

Disponível em: <http://www.abmp.org.br/congresso2008/processo.php>

[capa]

[título da tese]

A ilegalidade da publicidade dirigida à criança

[grupo temático a qual se refere]

Bloco 5: Direito à cultura, ao esporte e ao lazer e à liberdade, à dignidade, respeito e diversidade cultural

- *Cultura:*

5. Direito à manutenção e proteção dos valores culturais artísticos e históricos do contexto social da criança e do adolescente

- *Liberdade, dignidade e respeito:*

2. Capacidade jurídica: emancipação

3. Direito à inviolabilidade de sua vida íntima, de sua integridade física, moral e psíquica

5. Direito à preservação de seus valores, autonomia, identidade, idéias, crenças, espaços e objetos pessoais

8. Instrumentos legais de proteção ao direito à liberdade, à dignidade e ao respeito

21. Programação de rádio e televisão e a proteção aos direitos da criança e do adolescente

22. A criança e o adolescente na mídia e na internet

[qualificação da autora]

Isabella Vieira Machado Henriques, advogada inscrita perante a OAB/SP sob o nº 155.097, mestre em Direito das Relações Sociais – Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP, coordenadora geral do Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana

Resumo da tese:

A tese em questão traz um panorama do direito consumerista pátrio e das regras de proteção da criança no ordenamento legal, abordando o tema da publicidade dirigida ao público infantil, especialmente a publicidade abusiva que se vale da deficiência de julgamento e experiência da criança. Para tanto, apresenta dados sobre o consumo de produtos e serviços pelo público infantil, sobre os gastos do mercado publicitário e acerca da percepção de pais e filhos sobre a influência da publicidade na vida dos pequenos, principalmente na hora de suas escolhas de consumo. Ressalta os problemas advindos do consumismo na infância e demonstra como estão diretamente ligados à publicidade dirigida às crianças. Ao final, conclui que as restrições à publicidade dirigida às crianças já existem na legislação brasileira e que tais limitações podem coexistir com o estado de direito democrático.

Sumário do trabalho:

Introdução

Reflexos do consumismo na infância

Legislação pátria sobre publicidade e direitos da criança

A restrição à publicidade infantil e a garantia à livre manifestação do pensamento

Conclusão: Necessidade de se dar mais efetividade às leis postas no ordenamento positivado

A ilegalidade da publicidade dirigida à criança

“A publicidade dirigida à criança deve ter limites restritos porque a criança, diferentemente do adulto, não possui discernimento para compreendê-la em sua magnitude. Para a criança, é mais difícil, até mesmo, reconhecer a mensagem publicitária como prática comercial que é, ainda que não seja clandestina, subliminar ou disfarçada. Ao contrário do adulto, que possui mecanismos internos para compreender as diversas artimanhas utilizadas pela publicidade, a criança não tem condições de se defender dos instrumentos de persuasão criados e utilizados pela tão poderosa indústria publicitária. Deve, por isso, ser cuidadosamente protegida”¹.

Introdução

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

Para um melhor entendimento dessa questão, bem como da sua importância no mundo contemporâneo, é importante ser vislumbrado que a publicidade é a grande responsável pela propagação e aumento do consumo na infância, bem como pelo aumento do poder de influência das crianças nas compras da casa e no uso de serviços pelo público adulto. Em outras palavras, a publicidade é a grande causadora do consumismo verificado hoje na infância, que, por sua vez, é a origem de diversos problemas acometidos pelas crianças.

Reflexos do consumismo na infância

Atualmente, o consumo desenfreado na vida das crianças é responsável pelo surgimento de inúmeros problemas, dentre os quais se destacam, como sendo os mais comuns a banalização do consumo, o materialismo excessivo, o desgaste das relações sociais, a obesidade infantil, a erotização precoce e o estresse familiar.

A banalização do consumo tem no consumismo a sua maior consequência, é verificada quando a criança perde, ou mesmo nem chega a adquirir, a noção de quanto custa a compra dos produtos que almeja.. O materialismo excessivo ocorre quando a criança acredita que para ser feliz e estar integrada no seu grupo precisa ter algo, é a tão alardeada inversão do ‘ser’ pelo ‘ter’. O desgaste nas relações sociais pode ser verificado de forma ampla quando o consumo torna-se a forma de a criança relacionar-se com o mundo, pautando todas as suas

¹ ISABELLA VIEIRA MACHADO HENRIQUES *in* Publicidade Abusiva dirigida à criança, Editora Juruá, p. 145.

relações sociais no consumo de produtos e serviços. A obesidade infantil é decorrente do consumo de alimentos pouco nutritivos, recheados de gorduras, açúcares ou sódio em excesso. A erotização precoce é consequência do consumo de produtos e serviços não adequados às crianças, que as fazem antecipar a adolescência e a fase adulta, como ocorre, por exemplo, quando consomem roupas sensuais, maquiagem, músicas e filmes recheados de apelos eróticos. O estresse familiar se dá quando, por exemplo, os pais tentam solucionar o problema já existente, negando a compra de produtos desejados por seus filhos.

Porém, não são somente esses os distúrbios costumeiramente provocados pelo consumismo entre os pequenos. Há também a violência e o consumo precoce de álcool e tabaco. A questão da violência possui desdobramentos bastante sérios na medida em que o Brasil é um país que tem uma enorme população carente e desprovida dos recursos básicos para a vida humana com dignidade e que começa a ser inserida na roda do consumo desde a mais tenra infância, com desejos e aspirações de consumo que não têm condições de satisfazer. Exemplo crítico dessa situação é a precoce inclusão de crianças no tráfico de drogas no país, quando, sabe-se, gastam todo o dinheiro que recebem nessa atividade ilícita e promotora de violência nos centros urbanos, na compra de tênis e roupas de marca, às quais, muito provavelmente, nunca teriam acesso de outra forma.

Essa necessidade do consumo por crianças e adolescentes – principalmente como forma de conquista de auto-afirmação pessoal – cria ainda graves problemas com relação aos valores que levarão para suas vidas. O que se nota na sociedade contemporânea é uma insustentabilidade geral em relação aos valores propagados também para as crianças, que crescem acreditando que os bens materiais e o dinheiro devem ser almeçados como valor máximo e norteador de todas as condutas humanas.

E mais, de acordo com o neurologista PLÍNIO FERRAZ, a oneomania, doença que gera compulsão pelo consumo, ou seja, o desejo incontrolável pelo ato de comprar, já atinge também crianças², sendo que os principais sintomas dessa compulsão são a angústia e a ansiedade.

Mas não é à toa que as crianças estão se tornando, cada vez mais, consumistas e, por conseguinte, vivenciando os problemas ora relatados. O consumismo na infância tem origem nas agressivas técnicas publicitárias utilizadas para conquistar esse público alvo. Técnicas tais

² Informação destacada de matéria jornalística redigida por LUCIEN LUIZ em 30.3.2006. Conforme reportagem da revista da MTV, da Editora Abril, nº 47, a Organização Mundial da Saúde – OMS – aponta que 1% da humanidade sofre dessa enfermidade, sendo que no Brasil 3% da população são considerados *shopaholics*, contra 2% nos Estados Unidos².

que são decorrentes do fato de o consumo dos produtos voltados ao mercado infanto-juvenil movimentar gigantescas somas de dinheiro.

Para se ter idéia do volume de dinheiro envolvido nesse mercado, vale observar que a indústria voltada para produtos dirigidos a meninas, no mundo, movimenta anualmente US\$15 bilhões. No Brasil, só a moda infanto-juvenil movimenta a soma anual de R\$10 bilhões, o que corresponde a um terço de toda a roupa consumida no país!³ Em licenciamento o mercado infantil movimenta no país R\$160 milhões em royalties⁴ e, em 2006, teve um faturamento de R\$3 bilhões (10% a mais do que no ano de 2005)⁵.

Não é por acaso que a equação clássica do licenciamento, por meio da qual os personagens de filmes de sucesso eram transformados em produtos diversos, começa a ser invertida, fazendo com que brinquedos virem astros de filmes, com o intuito de alavancarem as vendas de vídeos e DVD's, como aconteceu no caso dos filmes *Hot Wheels Velocidade do Silêncio* e *Barbie e a Magia de Alladus*, ambos da fabricante Mattel, e *Bratz Rock Angelz*, da Gulliver. Isso, segundo o conceito da gerente de marketing da Universal Pictures, teria vindo para facilitar a vida dos pais, pois agora os produtos ficam lado a lado nas prateleiras e, se eles não têm dinheiro suficiente para comprar o carrinho ou a boneca, podem adquirir o filme!⁶

E não é apenas o mercado de produtos e serviços infantis que movimenta o consumo das crianças. Seu poder de influência na hora das compras subiu de 71%, no ano de 2000, para elevados 82% em 2005. Isso significa que o público infantil revelou-se um atraente mercado consumidor porque praticamente manda no bolso dos adultos. E o setor acerca do qual as crianças mais opinam não é o de brinquedos – este está em terceiro lugar, com 31% – mas é o de alimentação, com 42%, seguido pelo de eletrônicos, com 33%. Entre os gêneros da indústria alimentícia, no ano de 2005, o maior aumento de vendas foi no de chocolate, cacau e balas, que faturou R\$6 bilhões no Brasil e por isso teve um aumento de 16% no período⁷.

Já entre os produtos tecnológicos o celular é destaque. No Japão 41% das crianças já têm seus próprios telefones, sendo que, no Brasil 39% dos pais pretendem comprar um aparelho para seus filhos e 25% das crianças que já o possuem têm entre 6 e 9 anos⁸.

³ Revista Istoé 29.3.2006, pp. 46 a 49.

⁴ De acordo com pesquisa Nickelodeon Business Solution Research – Fonte: Site da Associação Brasileira de Licenciamento.

⁵ De acordo com pesquisa Nickelodeon Business Solution Research – Fonte: Gazeta Mercantil 3.1.2007.

⁶ O Estado de S. Paulo, caderno B, p. 17, de 12.10.2005.

⁷ Revista Dinheiro edição 422 de 8.3.2006, pp. 69-70.

⁸ Pesquisa realizada por TNS InterScience citada na Revista Veja de 20.12.2006, p. 100.

Por que uma criança de 6 anos precisa de um celular? Não há nenhuma razão que justifique mais essa necessidade criada pelo mercado de consumo, além da antecipação da idade adulta. A respeito dessa questão, interessante observar que as regras de proteção do governo inglês sugerem que crianças com menos de 12 anos não usem telefones celulares⁹.

As crianças não podem ser tratadas como adultos em miniatura, mas como seres humanos já dotados de direitos. Necessitam de proteção especial por conta de sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, pois vivenciam uma etapa de vida distinta daquela vivida pelo adulto. Não são seres inacabados a caminho de uma suposta plenitude na fase adulta. Vale notar que entre 3 e 6 anos não têm noção de caro e barato e o critério da compra é o prazer. Dos 7 aos 9 anos já se sentem independentes para desafiar as condições dos pais¹⁰.

Aliás, faz mal às crianças antecipar-se a sua idade adulta. É importante que sejam tratadas como tal e tenham seus direitos assegurados, inclusive o de brincar, que, entre outros tantos benefícios, é responsável por auxiliá-las no desenvolvimento emocional, da inteligência, da afetividade, da cognição, da coordenação motora, da imaginação e da criatividade.

Não há dúvidas de que os pais são também responsáveis pelos problemas advindos do consumismo cada vez mais verificado nas crianças. Muitas vezes por trabalharem o dia inteiro fora de casa, quando vêem seus filhos sentem-se culpados e fazem as vontades das crianças, como forma de compensar-lhes suas ausências. Porém, ao invés de ajudá-los, os pais acabam prejudicando sua formação.

A interação entre filhos e pais não pode, com efeito, limitar-se às idas nos finais de semana aos *shoppings centers*, com suas áreas de jogos eletrônicos, cinemas e praças de alimentação repletas de *fast food*. Os pais não podem querer compensar suas ausências com compras, mas, ao revés, precisam impor limites aos seus filhos, pois crianças e adolescentes necessitam aprender a conquistar e não simplesmente ganhar tudo sem qualquer esforço.

Mas não é só aos pais que cabe a responsabilidade de zelar pela infância. Até porque os adultos também são vítimas do assédio midiático e muitas vezes também não conseguem enfrentar a poderosa indústria de bens e serviços, assim como a milionária e agressiva indústria publicitária, que, no ano de 2006, no tocante às publicidades voltadas à infância movimentou R\$209,7 milhões no país¹¹.

⁹ Conforme indicado no relatório da Compass 'Commercialisation of Childhood' p. 8.

¹⁰ Pesquisa TNS InterScience – Kids Power.

¹¹ Conforme pesquisa Nickelodeon Business Solution Research.

No tocante ao assédio da mídia às crianças, cumpre ser atentado o fato de que o Brasil, hoje, é o recordista mundial na quantidade de horas que suas crianças assistem TV por dia: 4 horas e 51 minutos¹²! Essa quantidade de horas – maior que a média norte-americana – é ainda mais assustadora se for observado que 80% da programação a que assistem é formatada para o público adulto. Ao invés de estimular nas crianças e adolescentes a capacidade de pensar e contribuir, como um verdadeiro meio de educação propiciado por uma concessão pública, a programação televisiva brasileira possui baixa qualidade e muito poucos programas essencialmente direcionados a esse público.

E o que é pior, os anúncios apresentados durante os intervalos comerciais – e mesmo inseridos como *merchandising* –, apesar de também anunciarem produtos infantis, são elaborados sem o necessário cuidado com a formação dos valores dessas pessoas.

Em pesquisa realizada com mães de crianças de 3 a 9 anos, na Argentina, México e Brasil foi detectado que a publicidade é, em todos esses países, o que faz os filhos pedirem determinada marca, sendo que, em relação ao Brasil, o percentual foi o maior: dos entrevistados 83% apontou a publicidade como a principal responsável pela escolha das marcas por seus filhos¹³.

De todo o exposto, nota-se o crescimento silencioso do assédio aos pequenos, a importância que a publicidade ganhou na vida e no dia-a-dia das crianças e a dificuldade que os pais e responsáveis têm enfrentado na intimidade de seus lares, sem que a sociedade e o Estado estejam atuando de forma vigorosa para conter os abusos e os excessos do mercado publicitário, que é o principal causador e fonte de criação de desejos e vontades no público infantil.

Legislação pátria sobre publicidade e direitos da criança

É bem certo que a legislação pátria possui comandos suficientes para tanto. Contudo, também não é menos correto que tais regras não estão tendo a devida efetividade.

No artigo 227¹⁴ a Constituição Federal estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar “*com absoluta prioridade*” à criança e ao adolescente os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade,

¹² Dado relativo ao ano de 2005 do Painel Nacional de Televisão do IBOPE.

¹³ De acordo com pesquisa TNS – InterScience – Kids Power.

¹⁴ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)”.

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também determina que todas as crianças e adolescentes deverão ser protegidos de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, de acordo com a doutrina da “*proteção integral*”.

No mesmo sentido, de forma a priorizar a doutrina norteadora da defesa dos direitos da infância e da adolescência, da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece os direitos dessas pessoas em desenvolvimento e o respeito à sua integridade inclusive com relação aos seus valores, nos artigos 4¹⁵, 5¹⁶, 6¹⁷, 7¹⁸, 17¹⁹, 18²⁰, 53²¹, dentre outros.

Também prevê, no seu artigo 76²², as normas a serem seguidas pelas emissoras de rádio e televisão no tocante à programação, a fim de que dêem preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas que respeitem os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não disciplina a publicidade de forma específica, que, por competência delegada pela Constituição Federal à proteção do consumidor, é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

¹⁵ “Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

¹⁶ “Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”.

¹⁷ “Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento.”.

¹⁸ “Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”.

¹⁹ “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.”.

²⁰ “Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”

²¹ “Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (...).”

²² “Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artística, culturais e informativas. (...)”.

No tocante à publicidade, o artigo 37²³ do Código de Defesa do Consumidor proíbe a publicidade enganosa ou abusiva.

No §1º desse dispositivo o legislador explica que a publicidade enganosa é “*qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário*” que seja inteira ou parcialmente falsa ou por qualquer outro modo – inclusive por omissão (§3º) – seja 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*”.

CLAUDIA LIMA MARQUES²⁴ observa que “*parâmetro para determinar se a publicidade é ou não enganosa deveria ser o observador menos atento, pois este representa uma parte não negligenciável dos consumidores e, principalmente, telespectadores*”.

É enganosa a publicidade que leva o consumidor ao erro, sendo que não se exige prova de enganabilidade real, pois basta uma mera enganabilidade potencial – não é necessário que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. Da mesma forma, também é irrelevante a boa-fé do anunciante. Não é somente a publicidade falsa que é enganosa. A publicidade pode ser integralmente correta e ser enganosa, seja porque alguma informação essencial não foi passada, seja porque de alguma forma faz com que o consumidor a compreenda de forma equivocada.

ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN²⁵, a esse respeito, menciona:

“O grande labirinto dessa matéria decorre exatamente do fato de que a publicidade enganosa nem sempre é evidentemente falsa. ‘O problema da *veracidade* da publicidade deve pôr-se da seguinte maneira: se os publicitários *mentissem* verdadeiramente, seria fácil desmascará-los – só que não o fazem – e se não o fazem, não é por serem demasiado inteligentes, mas sobretudo porque a arte publicitária consiste principalmente na invenção de enunciados persuasivos, que não sejam nem verdadeiros nem falsos.”

²³ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

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

²⁴ *In Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 538.

²⁵ *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 6ª edição, Editora Forense Universitária, 1999, pp. 285.

No §1º desse dispositivo o Código de Defesa do Consumidor explica que a publicidade abusiva é aquela que atenta contra valores da sociedade. De forma exemplificativa – mas não limitada – o Código de Defesa do Consumidor apresenta as seguintes situações, nas quais é considerada abusiva a publicidade:

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

CLAUDIA LIMA MARQUES²⁶ define a publicidade abusiva assim: “... é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a sociedade como um todo.”.

ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN²⁷ segue no mesmo sentido: “Abusivo seria aquilo que ofende a ordem pública (public policy), o que não é ético ou o que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores”.

Daí porque uma publicidade pode ser absolutamente verdadeira e correta quanto à informação e, ao mesmo tempo, ser proibida por ser considerada abusiva e, portanto, ilícita.

Toda e qualquer publicidade que se dirige ao público infantil não é ética, pois, por suas inerentes características, vale-se de subterfúgios e técnicas de convencimento perante um ser que é mais vulnerável – e mesmo presumidamente hipossuficiente – incapaz não só de compreender e se defender de tais artimanhas, mas mesmo de praticar – inclusive por força legal – os atos da vida civil, como, por exemplo, firmar contratos de compra e venda²⁸.

ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN²⁹ observa, a propósito da publicidade que é dirigida às crianças, que elas são consideradas, para fins do Código de Defesa do Consumidor, hipossuficientes – ou seja, consumidores extremamente vulneráveis:

²⁶ In *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 539.

²⁷ In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 6ª edição, Editora Forense Universitária, 1999, pp. 297.

²⁸ Conforme o seguinte dispositivo do Código Civil:

“Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos; (...).”

²⁹ In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 6ª edição, Editora Forense Universitária, 1999, pp. 299-300.

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

Na verdade, por essas mesmas razões pode-se ir além, dizer-se que qualquer publicidade dirigida às crianças – assim consideradas as pessoas menores de 12 anos – são intrinsecamente abusivas, na medida em que, se elas não compreendem o caráter parcial da mensagem publicitária não têm condições de entendê-la como tal e, por isso, elas estarão sempre tendo a sua deficiência de julgamento e experiência explorada pela publicidade.

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

Mas não é só. Um dos princípios fundamentais que rege a publicidade no país é o ‘princípio da identificação da mensagem publicitária’, por meio do qual, nos termos do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, “*a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal*”.

Ora, existem inúmeras pesquisas, pareceres e estudos realizados não só no Brasil, como no exterior, demonstrando que as crianças, assim consideradas as pessoas de até doze anos de idade, não têm condições de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas, por não conseguirem distinguí-las da programação ou conteúdo no qual são inseridas, nem, tampouco, compreender seu caráter persuasivo.

Merece destaque o estudo realizado pelo sociólogo sueco ERLING BJURSTRÖM³⁰ nesse sentido, bem como o parecer do Professor YVES DE LA TAILLE, elaborado a pedido do Conselho Federal de Psicologia para os debates relativos ao Projeto de Lei nº 5.921/2001 – que intenta regulamentar a publicidade dirigida às crianças – no qual esse que é, autoridade na psicologia do desenvolvimento, reforça a tese de que as crianças não conseguem ter olhos

³⁰ Bjurström, Erling, ‘Children and television advertising’, Report 1994/95:8, Swedish Consumer Agency http://www.konsumentverket.se/documents/in_english/children_tv_ads_bjurstrom.pdf

críticos à publicidade e nem se autodeterminar perante anúncios comerciais, por conta de seu estágio de compreensão e entendimento do mundo em processo de desenvolvimento.

Daí tem-se que as crianças não conseguem identificar a publicidade como tal e, portanto, quando lhes é dirigida viola também o princípio da identificação da mensagem publicitária, infringindo o disposto no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor.

Vale observar que o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor prevê tal princípio, determinando que a publicidade deve ser veiculada de forma que o consumidor fácil e imediatamente a identifique como tal. A publicidade deve ser facilmente compreendida como sendo publicidade para o público alvo ao qual se destina, para que não seja enganado e receba a informação de forma clara e precisa. Nas palavras de CLAUDIA LIMA MARQUES³¹:

“(…) O princípio da identificação obrigatória da mensagem publicitária, instituído no art. 36, tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor, no intuito de vender-lhe algum produto ou serviço. Este princípio serve, de um lado, para proibir a chamada publicidade subliminar, que no sistema do CDC seria considerada prática de ato ilícito, civil e mesmo penal.”

Sobre esse princípio ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN³² observa o seguinte:

“Este princípio acolhe o *princípio da identificação* da mensagem publicitária. A publicidade só é lícita quando o consumidor puder identificá-la. Mas tal não basta: a identificação há que ser imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica).

Publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor. (...)

O dispositivo visa a impedir que a publicidade, embora atingindo o consumidor, não seja por ele percebida como tal. Basta que se mencionem as reportagens, os relatos ‘científicos’, os informes ‘econômicos’, verdadeiras comunicações publicitárias transvertidas de informação editorial, objetiva e desinteressada. Veda-se, portanto, a chamada

³¹ In Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 529.

³² In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 6ª edição, Editora Forense Universitária, 1999, pp. 277-278.

publicidade clandestina, especialmente em sua forma redacional, bem como a subliminar.”

Esse princípio afeta também o *merchandising*, que pode ser definido como a divulgação publicitária de produtos e serviços inserida no conteúdo da programação, como, por exemplo, em peças de teatro, filmes e novelas.

A esse respeito, não se pode concordar com a opinião dos doutrinadores acima mencionados, no sentido de que seria possível, pela legislação pátria, o *merchandising* desde que o consumidor-espectador fosse esclarecido no início do espetáculo ou nos créditos de apresentação do filme ou da novela, de que a inserção dos produtos e serviços em questão é uma forma de mensagem publicitária e, portanto, possui caráter comercial. Referida ‘solução’, na prática, não surtiria o efeito desejado pelo legislador no sentido de fazer com que a publicidade seja fácil e imediatamente identificada como tal.

Para que o *merchandising* pudesse ser realmente considerado permitido pela legislação consumerista seria minimamente necessário que durante a sua prática – ou seja no exato momento – o consumidor fosse avisado. A título de exemplo, no caso das novelas, durante a exposição do produto ou do serviço objeto do *merchandising* deveria aparecer uma ‘faixa’ na parte inferior do monitor de TV informando ao consumidor que aquela exposição tem caráter publicitário e comercial.

É importante ser ressaltado, ainda, que, em hipótese alguma, poderia se considerar permitido o *merchandising* voltado ao público infantil, que sequer compreende a distinção entre o conteúdo da programação e a publicidade, nem a própria publicidade em si.

Por fim, cumpre lembrar que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças³³, que tem força de Lei no Brasil, apesar de não abordar a temática específica da publicidade dirigida a crianças, também estatui os direitos fundamentais de todas as crianças a um desenvolvimento saudável e equilibrado, longe de opressões e violências.

De todo o texto da Convenção, para o que mais interessa, merecem destaque os artigos 3.3 e 13³⁴, que tratam do direito à saúde e à liberdade, respectivamente. Como ameaça ao direito à saúde, a publicidade dirigida a crianças abusa do poder de influência das

³³ Disponível em: <http://www.unicef.org.br/>

³⁴ 1 – A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou de qualquer outro meio escolhido pela criança.

2 – O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas pela lei e consideradas necessárias:

- a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais; ou
- b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas.

embalagens, personagens famosos e comerciais televisivos para influenciar a escolha das crianças por um outro alimento.

A restrição à publicidade infantil e a garantia à livre manifestação do pensamento

Em relação ao exercício do direito de liberdade [artigo 13 da Convenção], é importante notar que, em consonância com esta disposição, as crianças devem poder escolher de maneira livre e consciente. A escolha inclui compreensão das diversas informações que chegam à criança e opção por um caminho ou outro. A escolha é bastante difícil quando a criança se encontra perante uma publicidade ou comunicação mercadológica a ela dirigida. No mais das vezes, a criança é intensamente influenciada pela publicidade e sua capacidade de autodeterminação se reduz. Assim, facilmente é induzida a solicitar aos adultos o produto ou serviço anunciado nos mais diferentes meios de comunicação.

E para que essa tese não pareça uma loucura ou que argumente que qualquer limitação à publicidade, ainda que para a proteção da infância, constituiria uma ameaça à garantia constitucional da liberdade de expressão – o que nem de longe pode ser considerado verdadeiro na medida em que a publicidade existe única e exclusivamente para vender e, portanto, não é atividade ou manifestação do pensamento, estando inserida não no capítulo das garantias constitucionais, mas no capítulo da Ordem Econômica – é importante notar que as legislações internacionais são muito mais rigorosas nas suas especificidades em relação à defesa da criança perante a publicidade.

A título exemplificativo podem ser citadas as legislações dos seguintes países ocidentais, todos de tradição democrática: Suécia, Noruega, Quebec e região flamenga da Bélgica que proíbem toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil; as regras da Inglaterra, que proíbem a publicidade de alimentos com altos teores de açúcar, gorduras e sódio para crianças; a legislação dos Estados Unidos que determina o tempo máximo de publicidade por hora de programação; as regras da Dinamarca e Holanda que proíbem a publicidade durante a programação televisiva infantil e as da Comunidade Européia que possuem regras bem mais restritivas.

Daí porque não tem qualquer cabimento o argumento de que se trataria de censura qualquer limitação que se queira impor no Brasil. Isso é, sem dúvidas, um argumento falacioso e emotivo utilizado pelos próprios mercados anunciante e publicitário e pelos meios de comunicação para se aproveitar da fragilidade da sociedade brasileira ante à palavra ‘censura’ após ter vivido os anos de ditadura militar que vivenciou.

Conclusão: Necessidade de se dar mais efetividade às leis postas no ordenamento positivado

Ademais, como dito anteriormente, a tese ora apresentada é no sentido de que a publicidade voltada ao público infantil já é abusiva e ilegal porquanto viola o disposto nos artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, bem como as regras de defesa dos direitos da criança estatuídas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. O que se quer é que tais dispositivos legais tenham sua efetividade garantida, inclusive, mas não tão-somente, perante o Poder Judiciário. As limitações à atividade publicitária já estão positivadas no ordenamento.
