:

⁵⁵ CENEVIVA, Walter. Publicidade e direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.130.

⁵⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 131-132.

“Não é ético o anúncio que sugere à criança o constrangimento de seus pais ou responsáveis para a obtenção do produto apregoado, mesmo que essa propaganda não se utilizasse do ‘calão’. Da mesma forma, é reprovável o anúncio que menosprezar quem não adquira o produto ou que inferiorizar (‘gozar’) o aluno que se proponha, efetivamente, a estudar”, “Anúncio de chamadas telefônicas, dirigido a crianças, deve propor a participação dos pais ou responsáveis e salientar, também em áudio, que tais ligações têm um preço a ser pago”; “Não é admitida, pela ética publicitária, a presença de modelos infantis fora do alcance de crianças”; “Anúncio dirigido ao público infantil não deve induzir crianças à utilização de serviços sem o conhecimento de seus pais ou responsáveis”⁵⁷.

Com efeito, há que se dar atenção especial à publicidade que envolva a criança, porquanto detém uma vulnerabilidade exacerbada. Vê-se, portanto, que as publicidades veiculadas ao público infantil não podem:

exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores etc; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade⁵⁸.

Saliente-se que a publicidade dirigida ao consumidor infantil não deve incitar a violência, deve respeitar as regras de comportamento social, não pode conter nenhum conteúdo perigoso ou que enfraqueça a autoridades dos pais, bem como os valores éticos e morais.

Surgem diversos questionamentos acerca da exposição das crianças aos efeitos da publicidade, tais como a exploração de sua vulnerabilidade, os conflitos familiares que podem advir de sua veiculação, a influência sobre os pais a adquirir o produto ou serviço, os efeitos nocivos que certos produtos poderão causar à saúde infantil.

Ressalte-se, a necessidade de uma tutela diferenciada e atuante com o fito de preservar os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, em virtude de que possuem uma condição peculiar por estarem em processo de desenvolvimento. Por isso

⁵⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 134.

⁵⁸ VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. Das Práticas Comerciais. In: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 344.

é imprescindível que haja a punição e, sobretudo, a prevenção em relação às publicidades de conteúdo enganoso ou abusivo em relação aos consumidores infantis.

Como já mencionado e com fundamento no artigo 38 da norma consumerista, o “*onus probandi*” incumbe ao fornecedor, instituto criado como mais um facilitador da defesa dos direitos dos consumidores. “Na esfera da publicidade, o autor (consumidor) deverá provar a divulgação da mensagem e o seu conteúdo, incumbindo ao réu (fornecedor) demonstrar a veracidade daquele conteúdo.”⁵⁹

Não obstante, sobre a publicidade dirigida ao público infanto-juvenil

- a) deve-se dar atenção especial às características psicológicas da criança e do jovem;
- b) deve-se respeitar especialmente a ingenuidade, credibilidade, inexperiência e o sentimento de lealdade dos menores;
- c) não é admitido que a mensagem transmita expressa ou implicitamente:
 - c.1) sentimento de inferioridade, caso o menor não adquira ou não possa adquirir o produto ou serviço;
 - c.2) estímulo a que o menor constranja seus responsáveis ou terceiros;
- d) os modelos e comportamentos apresentados especialmente por menores que trabalhem nos anúncios:
 - d.1) não podem sugerir ou apresentar distorções psicológicas ou comportamentos sociais condenáveis;
 - d.2) em qualquer hipótese deve ter a segurança como primeira preocupação, bem como deve ser elaborado com base em regras de boas maneiras⁶⁰.

Dentre as espécies de publicidade abusiva tem-se a que aproveita - diga-se explora - a deficiência de julgamento e experiência da criança.

Assim, se um anúncio traz uma criança que diz para outra “eu tenho, você não tem...” é um exemplo de mensagem abusiva. À guisa de exemplificação tem-se os comerciais “Greve de Fome” apresentados pela Xuxa e que propunham às crianças não fazer malcriação em casa, mas sim na escola, local em que a família não vê; havia, também, a cena em que uma menina esclarecia que se o presente não fosse dado,

⁵⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 172.

⁶⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor: com exercícios. 2. ed. rev. modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 492.

deveria recorrer à greve de fome⁶¹. Obviamente que são exemplos de publicidades abusivas dirigidas ao público infantil.

É inconcusso que qualquer publicidade deve: respeitar as condições psíquicas e biológicas de toda e qualquer criança; respeitar sua ingenuidade; credulidade; imaturidade; não criar conflitos familiares ao veicular mensagens que influenciem a criança a exigir o consumo a seus familiares; não veicular qualquer ofensa moral ou mesmo criar um sentimento de inferioridade ao menor caso não adquira o produto ou o serviço oferecido.

Ora, se não se admite que as publicidades em geral influenciem negativamente o público, devendo, desta maneira, respeitar os valores éticos e morais da sociedade, o que se dirá então das publicidades dirigidas às crianças e aos adolescentes que são altamente influenciáveis?

Neste norte, não se pode influenciar o consumismo aos menores, ou seja, se uma publicidade, por exemplo, oferta uma coleção de bonecas, não poderá passar a mensagem de que para a criança ser feliz e para ter “amiguinhos” necessita ter toda a coleção desses brinquedos. Essa é uma típica mensagem publicitária abusiva e que pode trazer enormes prejuízos, tais como o menor constranger os pais a comprar todas as bonecas, uma vez que a criança tem a imagem de que só assim será feliz.

A psicóloga Dirce Maria Bengel de Paula diz que

Dos dois aos cinco anos, não são só os pais e familiares quem a criança imita, entrando em contato com outras pessoas através de ligações afetivas ou através dos meios de comunicação, ficando com diferentes modelos que serão utilizados em seu processo de cognição⁶².

⁶¹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 139.

⁶² PAULA, Dirce Maria Bengel de. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado In: Cury, Munir (Coord) 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 248.

O parecer da psicóloga reprisa os fundamentos já esposados no sentido de que os meios de comunicação e as mensagens publicitárias influenciam excessivamente o comportamento do público infanto-juvenil.

Conforme dados extraídos na Fundação Abrinq, a população infanto-juvenil no Brasil é formada por 61 milhões de habitantes, sendo:

-23,1 milhões de crianças entre 0 a 6 anos
-27,2 milhões de crianças e adolescentes entre 7 a 14 anos
-10,7 milhões de adolescentes entre 15 e 17 anos.⁶³

Esses dados servem para se ter um parâmetro de quão extensa é a população nessa faixa etária, sendo um grande atrativo para o mercado publicitário.

Um ponto interessante é o de que as publicidades dirigidas ao público infantil são dirigidas também à mulher-consumidora que é a responsável pelo consumo da família.

Sobre a regulamentação da publicidade dirigida ao público em comento, convém destacar que apesar dos diplomas legais – Constituição Federal, CDC e ECA disciplinarem em linhas gerais a publicidade dirigida ao público infantil – falta uma regulamentação específica sobre esse tema, utilizando-se, assim, as normas gerais existentes sobre a publicidade em conjunto com as normas de proteção da criança e do adolescente.

5.3 PUBLICIDADE SOB O ENFOQUE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente é o diploma legal específico que abarca todo o aparato jurídico destinado às crianças e aos adolescentes.

Frise-se que as mensagens publicitárias dirigidas ao público infantil têm a base legal na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, assim como

⁶³ http://www.fundabrinq.org.br/portal/alias_Abrinq/lang_ptBR/tabid_137/default.aspx, acesso em 04/07/2007.

qualquer publicidade. Além disso, são regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que também disciplina o mercado publicitário.

O artigo 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente reza:

A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Com escora no texto legal tudo o que o for oferecido às crianças, inclua-se a publicidade, deve ser compatível e adequado a sua faixa etária, respeitando o desenvolvimento físico e psíquico do consumidor que está em fase de formação.

O artigo 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina que as revistas e publicações que possuam material impróprio às crianças e aos adolescentes deverão ser lacradas e devem fazer menção sobre o seu conteúdo. Já o artigo 79 veda às revistas e publicações dirigidas ao público infanto-juvenil conter “ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

5.4 CONAR E A REGULAÇÃO CONCERNENTE AO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL

No Capítulo II do Código do CONAR são tratados os princípios gerais e, mais especificamente, na seção 11 se trata do tema: crianças e jovens, vejamos.

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

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

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

- f) empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;
- g) utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
- h) apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;
- i) utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

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

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

§1º Crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição, tais como armas de fogo, bebidas alcoólicas, cigarros, fogos de artifício e loterias, e todos os demais igualmente afetados por restrição legal.

§ 2º O planejamento de mídia dos anúncios de produtos de que trata o inciso II levará em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação a mais restritiva para todas as normas aqui dispostas.

Nota: Nesta Seção adotaram-se os parâmetros definidos no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade⁶⁴."

5.5 CLASSIFICAÇÃO ETÁRIA NO TOCANTE AO PÚBLICO INFANTIL

Analisando-se o CDC e o Estatuto da Criança e do Adolescente não se encontra um regramento específico acerca de uma classificação quanto à faixa etária no tocante à publicidade. Têm-se dispositivos que mencionam o dever de respeitar as características do público infantil, mas não há classificação etária.

Bom, mas acerca da classificação pode-se dizer

que a Portaria do Ministério da Justiça 796/00 – a qual regula e classifica as diversões e espetáculos públicos de acordo com faixas etárias, locais e horários de apresentação – cuida, ainda que genericamente e de forma bastante reflexa, da publicidade impressa e televisiva e em outros espetáculos. Referida classificação é apresentada nos arts. 1º e 2º da Portaria. Também a Portaria do

⁶⁴ <http://www.conar.org.br/>, acesso em 25 de agosto de 2007.

Ministério da Justiça 1.597/04 apresenta semelhante classificação no tocante a obras audiovisuais destinadas a cinema, vídeo, DVD e congêneres⁶⁵.

Na verdade essas Portarias estão cumprindo o comando do artigo 74 do ECA:

O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Como não há regramento específico para a classificação etária para fins de publicidade, Isabella Vieira Machado Henriques⁶⁶ entende ser razoável a aplicação das normas que regem a classificação de programas e espetáculos.

Pois bem, o artigo 220, § 3º, I e II da Carta Magna estabelece:

3º - Compete à lei federal:

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

II - 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.

Tem-se como órgão competente o Departamento de Classificação Indicativa do Ministério da Justiça, o qual possui a Portaria 773 de 19/10/1990 que dispõe sobre a classificação de espetáculos públicos.

As diversões e espetáculos livres podem ser veiculados em qualquer horário pela televisão; os que não são recomendados para menores de 12 anos, não antes das 20 h; os não indicados para menores de 14 anos, só depois das 21 h; os não recomendados para menores de 18 anos, não são adequados antes das 23 h.

Além disso, cabe à União exercer a classificação de programas de rádio e televisão, conforme o artigo 21, XVI da CF.

⁶⁵ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 171-172.

⁶⁶ Ibid, p. 174.

Da mesma forma, impõe-se certa restrição ao conteúdo das publicidades dirigidas ao público infanto-juvenil, lembrando que não se trata de censura e nem da violação do direito à informação, mas essa restrição tem o intuito de proporcionar mensagens publicitárias adequadas às crianças e aos adolescentes, seres em formação e altamente influenciáveis, com o fito de coibir mensagens cujo conteúdo possa influenciar em comportamentos negativos às pessoas ainda em formação.

5.6 CONSEQÜÊNCIAS ADVINDAS DA PUBLICIDADE

Têm-se como efeitos adversos da publicidade dirigida à criança e ao adolescente, a formação de sua personalidade, os seus valores éticos e morais, frustrações e tristezas.

Ora, se uma publicidade dirigida à criança cria a imagem de que se ela não possuir o produto ou o serviço ofertado será infeliz ou menosprezada em seu círculo de amigos, terá como efeitos indiscutivelmente a tristeza, frustração do menor que não adquiriu determinado bem ou que deixou de usufruir certo serviço.

Não é exagero afirmar que a publicidade influencia na formação da personalidade do público infanto-juvenil.

5.7 MEIOS DE PROPAGAÇÃO DA PUBLICIDADE

5.7.1 Televisão

A televisão exerce, indubitavelmente, uma forte influência na sociedade e a autora Isabella Vieira Machado Henriques menciona diversas pesquisas realizadas para averiguar o grau dessa influência exercida sobre as famílias de modo geral, atingindo, inclusive, os menores de 18 (dezoito) anos.

Uma das pesquisas é a publicação da UNICEF sobre o estudo 'A voz dos Adolescentes' mencionado na obra 'Remoto Controle'⁶⁷, em que se averiguou que "adolescentes brasileiros passam em média quatro horas por dia em frente à tevê", perfazendo-se um total de 28 horas semanais.

Continua a autora ao se referir sobre estudos recentes - realizados na Universidade norte-americana Johns Hopkins pela pesquisadora Dina Borzekowski divulgados em 04/07/2005 na revista Archives of Pediatrics & Adolescent Medicine - que apontam para o fato de que quanto mais tempo as crianças passam assistindo à televisão, mais problemas apresentam nas salas de aula. Nessa pesquisa, foi verificado que, em média, cada lar norte-americano com crianças possui três aparelhos de TV, sendo que as crianças com o aparelho no quarto passam em média 13 (treze) horas por semana na frente do aparelho, enquanto aquelas que não o têm no quarto, passam em média 11 (onze) horas assistindo à televisão na sala⁶⁸.

Foi, igualmente, realizada uma pesquisa⁶⁹ para apurar o número de horas semanais em que crianças e adolescentes curitibanos passam assistindo TV. Os dados foram levantados entre 825 participantes, de idade entre 07 (sete) e 17 (dezesete) anos e a média de horas foi de 26,46 (vinte e seis vírgula quarenta e seis) por semana.

Nessa pesquisa os seguintes programas figuraram, na época, como um dos mais assistidos: Programa do Ratinho, Angel Mix e Planeta Xuxa e Xuxa Park, os quais foram submetidos a professores da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Estadual de Londrina para análise.

⁶⁷ ANDI e UNICEF (parceria com patrocínio da Petrobras). Série Mídia e Mobilização Social. São Paulo: Cortez, 2004, v. 7. Remoto Controle. Linguagem, conteúdo e participação nos programas de televisão para adolescentes, p. 10 *apud* HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 155-156 cita.

⁶⁸ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 157.

⁶⁹ GOMIDE, Paula Inez Cunha. Crianças e Adolescentes em frente à TV: o que e quanto assistem de televisão. Ministério Público do Estado do Paraná – Igualdade – Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente – Curitiba – abril/junho 2000, vol. 8, n. 27, p. 13/37.

O primeiro teve como parecer final ser inadequado a menores de 12 anos, o segundo como não recomendado para crianças pequenas, pois traz uma noção equivocada da humanização como projeto histórico. No último programa analisado, da Xuxa, conclui-se que havia entrevistas de cunho sexual, inadequadas para as crianças.

A pesquisa apontou que os programas preferidos pelas crianças são os de baixa qualidade, além de demonstrar a importância da sociedade em exigir programas infantis de melhor categoria, pois esse tipo de programa influencia na formação das gerações e nos seus valores éticos e morais.

É importante lembrar que a maior influência da televisão no comportamento humano é indireta, sutil e cumulativa – não imediata e direta. De forma que a formação do conceito e de atitudes referentes a sexo, uso de drogas, resolução de conflito, aquisição de hábitos alimentares, constituição da família e outros valores importantes que favorecem o viver em sociedade, de maneira saudável e harmoniosa, quando não feitos pela família, podem estar sendo feitos pela televisão⁷⁰.

É claro o poder que a televisão exerce, atualmente, sobre a família, sendo relevante se preocupar com a publicidade veiculada nesse tipo de comunicação que é de massa e atinge todas as classes sociais.

5.7.2 Escola

Outro meio influente sobre as crianças e adolescente é a escola, lugar em que se torna possível, também, a propagação de mensagens publicitárias.

Conforme leciona Mário Frota⁷¹, nas escolas se desenvolve um comércio cada vez mais florescente, local utilizado para divulgar produtos e serviços para as crianças. O autor comenta que a receptividade dos alunos no ambiente escolar é bem maior do que em outros locais.

⁷⁰ GOMIDE, Paula Inez Cunha. Crianças e Adolescentes em frente à TV: o que e quanto assistem de televisão. Ministério Público do Estado do Paraná – Igualdade – Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente – Curitiba – abril/junho 2000, vol. 8, n. 27, p. 17.

⁷¹ FROTA, Mário. A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas. Curitiba:Juruá, 2006, p. 103-107.

5.7.3 Artistas

É evidente que as pessoas públicas influenciam a sociedade que acaba enxergando nelas modelos a serem seguidos e, se um anúncio vem acompanhado de um artista, haverá uma maior influência ao consumo do produto ou serviço ofertado.

Como bem menciona o publicitário Dudu de Carvalho⁷² em uma reportagem do jornal Folha de São Paulo, ao se utilizar uma celebridade em uma mensagem publicitária, aparentemente o cachê é maior, mas o retorno é melhor, pois a lembrança do produto ou do serviço é mais forte.

Existem celebridades que fazem afirmações acerca do produto ou serviço, mencionando qualidades que não sabem se realmente existem ou não, o que indubitavelmente é lamentável, pois o seu poder de influência é enorme e o público tende a acreditar no que a celebridade diz.

Existe o tipo de publicidade em que a personalidade afirma conhecer ou até já fez uso do produto ou do serviço. Em outra monta há o tipo de mensagem na qual a celebridade somente dá a entender que conhece o produto ou o serviço.

Como ficaria a responsabilização das celebridades diante da confiança que os consumidores detêm sobre suas declarações, caso a publicidade seja enganosa ou abusiva?

O que se dirá então do público infantil ao ver o seu personagem ou artista favorito divulgando um bem ou um serviço?

Bem, o artigo 27, § 9º do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR prevê algumas regras, como a de que o depoimento tem que ser passível de comprovação.

A tese defendida por Paulo Jorge Scartezini Guimarães é a de que

⁷² Arena do Marketing, Folha Invest, 5 jul. 1999, p. 3-3 apud GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 156.

Diríamos que há situações em que o anunciante deixa de existir de fato, ou deixa de ter patrimônio suficiente para o pagamento da dívida. Assim, lembremo-nos do famoso título de capitalização “Papa Tudo”. Segundo divulgado pelos meios de comunicação, a empresa emitente dos títulos, InterUnion Capitalização, estava com sérios problemas financeiros, tendo, segundo a Susep (Superintendência de Seguros Privados), um rombo de R\$ 70 milhões em seu caixa.

Ora, pela nossa tese, se a garota-propaganda Xuxa, além de fazer o sorteio das ambulâncias, endossasse a qualidade do produto vendido, poderiam os consumidores e os donatários lesados demandar contra ela o ressarcimento dos valores aplicados e a entrega dos veículos prometidos. Poderiam também incluir no pólo passivo a Rede Globo de Televisão, emissora que veiculava o anúncio⁷³.

Aqui fica a indagação se o artista responde pessoalmente pela publicidade de que participou.

5.8 PUBLICIDADE DE ALIMENTOS

É preocupante a mensagem publicitária que veicula alimentos, pois pode estimular o consumo exagerado e a ingestão de produtos alimentícios não saudáveis, consubstanciando-se como um dos fatores da obesidade de nossas crianças.

É muito fácil perceber pelos anúncios veiculados pela rede McDonald’s que repassam a imagem de que a felicidade está coligada ao consumo de seus alimentos e, é óbvio que esse tipo de mensagem influencia os hábitos alimentares das crianças e dos jovens que, em sua maioria, preferem comer um lanche dessa rede de lanchonetes a ingerir uma refeição saudável com frutas e verduras.

Não destoa desse raciocínio:

Por conta desses fatores em diversos estudos empíricos e doutrinários, o Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com duas ações civis públicas contra os gigantes fabricantes de refrigerantes, a Coca-Cola Indústria Ltda. e a Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV. Nessas demandas, o Ministério Público comprovou a ilicitude de toda a publicidade dirigida a crianças e adolescentes que “associe o consumo de refrigerantes e sucos que contenham açúcar adicionado, a uma vida saudável”, pois tais produtos, comprovadamente, acarretam o aumento da obesidade nas crianças e adolescentes, que são tão

⁷³ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 206.

vulneráveis a esses tipos de publicidade e, ao mesmo tempo, também são os seus públicos-alvos⁷⁴.

O Anexo "H" do Código do CONAR se refere aos Alimentos, Refrigerantes, Sucos e Assemelhados, sendo que o seu item 2 diz:

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

Mais de 50% (cinquenta por cento) dos comerciais de TV direcionados à criança são de alimentos e na sua maioria veiculam alimentos não-nutritivos⁷⁵.

5.9 PUBLICIDADE ENVOLVENDO FUMO E BEBIDAS ALCOÓLICAS

O Anexo A do Código de Auto-Regulamentação Publicitária disciplina acerca dos anúncios referentes à bebidas alcoólicas e no ponto 2 menciona sobre as crianças e adolescentes:

2. Proteção a crianças e adolescentes: Não será dirigida a crianças e adolescentes, em razão da legislação em vigor e do dever ético de proteger esse público. Adotará interpretação a mais restritiva para todas as normas dispostas neste Anexo. Crianças e adolescentes não devem figurar, de qualquer forma, em anúncios; qualquer pessoa que neles apareça deverá ser e parecer maior de 25 (vinte e cinco) anos de idade. Os anúncios ainda:

- a. não deverão favorecer a aceitação do produto como apropriado para menores;
- b. deverão evitar a exploração do erotismo;
- c. não deverão usar linguagem, recursos gráficos e audiovisuais pertencentes ao universo infantil, tais como animais "humanizados", bonecos ou animações que possam despertar a curiosidade ou a atenção de menores e contribuir para a adoção de valores morais ou hábitos incompatíveis com sua condição;
- d. não conterão cena, ilustração, áudio ou vídeo, que apresente a ingestão imoderada do produto;

3. O planejamento de mídia levará em consideração que o anúncio se destina a público adulto, devendo, portanto, refletir as restrições técnica e eticamente recomendáveis. Assim, o anúncio deverá ser inserido em programação, publicação ou web site dirigidos predominantemente a maiores de idade⁷⁶.

⁷⁴ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2006, p. 192/193.

⁷⁵ CRISTO, Luciana. Consumidor cada vez mais precoce – com mais tempo livre em frente à televisão, crianças ficam expostas à publicidade constante. Jornal o Estado do Paraná, 9/9/2007, p. 15.

⁷⁶ <http://www.conar.org.br/>, acesso em 25 de agosto de 2007.

O Anexo “P” de Vinhos e Cervejas também traz um item específico sobre as crianças e adolescentes:

2 (...)

c.4 quando inseridos na transmissão de eventos alheios à programação normal ou rotineira das emissoras de rádio e TV, inclusive por assinatura, levados ao ar antes de 21h30 (horário local) deverão obedecer os normativos dispostos neste item 2⁷⁷.

Já o Anexo “J” disciplina os produtos de fumo e diz que as mensagens desse tipo de produto não deverão sugerir que o consumo do tabaco produzirá sensações relaxantes, de bem-estar. Não pode associar o fumo à prática de esportes e, também, não poderá fazer apelos a menores de 18 (dezoito) anos, além da pessoa que aparecer nesse tipo de anúncio deverá parecer e ser maior de 25 (vinte e cinco) anos.

Mário Frota⁷⁸ alerta para o cuidado com a promoção das tabaqueiras, nomeadamente pela influência sobre jovens e adolescentes e menciona que 60% (sessenta por cento) dos fumantes adquiriram o hábito de fumar antes dos 13 (treze) anos e 90% (noventa por cento) antes dos 18 (dezoito) anos.

A Lei nº 10.167/00 proíbe todo tipo de associação do fumo à prática de esportes e em seu artigo 3º, § 1º, VI dispõe a vedação de inclusão da participação de crianças e adolescentes, com o objetivo de proteger a saúde do menor, pois é irrefragável os males que o fumo traz à saúde humana. Essa proteção está amparada, sobretudo, em patamar constitucional, artigo 227, além dos artigos 4º e 17º, ambos do ECA.

Inclusive a Lei nº 9.294/96 que disciplina sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, prevê em seu artigo 3º que a publicidade de produtos fumíferos só poderá ser feita por meio de pôsteres, painéis e cartazes, vedando (artigo. 3º, VI) a participação de crianças e adolescentes.

⁷⁷ <http://www.conar.org.br/>, acesso em 25 de agosto de 2007.

⁷⁸ FROTA, Mário. A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas. Curitiba:Juruá, 2006, p. 41/42.

Importante essa preocupação do legislador, pois é sabido que a maioria dos fumantes iniciou o vício quando ainda criança ou jovem, as pesquisas mencionadas por Mayra de Souza Scremin confirmam essa afirmação:

Um estudo comparativo realizado pelo Instituto Nacional do Câncer em dez capitais brasileiras, utilizando pesquisas do Ministério da Saúde (1987) e do Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas da Universidade Federal de São Paulo (de 1989, 94 e 97), revelou que o número de jovens que fumam em idade escolar (entre 10 e 18 anos) em São Paulo cresceu 5,3% - de 25,4% (em 1987) para 30,7% (em 1997)⁷⁹.

Esses fatos corroboram a tese de que o Estado deve coibir qualquer tipo de publicidade que veicula o cigarro como produto, primeiro porque os malefícios que esse produto acarreta à saúde são inúmeros, segundo porque há que se buscar evitar o consumo entre os jovens, pois é nessa idade que a maioria dos fumantes iniciou o vício e depois é muito difícil parar de fumar.

5.10 CASOS CONCRETOS ENVOLVENDO A PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL

Ressalte-se que o presente trabalho não tem o fito de atribuir um papel perverso à indústria publicitária, até porque seria muito ingênuo. É sabido que hodiernamente a maioria das sociedades, inclusive a brasileira, são capitalistas e tem como fim a busca incessante ao lucro, sendo um dos meios o consumo e tendo na publicidade uma de suas grande aliadas.

Portanto, deixa-se bem claro que não há a intenção “inocente” de que com esse trabalho obste a veiculação de mensagens publicitárias para as crianças e para os adolescentes, pois isso seria praticamente impossível. Possível é coibir a mensagem enganosa ou abusiva e quem é o principal fiscal é o próprio consumidor. Não se pode olvidar que a atuação dos PROCON's, Ministério Público, Poder Judiciário, CONAR e

⁷⁹ SCREMIN, Mayra de Souza – A proteção à criança e ao adolescente (p. 182/185). In: EFING, Antônio Carlos (org). Direito do Consumo – 2. Curitiba: Juruá, 2002, p. 184.

demais órgãos também são de enorme importância para conter a veiculação de publicidade ilícita. Feitas essas considerações, como o presente tópico visa mencionar alguns casos concretos, passemos a eles.

A Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo⁸⁰ em face de “MTV” Brasil em virtude de que a emissora exibiu publicidade abusiva. O representante do Ministério Público afirmou que a empresa veiculou, de modo subliminar (é o tipo de publicidade dissimuladamente oculta, mas que influencia nas escolhas, comportamento e atitudes), grosseiras imagens contendo cenas de sadomasoquismo.

O “*parquet*” diz que essa publicidade no plano consciente demonstra a imagem de um homem na famosa posição de Buddha e no fundo há diversos “*flashes*” para ao final indicar o logotipo “MTV”. Contudo, ao diminuir a velocidade de reprodução, há cenas de perversão sexual.

Ora, é evidente que a referida publicidade desrespeita diversos direitos consagrados a todo e qualquer ser humano, além do fato de que a emissora em comento tem como público alvo as crianças e os adolescentes e, por via de conseqüência, suas informações publicitárias atingem diretamente esse público.

A mensagem publicitária objeto da ação civil pública fere os artigos 17 e 18 do ECA, pois não respeita o direito à integridade física e psíquica dos seres humanos ainda em desenvolvimento.

Transcreve-se, a seguir, decisões do CONAR julgadas pelo Conselho de Ética:

CRIANÇAS E ADOLESCENTES

"Ourocard Dia das Crianças

"Representação n° 235/06, em recurso ordinário

Autor: Conar, por iniciativa própria

Anunciante e agência: Banco do Brasil e Ogilvy BR

Relatores: Fátima Pacheco Jordão e Ricardo Wagner

Câmara Especial de Recursos.

Decisão: Sustação

⁸⁰ PIERRI, Débora. SOUZA, Motaury Ciocchetti de. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Televisão por Assinatura – Divulgação de clip com cenas de cunho sexual em horário de assistência por crianças e adolescentes (fls. 246/264) – Revista de Direito do Consumidor 45 – ano 12 – janeiro-março de 2003

Fundamento: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "c" do Código Em manifestação unânime, os membros do Conselho de Ética mantiveram a decisão de primeira instância pela sustação do comercial de TV do Banco do Brasil. A peça mostra uma criança descrevendo a promoção oferecida para compra com cartão de crédito, o que constitui apelo direto ao uso do serviço, além de impingir conduta ao responsável ao dizer "eu te amo" quando o pai adere à sugestão, práticas que infringem o Código.

A defesa alegou que o serviço oferecido tem como público-alvo os adultos, e não crianças, mas o Conselho de Ética entendeu que, embora o produto promovido seja dirigido a adultos, o conteúdo da peça afeta diretamente o público infantil⁸¹.

"Grendene — Óculos e papete do Homem-Aranha" Representação nº 256/06, em recurso ordinário

Autor: Conar, a partir de queixa de consumidor

Anunciante e agência: Grendene Sobral e W/Brasil

Relatores: Roberto Philomena e Ênio Basílio Rodrigues

Câmara Especial de Recursos

Decisão: Arquivamento

Fundamento: Artigo 27, nº 1, letra "a" do Rice

O Conselho de Ética reformou a decisão de primeira instância que pedia a alteração de comercial de TV da Grendene. A peça foi questionada por consumidores de São Paulo, Porto Alegre e Itaúna, que consideraram que a frase "você com os poderes do Homem Aranha" pode influenciar crianças a praticar conduta arriscada, acreditando que realmente têm os poderes do herói. A defesa alegou que o filme deixa claro que o protagonista está brincando e imaginando coisas, e a frase questionada deve ser interpretada de acordo com a linguagem publicitária, e não no sentido literal, já que o personagem em questão é ficcional, assim como seus poderes, e as crianças sabem diferenciar os quadros da realidade. O relator concordou com a defesa e recomendou o arquivamento da representação, aceito unanimemente⁸².

"Nova bala mastigável Halls"

Representação nº 294/06

Autor: Conar, a partir de queixa de consumidor

Anunciante e agência: Cadbury Adams Brasil e J. Walter Thompson Relatora:

Renata GarridoSexta

CâmaraDecisão: Sustação

Fundamento: Artigos 1º, 3º, 6º, 33, 37 e 50, letra "c" do Código.

Comercial de TV que mostra um garoto usando um estilingue para acertar uma bala na boca de outro, como se ele fosse um alvo, gerou protestos de consumidor de Curitiba, que considerou que a peça apresenta exemplo de comportamento perigoso e pode influenciar crianças, colocando-as em risco ao imitá-lo. A defesa alegou que o público-alvo do comercial é composto por jovens e adolescentes e que as cenas mostradas reproduzem brincadeiras que ocorrem quando eles se reúnem em grupo. Acrescenta que o filme traz o aviso "Não tente fazer isso em casa", o que cumpre a função de advertir sobre a situação apresentada. Para a relatora, é evidente que, mesmo o filme sendo dirigido a adolescentes, qualquer criança pode tentar repetir a cena em casa, e muitas delas sequer conseguiriam ler e entender o conteúdo do cartaz de advertência. Por isso, sua recomendação foi pela sustação do anúncio — aceita unanimemente⁸³.

⁸¹ <http://www.conar.org.br/>, Decisões e casos, resumo das decisões – fevereiro de 2007. Acesso em 25 de agosto de 2007.

⁸² <http://www.conar.org.br/>, Decisões e casos, resumo das decisões – março de 2007. Acesso em 25 de agosto de 2007.

⁸³ <http://www.conar.org.br/>, Decisões e casos, resumo das decisões – março de 2007. Acesso em 25 de agosto de 2007.

“McDonalds — McBacon Junior”

Representação nº 44/07

Autor: Conar, a partir de queixa de consumidor

Anunciante e agência: McDonalds e Taterka Comunicações Relatora: Cristina de Bonis Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamento: Artigo 27, nº 1, letra “a” do RICE

Para consumidor carioca, comercial do McDonalds que mostra jovem sendo assediado por ser o primeiro a experimentar um sanduíche mostra exemplo deseducativo, insinuando que o adolescente seria famoso se comesse o sanduíche. A defesa refuta a acusação, afirmando se tratar de uma sátira clara, óbvia e totalmente irreal do mundo das celebridades instantâneas, que buscam a fama a qualquer preço. Acrescenta que a peça é apenas bem-humorada, caricata e fantasiosa e que não existe nenhuma insinuação de que um adolescente seria famoso se consumisse o produto ou menosprezado caso contrário. A relatora concordou com o exposto pela defesa e recomendou o arquivamento da representação, aceito unanimemente⁸⁴.

No site do CONAR há diversos casos de publicidade dirigida ao consumidor infantil, um deles se refere ao anúncio da IMCONSUL S.A., agência RS ESCALA COMUNICAÇÕES LTDA., denunciados: “MODA”, “BANDEIRANTE” e “ESTRELA”, denunciante CONSELHO SUPERIOR DO CONAR (mediante queixa do DECOM/RS), relator Conselheiro Silvio A. Nigro.

Nesse caso o anúncio exhibe crianças “ameaçando” seus responsáveis, em um deles o menino diz: “Só paro de bater quando eu ganhar uma roupa nova no dia da criança”; em outro a menina dando voltas em torno de si própria fala: “Se eu não ganhar um tico no dia da criança, vou ficar assim até ficar tonta”; no último a criança diz: “Se eu não ganhar um ursinho carinhoso no dia da criança eu vou prender a respiração até ficar roxinha...”

O parecer foi no sentido de que tais mensagens ferem as normas contidas no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, pois há nas mensagens um tipo de comportamento que não é educado e nem socialmente desejado e a medida do CONAR foi a de advertência, sendo que a agência e o anunciante sustaram voluntariamente a veiculação das mensagens.

⁸⁴ <http://www.conar.org.br/>, Decisões e casos, resumo das decisões – maio de 2007. Acesso em 25 de agosto de 2007.

CONCLUSÃO

Denota-se pelo texto produzido que a publicidade é elemento intrínseco da sociedade capitalista, que prima pelo lucro e, por essa razão, incentiva o consumo, sendo as mensagens publicitárias um meio eficaz para se propagar o apanhado de produtos ou serviços.

Em uma sociedade democrática, em que se coíbe qualquer ato autoritário ou ditatorial, é uma garantia fundamental e de ordem constitucional a liberdade de expressão e, por conseqüência, a possibilidade dos fornecedores veicularem anúncios de seus produtos e serviços para chamar a atenção dos consumidores.

Cogente é perceber que o fenômeno publicitário tem o intuito preponderantemente persuasivo, atuando de maneira estratégica e o ordenamento jurídico deve levar em conta os efeitos advindos desse fenômeno. O problema se situa no momento em que o fornecedor extrapola os limites legais, ao veicular mensagens ilícitas, cujo conteúdo pode ser enganoso ou abusivo.

Como pode se extirpar da pesquisa realizada, a publicidade está regulada especificamente no Código de Defesa do Consumidor que proíbe a publicidade de conteúdo enganoso – aquela que veicula uma mensagem falsa ou que induz o consumidor em erro ao deixar de repassar alguma informação importante – ou abusivo – cujo conteúdo repassa valores imorais, anti-éticos.

Frise-se que as crianças e os adolescentes, seres humanos em fase de desenvolvimento e cuja imaturidade nata os fazem serem mais vulneráveis, necessitam de um ordenamento jurídico específico para a sua integral proteção e para que se sejam efetivados os seus direitos.

Ora, a Constituição Federal prevê expressamente a proteção às crianças e aos adolescentes, mas, não se pode olvidar que é o Estatuto da Criança e do Adolescente o diploma legal especial acerca da proteção dos seres humanos em fase de formação e desenvolvimento. Já o Código de Defesa do Consumidor ao disciplinar sobre os tipos de publicidades ilícitas, dispõe a proibição de mensagens publicitárias que se aproveitem da deficiência de julgamento ou inexperiência das crianças.

Contudo, impende concluir que inexistente um regramento específico sobre as mensagens publicitárias veiculadas às crianças e aos adolescentes.

Como já ressaltado, não se quer aqui censurar ou obstar o fenômeno da publicização inerente às sociedades democráticas em que se preserva o direito à liberdade de informação. O que não pode é ser veiculada publicidade ilícita, cuja influência pode ser nefasta, impingindo danos de grande monta.

É inegável que a mensagem publicitária tem um extremo poder de mando sobre os telespectadores e, quando, veiculada de forma ilícita, acarretará, conseqüentemente, má-influência. Então, é de se observar que a publicidade ilícita é aquela antagônica ao regramento pátrio e merece ser repudiada.

O presente trabalho analisou a publicidade dirigida às crianças e aos adolescentes, consumidores que sempre estão em condição de hipossuficiência, altamente influenciáveis, por serem imaturos e inexperientes.

Portanto, nas mensagens veiculadas ao tipo de público em comento não se deve: empregar crianças com apelo para que outras crianças consumam; provocar qualquer tipo de discriminação; empregar crianças em publicidades que divulguem bebidas alcoólicas, tabaco, loterias, armas de fogo; passar a mensagem de que o consumo proporciona posição de superioridade; criar conflitos familiares ao veicular mensagens que influenciem a criança a exigir o consumo a seus familiares; veicular qualquer ofensa

moral ou mesmo criar um sentimento de inferioridade ao menor caso não adquira o produto ou o serviço oferecido. De outro lado deve: respeitar a dignidade, ingenuidade, imaturidade, credulidade, inexperiência natas do público infanto-juvenil.

É inviável não regular com rigor as mensagens veiculadas às crianças e aos adolescentes, seres que merecem maior proteção, pois é evidente que muitos fornecedores no afã da obtenção de lucros e para conquistar o mercado acabam priorizando a venda do produto ou do serviço em detrimento do respeito aos valores éticos e morais, ou ainda, acabam repassando mensagens cujo conteúdo não é de todo verdadeiro.

Deste modo, o papel do Estado é regular as relações de consumo, fiscalizar a publicidade veiculada e punir aquelas que desrespeitem as regras jurídicas, mormente quando dirigidas ao público infantil, pois deve, sim, obstar anúncios cujo conteúdo possam estimular o vício, atividades perigosas ou inadequadas para as crianças e para os adolescentes.

Diante de tudo que foi exposto, não restam dúvidas da importância de se regular com mais afinco as mensagens publicitárias veiculadas ao público infanto-juvenil a fim de proteger os seus direitos que não podem ser violados. A maré em que vivemos é a de uma sociedade de consumo em que a publicidade veiculada, muitas vezes, não possui uma conduta ética e moral. Entretanto, mister se faz resistir a esse canto da sereia, apostando-se sempre numa sociedade democrática, mas com mecanismos ferrenhos para obstar e punir anúncios de má-influência.

Não é utopia apostar em um Judiciário eficaz, independente, cuja função é a de aplicar de forma corajosa os direitos daqueles que são solapados pelo mercado capitalista, principalmente dos seres que estão em formação – público infanto-juvenil,

cuja personalidade ainda está se desenvolvendo – não devendo ser expostos à mensagens de conteúdo ilícito.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ASSIS, Inajara Silva de; OLIVEIRA, Francisco de Assis (coord.) **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Artigos 28 a 45**, p. 139/180. In: OLIVEIRA, Juarez (coord). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.
- CRISTO, Luciana. **Consumidor cada vez mais precoce – com mais tempo livre em frente à televisão, crianças ficam expostas à publicidade constante**. **Jornal o Estado do Paraná**, 9/9/2007, p. 15.
- EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2ª ed. (ano 2004), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.
- FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.
- GOMIDE, Paula Inez Cunha. **Crianças e Adolescentes em frente à TV: o que e quanto assistem de televisão**. Ministério Público do Estado do Paraná – Igualdade – Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente – Curitiba – abril/junho 2000, vol. 8, n. 27, p. 13/37.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do Consumidor: conceitos e noções básicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, p. 44-77, set/dez. 1992.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 2. ed. rev. modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

PAULA, Dirce Maria Bengel de. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**, artigo 71 (p. 246-250). In: CURY Munir (coordenador). 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

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

PIERRI, Deborah. SOUZA, Motauri Ciocchetti de. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Televisão por assinatura – Divulgação de *clip* com cenas de cunho sexual em horário de assistência por crianças e adolescentes**. Revista de Direito do Consumidor – 45 – ano 12 – janeiro-março de 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SCREMIN, Mayra de Souza – **A proteção à criança e ao adolescente** (p. 182/185). EFING, Antônio Carlos (org). Direito do Consumo – 2. Curitiba: Juruá, 2002.

SHARP JUNIOR, Ronald A. **Código de Defesa do Consumidor anotado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SILVA, Antônio F. do Amaral e; CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** (artigo 1º), p. 16. In: CURY, Munir (Coord.). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. **Das Práticas Comerciais**. In: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 240-492.

<http://www.camara.gov.br/> Acesso em 1º de outubro de 2007.

<http://www.conar.org.br/> Acesso em 25 de agosto de 2007.

<http://www.fundabring.org.br/> Acesso em 04 de julho de 2007.

<http://www.onu-brasil.org.br/doccrianca.php> Acesso em 26 de agosto de 2007.

<http://www.unicef.org.br/>, Acesso em 26 de agosto de 2007.