

A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil

Thaynara de Souza OLIVEIRA*

Diógenes Faria de CARVALHO**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Fundamento de proteção à infância; 3. Regulamentação da publicidade dirigida à criança no Brasil; 3.1. Os sistemas de controle da publicidade e a opção brasileira; 3.2. Dispositivos constitucionais sobre a publicidade; 3.3. O CDC e a publicidade infantil; 3.4. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e a publicidade infantil; 3.5. Comentários e uma visão comparada da regulamentação legal da publicidade infantil no Brasil; 4. Estrutura do controle da publicidade infantil no Brasil; 4.1. O controle estatal da publicidade infantil; 4.2. O controle privado da publicidade infantil; 5. Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo o estudo da tutela das crianças consumidoras frente à publicidade. Após apresentar os fundamentos de proteção à infância, pretende-se estudar o tratamento que se tem dispensado à publicidade infantil no ordenamento jurídico pátrio, assim como examinar a estrutura orgânica do controle das mensagens publicitárias no País, oferecendo-se críticas e sugestões para a regulamentação e o controle. Para tanto, adotou-se, primordialmente, o método dedutivo e procedeu-se a uma vasta pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Direito do Consumidor. 2. Criança. 3. Proteção. 4. Publicidade.

ENGLISH TITLE: *The Protection of Children as Consumers against Publicity in Brazil*

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Fundamentals of childhood protection; 3. Regulation of publicity directed to children in Brazil; 3.1. The control systems of publicity and the Brazilian option; 3.2. Constitutional dispositions on publicity; 3.3. Consumer law and children's publicity; 3.4. The Brazilian Code of Publicity Self-Regulation and children's publicity; 3.5. Comments and a compared view on legal regulation of children's publicity in Brazil; 4. Structure of children's publicity's control in Brazil; 4.1. State control of children's publicity; 4.2. Private control of children's publicity; 5. Conclusions; References.

ABSTRACT: *This work has as its principal objective the study of the youngsters' protection against the advertising directed at them. After*

* Estudante de Direito.

** Doutorando em Psicologia (Análise do comportamento do consumidor) pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO) e Mestre em Direito Econômico-Empresarial pela Universidade de Franca - SP (UNIFRAN).

presenting the foundations of the children's protection, we will study the treatment that has been given to children's advertising in the Brazilian legal system, as well as examine the structure of the advertising's control in Brazil, offering criticisms and suggestions for regulation and control. For this purpose, we have primarily adopted the deductive method and proceeded to a vast bibliographic research.

KEYWORDS: 1. Consumer Law. 2. Child. 3. Protection. 4. Advertising.

1. Introdução

Nas sociedades contemporâneas, as crianças desempenham um relevante papel econômico no mercado. Elas são, ao mesmo tempo, consumidoras de produtos e serviços infantis, influenciadoras das decisões familiares de compra e os futuros consumidores adultos, já habituados e fidelizados a determinadas marcas.

Acompanhando o crescimento desse nicho mercadológico, a publicidade dirigida aos infantes se tornou mais expressiva. Ocorre que as crianças constituem alvos fáceis para as mensagens publicitárias, já que possuem uma diminuta capacidade de seleção e contra-argumentação, não compreendem os objetivos econômicos da publicidade, são incapazes até certa idade de diferenciar programas não comerciais e publicidade e, ainda, atribuem muita credibilidade à televisão.

Com efeito, a publicidade infantil, programática e manipulativa, além de suscitar efeitos perversos aos infantes, inevitavelmente acaba apresentando um grande potencial abusivo.

Diante disso, propõe-se a seguir um estudo da tutela das crianças na seara da publicidade. Para tanto, após apresentar os fundamentos de proteção à infância, analisar-se-á a regulamentação vigente e examinar-se-á a estrutura orgânica do controle das mensagens publicitárias infantis no Brasil.

2. Fundamento da proteção à infância

A ideia de que as crianças necessitam de proteção tem sua origem na teoria do desenvolvimento infantil. Tendo em vista a sua falta de maturidade física e mental, os infantes são considerados no mundo ocidental como pessoas em desenvolvimento. Cuida-se do chamado paradigma desenvolvimentista segundo o qual:

as crianças progridem em um conjunto fixo de estágios naturais, biologicamente definidos por habilidades cognitivas e emocionais, até alcançarem seu ápice na maturidade da vida adulta. A teoria também assume que as crianças são incompletas e imaturas, carecem de aperfeiçoamento de seus

comportamentos e de direcionamento por parte dos adultos.¹

Baseando-se nesse paradigma tradicional da proteção infantil, as nações ocidentais começaram a envidar esforços conjuntos para a criação de uma política de defesa da criança. Essa preocupação tem sido externada desde a Declaração de Genebra de 1924, que enunciava “a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial”, passando pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 (Pacto San Jose da Costa Rica) que, em seu art. 19, dispõe que “toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”, até a mais recente Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, aprovada em 1989, que reconhece que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento” e obriga as Nações a adaptar suas legislações internas a fim de constituírem a proteção da criança como uma prioridade²⁻³.

Como se observa, a preocupação com a dignidade da criança em âmbito internacional não é nova, mas sim bastante consolidada, e foi seguida de um processo gradual de incorporação pelos Estados, em seus ordenamentos jurídicos, da defesa das crianças como princípio de absoluta prioridade. No caso do Brasil, a experiência não foi diferente.

A Constituição da República de 1988, pela primeira vez na história, tratou com destaque, em seu Título VIII, Capítulo VII, da questão da proteção da criança. Em rigorosa consonância com os princípios de proteção integral da criança sistematizados na Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, a Lei Maior brasileira aborda a defesa do infante como prioridade, enunciando, em seu art. 227, que sua proteção é dever da família, da sociedade e do Estado, senão veja-se:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴

¹ SCHOR, Juliet B. *Nascidos para comprar: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo*. São Paulo: Editora Gente, 2009, p. 214.

² SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; CURY, Munir *et al.* *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 11-12.

³ No mesmo sentido, são ainda citados na doutrina: Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 que apelava ao direito a cuidados e assistência especiais; Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, adotada pela ONU; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (Resolução 40/33 da Assembleia-Geral de 29.11.85); as Diretrizes de Riad (Assembleia-Geral da ONU de novembro/1990); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Assembleia-Geral da ONU de novembro/1990); dentre outros.

⁴ Cumpre anotar que não obstante tenham sido tratados os direitos da criança e do adolescente em destaque no Título VIII da Constituição, encontram-se eles intrínsecos nos demais Títulos, uma vez que a Constituição em seu todo garante o direito de cidadania, e as crianças e adolescentes são titulares de todos esses direitos. (FIRMO, Maria de Fátima Carrada. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.22).

Instituiu-se, pois, no ordenamento jurídico pátrio a diretriz de proteção integral à criança e, implicitamente, o dever de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Neste diapasão, o constituinte outorgou aos infantes diversos direitos sociais especiais, sublinhando que os mesmos devem ser observados com prioridade, além de ter incumbido à família, à sociedade e ao Estado, em conjunto, o dever de proteção dos menores. Assegurou-se, assim, pelo menos formalmente, todas as condições de vida adequadas ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social de toda criança.

A fim de implementar a proteção dos menores estabelecida na Constituição, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sob a forma da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, que revogou o antigo Código de Menores de 1979. O ECA prega como diretriz única e básica no atendimento de crianças e adolescentes a doutrina da proteção integral, em observância ao previsto na Constituição, e estabelece medidas concretas para a garantia dos direitos dos infantes.

Essa proteção integral, como esclarece Momberger, deve ser entendida em seu sentido mais amplo, visto que a criança necessita de amparo físico, material, psicológico ou espiritual, a fim de que sejam supridas suas necessidades de afeto, alimento, vestuário, saúde, educação, lazer, etc., e lhe seja dispensado todo o cuidado e proteção em face de qualquer forma de exploração⁵.

De tal arte, conclui-se que as crianças devem ser protegidas em todos os aspectos, inclusive frente à publicidade. Assegurar às crianças todas as oportunidades de desenvolvimento pleno e harmonioso, com respeito e dignidade, certamente, envolve a proteção especial contra a abusividade da publicidade. E incumbe ao Estado, à família e à sociedade, conjuntamente, a consecução dessa tarefa.

3. Regulamentação da publicidade dirigida às crianças no Brasil

3.1. Os sistemas de controle da publicidade e a opção brasileira

Considerando que a publicidade, inclusive a infantil, constitui fenômeno social inerente ao sistema capitalista, tem-se que não pode ser rechaçada ou proibida, devendo, contudo, ser controlada, regulamentada. A publicidade, pois, não constitui exceção à regra de que nenhuma atividade humana está isenta de controle.

Existem três sistemas de controle do fenômeno publicitário em geral, a saber, o autorregulamentar, o legal e o misto, que variam de acordo com o sujeito a quem caberá o controle, conforme se verá adiante.

O *sistema autorregulamentar* (ou sistema exclusivamente privado) corresponde ao “controle interno da publicidade realizado por órgão privado e ligado ao setor publicitário”⁶.

⁵ MOMBERGER, Noemí Friske. *A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 41-42.

⁶ CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva,

Assinala Calais-Auloy⁷ que os profissionais foram os primeiros a compreender os perigos de uma publicidade desenfreada. Se todos os desvios fossem permitidos, um sentimento de desconfiança não tardaria em se instaurar no espírito dos consumidores e a publicidade não poderia mais cumprir sua função. Os profissionais organizaram, então, um sistema de autodisciplina.

Esse sistema parte da ideia de que o próprio mercado tem incentivos mais do que suficientes para a correção dos eventuais desvios surgidos e, ademais, nos casos em que os incentivos mercadológicos se revelarem ineficientes, o próprio consumidor prejudicado pode recorrer aos tribunais sem qualquer intervenção do Estado⁸.

Chaise⁹, alicerçando-se nas lições de Segade, aponta as seguintes características fundamentais desse sistema: a) a existência de uma associação de empresários estabelecida segundo o direito privado e de livre adesão; b) a presença de regras éticas, a fim de estabelecer limites para as mensagens comerciais e, simultaneamente, evitar a arbitrariedade dos órgãos de controle; c) a criação de órgão de controle competente para fiscalizar a observância das regras fixadas; d) a competência para impor sanções aos infratores; e) a presença de poder de pressão para o cumprimento da sanção.

De acordo com a autora, o sistema em apreço apresenta como principal vantagem a garantia ao consumidor de solucionar o conflito mediante a arbitragem e a composição, evitando a morosidade e o custo da apresentação da controvérsia ao Judiciário¹⁰.

De outra parte, várias objeções podem ser feitas a este sistema. Nesse sentido, Benjamin pontua que o controle, nesse caso, não se faz pelo ângulo do consumidor, “mas agregando-se a preocupações dessa natureza outras que pouco têm a ver com ele, na sua posição de parte vulnerável no mercado, como aquelas relativas à concorrência desleal e à moralidade” e, ademais, este sistema de controle não abarca todos os operadores, mas apenas aqueles que o aderem voluntariamente¹¹.

No *sistema legal* (ou sistema exclusivamente estatal), em contraposição ao controle autorregulamentar, compete exclusivamente ao Estado controlar a publicidade. Em outros termos, somente o Estado pode regulamentar e controlar as mensagens comerciais, inexistindo qualquer participação de atores publicitários.

Cuida-se de um controle externo, isto é, uma forma de intervenção do Estado na iniciativa privada. Por isso, “os agentes econômicos interessados na operação publicitária empenham-se no mundo todo, tentando afastar o espectro sempre

2011, p. 25.

⁷ No original: “Les professionnels ont, les premiers, compris les dangers d’une publicité débridée. Si tous les coups étaient permis, un sentiment de défiance ne tarderait pas à s’instaurer dans l’esprit des consommateurs et la publicité ne pourrait plus remplir sa fonction. Les professionnels ont donc organisé des systèmes d’autodiscipline” (CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 5^a ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 124).

⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9^a ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 313.

⁹ CHAISE, Valéria Falcão. Op. cit., p. 25-26.

¹⁰ Idem, p. 26.

¹¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et al.* Op. cit., p. 313-314.

ameaçador do Estado-legislador”¹².

Não obstante essa oposição, parece-nos evidente a necessidade de um controle estatal das práticas publicitárias, tendo em vista, sobretudo, a posição imparcial do Estado e seu poder coercitivo sobre os particulares. Não se exclui, todavia, o controle corporativo¹³. Nesse sentido, Calais-Auloy reconhece que a autodisciplina não é suficiente para afastar todos os abusos da publicidade¹⁴.

O *sistema misto*, por seu turno, consiste na adoção do controle voluntário da publicidade por intermédio de entidade autorregulamentar conjuntamente ao controle estatal. Trata-se de “modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e outro a cargo dos partícipes publicitários”¹⁵.

A doutrina majoritária entende que no Brasil hoje vigora o controle misto da publicidade¹⁶. Isso tendo em vista que, conforme se verá adiante, subsistem o controle interno ou corporativo levado a efeito pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) juntamente com o controle exercido pelo Estado segundo as normas constantes do CDC.

Feitas essas considerações, antes de adentrarmos no conteúdo da regulamentação legal e privada da publicidade em relação às crianças, é imperioso apresentar o tratamento da matéria na Constituição Federal.

3.2. Dispositivos constitucionais sobre a publicidade

A Constituição da República garante, em seu art. 5º, inciso IX, a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, vedando expressamente a censura. No mesmo sentido, o art. 220, *caput*, prescreve que “a manifestação do pensamento, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veiculação não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” e, no § 2º, resta vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística.

A proibição de censura no texto constitucional é bastante ampla, referindo-se à liberdade intelectual (qualquer forma de expressão e informação), e não apenas à liberdade de imprensa. A censura é uma exacerbação do poder de polícia do Estado, em

¹² PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 67.

¹³ Nesse sentido, a Diretiva n.º. 84/450 da Comunidade Europeia, em seu art. 4º, repudia modelo exclusivamente autorregulamentar e sugere que os Estados-Membros estipulem meios adequados e eficazes para o controle da publicidade enganosa, como os controles administrativo e judicial. (Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=384Lo450&model=guichett>. Acesso em 20 set. 2013).

¹⁴ No original: “Si bien faite soit-elle, l’autodiscipline ne saurait écarter tous les abus de la publicité” (CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. Op. cit., p. 126).

¹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et al.* Op. cit., p. 314.

¹⁶ Nesse sentido: Valéria Falcão Chaise, José Carlos Maldonado de Carvalho, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Sérgio Rodrigues Martinez, dentre outros. Em sentido contrário, Walter Ceneviva e Adalberto Pasqualotto. Este último jurista entende que inexistente uma regulamentação mista no País, já que as normas do CONAR não são aptas para a produção de efeitos jurídicos perante terceiros. O autor afirma que o advento da regulamentação estatal da publicidade com o CDC ocupou inteiramente o espaço antes deixado livre à autonomia privada e, portanto, a lei não deixou margem alguma para a regulamentação privada dessa matéria. (PASQUALOTTO, Adalberto. Op. cit., p. 69).

que se visa impedir a comunicação indiscriminada.

Apesar de a publicidade, como forma de manifestação de pensamento, criação, expressão da atividade intelectual, artística, de comunicação e informação, ser *a priori* livre, impende consignar que essa liberdade não é absoluta¹⁷⁻¹⁸. O poder público, no intuito de defender padrões mínimos de moralidade ou direitos constitucionalmente assegurados, pode (e deve) exercer controle sobre a expressão intelectual, sobretudo quando veiculada pelos meios de comunicação em massa¹⁹. De modo que sobre a publicidade inevitavelmente incidirão limitações, impostas pelo Estado.

Não há na Magna Carta um capítulo referente à restrição da publicidade, no entanto encontra-se em seu texto diversos dispositivos ligados ao tema. O texto constitucional estabelece que a competência para legislar sobre publicidade é da União (art. 22, XXIX), além de prever que compete à lei federal estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da publicidade de produtos, práticas e serviços que podem ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º) e determinar que a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias será sujeita às restrições legais (art. 220, § 4º).

Assim, se por um lado a Lei Maior estabelece a liberdade de comunicação, a qual, segundo Silva, “consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”²⁰, estando aí incluída a propagação de ideias relativas a produtos e serviços; de outra parte, existem restrições às eventuais exacerbações no exercício desse direito de informação, estando, pois, “obviamente, constitucionalizada a coibição aos abusos na publicidade”²¹.

Contudo, como se nota, a Constituição apenas apresenta as diretrizes *supra* e não regula a publicidade, atribuindo competência à União para fazê-lo por meio de lei ordinária federal, de sorte que inexistem dispositivos constitucionais específicos sobre a publicidade infantil.

3.3. O CDC e a Publicidade Infantil

Ante a determinação constitucional do art. 22, XXIX, o CDC regulamentou a publicidade em seus vários aspectos. O Código trouxe uma estrutura sistemática para a regulação da questão, com uma cláusula geral proibitiva das publicidades enganosa e abusiva. Deste modo, o regramento fragmentário anterior²², que contava com diversas

¹⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

¹⁸ Filiamo-nos, neste ponto, ao posicionamento segundo o qual “o objetivo comercial não macula o discurso publicitário, não o desabilita à proteção contra a censura estatal, visto que constitui, sem dúvida alguma, pura expressão do pensamento e da criatividade humana” (MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. de 2000, p. 126).

¹⁹ Celso Ribeiro Bastos *apud* MOMBARGER, Noemí Friske. Op. cit., p. 49.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 243.

²¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999, p. 269.

²² Pontue-se que “o novo regramento do CDC não exclui o preexistente, sempre que haja compatibilidade com os princípios gerais que orientam o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor”, como bem esclarece Benjamin. (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et al.* Op. cit., p. 325).

leis e dispositivos esparsos, se estruturou com o advento do diploma consumerista, o qual dedicou a Seção III do Capítulo V ao enfrentamento do tema.

Ao dispensar tratamento à comunicação comercial, o legislador reconheceu que a relação de consumo não é apenas a contratual, surgindo também por meio das técnicas de estimulação do consumo, como a publicidade²³. Neste ínterim, restou evidenciado que a proteção do consumidor não se exaure no regramento das relações contratuais, mas tem início em momento anterior ao ato de compra. Daí porque o Código dá especial atenção à publicidade, regulamentando-a.

Impende anotar que “os dispositivos que regulamentam a publicidade não têm por objetivo bani-la, mas somente conter seus abusos para que os consumidores, considerados os entes vulneráveis nas relações de consumo, não sejam prejudicados”²⁴.

Assim, ressaltou-se clarividente que o regramento da publicidade não viola o direito de livre manifestação, mas apenas incide sobre o excesso no exercício desse direito, em consonância com o princípio da intervenção do Estado nas relações de consumo e, sobretudo, com a defesa do consumidor que, por sua vez, constitui postulado norteador da ordem econômica na qual a comunicação comercial se insere.

Nesta senda, o Código “salvaguarda a universalidade dos destinatários da publicidade dos produtos e serviços em geral, elencando princípios, padrões e reprimendas, entre os quais a condenação da oferta enganosa ou abusiva”²⁵. Sobre a regulamentação da publicidade instituída pelo Código do Consumidor, Campos assinala:

O CDC constitui o meio pelo qual o Estado intervém na sociedade visando regulamentar as relações de consumo, cabendo a ele, por meio da criação de leis específicas e de fiscalização de mercado, limitar os riscos e corrigir as deformações daquilo que se considera nocivo em termos de publicidade, notadamente imputando responsabilidade às mensagens enganosas e abusivas, e submetendo seus responsáveis às penalidades previstas.²⁶

Com vistas a regulamentar a publicidade e instituir uma proteção ao consumidor, o CDC, como antes indicado, adotou vários princípios norteadores, dentre os quais, considerando o estudo aqui proposto, destacam-se o princípio da identificação da publicidade e o princípio da não-abusividade.

O princípio da identificação da publicidade decorre do teor do art. 36, que dispõe: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. A mensagem comercial não pode ser mascarada, mas sim caracterizada, devendo ser de pronto identificada pelo destinatário sem exigir grande conhecimento ou nível intelectual. Sendo a mensagem persuasiva, “deve ser identificada desde logo, possibilitando ao destinatário que se previna e resista aos argumentos – ou ceda, se quiser”²⁷. Cuida-se de postulado decorrente da boa-fé

²³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et al.* Op. cit., p. 326.

²⁴ MOMBERGER, Noemí Friske. Op. cit., p. 51.

²⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et al.*, Op. cit., p. 359.

²⁶ CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista Editora, 1996, p. 213.

²⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Op. cit., p. 84.

objetiva, estabelecendo os deveres de lealdade e de transparência.

O princípio da não-abusividade, por sua vez, almeja reprimir desvios na mensagem publicitária que prejudiquem os consumidores²⁸. Este postulado encontra-se previsto no art. 37, § 2º, do CDC, que veda a publicidade abusiva com intuito de proteger valores tidos como importantes para a sociedade de consumo. O legislador entendeu que a publicidade não pode se sobrepor aos valores sociais mais caros, quer dizer, a liberdade publicitária não pode ir de encontro com determinados imperativos de ordem pública, que são superiores às intenções promocionais dos anunciantes²⁹.

À luz desses princípios norteadores da comunicação comercial, o CDC, como é cediço, instituiu a proibição da publicidade abusiva, elencando, inclusive, a proteção do consumidor em face dela como um direito básico (art. 6º, IV). E é neste ponto que se observa um regramento mínimo que se aplica à publicidade infantil em particular.

O estatuto consumerista, em seu art. 37, § 2º, classificou como abusiva, dentre outras, a publicidade que “*se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*”. Trata-se de norma bastante genérica que buscou observar a prioridade na proteção integral à criança, em consonância com o disposto na Constituição da República, no ECA e também com o teor do art. 36 da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, o qual dispõe que “os Estados Partes protegerão a criança contra todas as demais formas de exploração que sejam prejudiciais para qualquer aspecto de seu bem-estar”.

O Código, num esforço enumerativo (porém, não exaustivo), mencionou expressamente a atenção especial que merecem as crianças contra abusos publicitários.

Ora, é inegável que os infantes, devido à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, são bastante influenciáveis e não possuem “a mesma capacidade de um adulto para tomar decisões e avaliar outros critérios subjetivos relativos à publicidade”³⁰. Por consequência, a eles deve ser dispensada proteção especial em vários aspectos, inclusive na seara da comunicação comercial a elas dirigida. Constitui, pois, dever do Estado intervir na publicidade infantil, impondo limites na lei e estabelecendo um controle efetivo.

Isso a fim de que seja concretizada também a proteção da criança contra qualquer conteúdo a elas nocivo, nos termos do previsto no art. 71 do ECA, que preceitua o respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, no que tange às informações, produtos e serviços dirigidos aos infantes. O legislador desse estatuto, apesar de não contemplar disposição específica sobre a publicidade dirigida à criança³¹, preocupou-se em proteger os infantes do conteúdo da programação, inclusive o publicitário, inadequado e passível de causar danos psicológicos, tendo em vista a sua falta de maturidade.

²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 199.

²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et al.*, Op. cit., p. 351.

³⁰ MOMBERGER, Noemí Friske. Op. cit., p. 64.

³¹ O ECA não contemplou o teor do art. 66 do já revogado Código de Menores (Lei nº. 6.697/1979), o qual classificava como infração sujeita a pena o ato de “Exibir, no todo ou em parte, filme, cena, peça, amostra ou congêneres, bem como propaganda comercial de qualquer natureza, cujo limite de proibição esteja acima do fixado para os menores admitidos ao espetáculo”.

Sendo assim, em uma interpretação sistemática do disposto no art. 37, § 2º, do CDC e no art. 71 do ECA, tem-se que a publicidade infantil deve observar a idade do destinatário e respeitar sua condição de hipervulnerável, sob pena de se revelar abusiva e incorrer nas sanções previstas no estatuto consumerista, sobretudo a contrapropaganda, *ex vi* do art. 56, XII, do CDC.

Digno de menção também o disposto no art. 39, IV, do CDC. Tal norma prevê a proteção dos infantes ao vedar ao fornecedor “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua *idade*, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Não obstante o referido dispositivo esteja inserido na Seção IV, que trata de práticas abusivas, verifica-se que reafirma o mesmo mote da proibição à abusividade na publicidade infantil. O fornecedor não pode valer-se de todos os meios, inclusive na seara da publicidade, para constranger os infantes ao ato de compra. Sua condição especial de pessoa em desenvolvimento e mesmo sua dignidade devem ser respeitadas, de sorte que a intenção promocional da empresa não se sobreponha à hipervulnerabilidade dos infantes.

Toda a lógica do sistema consumerista em termos de proteção à criança frente à publicidade se resume ao respeito de sua condição de hipervulnerável, a qual decorre de sua deficiência de julgamento, inexperiência, condição de pessoa em desenvolvimento, etc. O princípio geral da prioridade de proteção à criança instituído na Carta Magna resta, pois, observado no Direito do Consumidor, em especial no campo da publicidade em que as crianças são mais vulneráveis no mercado, tendo em vista, sobretudo, o preceito contido no art. 37, § 2º, do CDC. O Código, desta feita, se coaduna e se harmoniza com a legislação nacional e internacional de proteção à infância.

No entanto, embora com o advento do CDC tenha-se dado enfoque especial no plano jurídico à publicidade, afora os mencionados dispositivos da lei consumerista, não encontramos na legislação brasileira outras normativas específicas referentes à publicidade infantil, “cabendo, pois, ao julgador, no exame do caso concreto, avaliar e definir as situações de abusividade direcionadas às crianças”³², o que evidencia o sistema jurídico aberto baseado em cláusulas gerais instituído pelo legislador no CDC.

Há, contudo, no âmbito da autorregulamentação, regramento da matéria, conforme será demonstrado no item a seguir.

3.4. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e a Publicidade Infantil

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP) é um código de conduta ética dirigido aos anunciantes, o qual foi aprovado em 1978 por entidades representativas do mercado brasileiro publicitário. Cuida-se de forma de expressão secundária do direito (fonte subsidiária) para defesa dos interesses dos consumidores em matéria publicitária. Porém, por se tratar de uma regulamentação ética corporativa,

³² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 184.

é desprovida de cogência legal.

Nesse sentido, Benjamin afirma que “as regras da autorregulamentação não são normas jurídicas, faltando-lhes, por isso mesmo, a qualidade de generalidade, obrigando somente aos aderentes, isto é, opera tão-só no plano normativo interno”³³.

O CBARP revela-se, pois, como mera gama de recomendações para elaboração de mensagens publicitárias com o intuito de evitar abusos que prejudiquem os consumidores. Neste passo, o referido Código cuida da publicidade abusiva e enganosa e coíbe condutas julgadas inadequadas.

O universo de normas do CBARP obedece uma sistemática que se inicia com conceitos genéricos e abstratos, chegando ao tratamento específico da regulamentação da publicidade de diferentes categorias de produtos e serviços, dando, em certo ponto, relevo às crianças.

O diploma em comento dedicou a Seção 11 à publicidade dirigida às crianças e aos jovens, partindo do pressuposto de que “os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes”.

E, diante disso, estabelece que “nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança” e que as mensagens comerciais “deverão refletir cuidados especiais em relação à segurança e às boas maneiras”, devendo abster-se das condutas abaixo elencadas:

- 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;

³³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et al.* Op. cit., p. 313.

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.

Afora isso, prevê que quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão guiar-se pelas seguintes diretrizes, *litteris*:

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.

Rechaça-se, ainda, “a ação de *merchandising* ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico”. Além disso, prescreve que “crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição”.

Ao final, a Seção 11 dispõe que o planejamento de mídia dos anúncios de produtos dirigidos às crianças e adolescentes levará em conta que esses destinatários têm sua atenção especialmente despertada para as mensagens comerciais, de modo que as mesmas refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação mais restritiva para todas as normas dispostas no Código.

Verificam-se, ainda, disposições relativas à publicidade infantil no Anexo H do Código, o qual trata das mensagens comerciais de alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas.

De acordo com esse anexo, os anúncios desses produtos, no que concerne aos infantes, deverão, em síntese: a) abster-se de desmerecer o papel dos pais, educadores, autoridades e profissionais de saúde quanto à correta orientação sobre hábitos alimentares saudáveis e outros cuidados com a saúde; b) ao utilizar personagens do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a este público-alvo, fazê-lo apenas nos intervalos comerciais, evidenciando a distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo editorial ou da programação; c) abster-se de utilizar crianças muito acima ou muito abaixo do peso normal, segundo os padrões biométricos comumente aceitos, evitando que elas e seus semelhantes possam vir a ser atingidos em

sua dignidade; d) 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.

O CBARP oferece, assim, importante contribuição com a classificação de publicidade de produtos e serviços, dirigindo-lhes regras específicas em função do público-alvo infantil, que está mais exposto às manipulações³⁴.

Nesta senda, a regulamentação levada a efeito pelo CBARP, apesar de sucinta, estabelece diretrizes relevantes para a publicidade infantil, que, caso fossem realmente observadas, minimizariam o desrespeito à hipervulnerabilidade dos infantes que pode ser observado atualmente. Sem embargo, repise-se que tais preceitos constituem meras recomendações aos anunciantes, faltando-lhes o caráter coercitivo e obrigatório da lei.

Após apresentarmos todo o sistema existente de regulamentação da publicidade em relação aos infantes tanto na esfera privada quanto na pública, teceremos a seguir alguns comentários sobre o enfrentamento legal da matéria no País.

3.5. Comentários e uma visão comparada da regulamentação legal da publicidade infantil no Brasil

Embora tenhamos afirmado que o princípio da proteção integral à criança encontra guarida no CDC (por meio do disposto no art. 37, § 2º), é forçoso reconhecer que a regulamentação legal da tutela dos infantes frente à publicidade ainda se revela bastante genérica e imprecisa.

O enunciado do referido artigo é sucinto e não especifica com exatidão como e quando a publicidade realmente se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança. Isso talvez porque o objetivo do Código seja mesmo traçar linhas gerais sobre a regulamentação da publicidade, sem adentrar em questões mais específicas, constituindo um verdadeiro “piso mínimo da tutela do consumidor”³⁵.

De qualquer modo, o que se vislumbra é uma ausência de regramento complementar detido sobre o assunto no ordenamento jurídico pátrio. E isso, frise-se, pode prejudicar a efetividade da proibição legal constante do CDC, delegando completamente ao juiz (ou ao administrador) a tarefa de instituir os verdadeiros limites da publicidade infantil a partir da análise casuística, o que, por sua vez, gera insegurança jurídica.

Com efeito, muito se discute sobre a necessidade de uma normatização legal específica no que tange aos contornos da publicidade destinada aos infantes, havendo, inclusive, projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional nesse sentido, mas que se restringem, em sua maioria, ao tratamento da questão da publicidade de alimentos ricos em

³⁴ CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. Op. cit., p. 239.

³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et al.* Op. cit., p. 359.

gordura, sal e açúcar³⁶.

É em função do reconhecimento da hipervulnerabilidade dos infantes que alguns parâmetros especiais devem ser traçados pela legislação. A regulamentação legal da publicidade dirigida às crianças, bastante específica, trazendo à baila limites claros aos publicitários promoverá uma melhor efetivação da proteção integral da criança e do respeito de sua vulnerabilidade agravada.

Destarte, defendemos que cabe ao Poder Legislativo instituir uma regulamentação setorial mais detalhada e restritiva com intuito de refrear os constantes desvios da publicidade dirigida aos infantes. Nesse orbe, estabelecer parâmetros mais concretos para esse tipo de publicidade é medida que se impõe para que possamos fazer valer o princípio de proteção integral das crianças.

Sublinhe-se que a norma genérica constante do art. 37, § 2º, do CDC não se revela suficiente para dirimir os abusos publicitários contra as crianças, devendo o referido preceito ser complementado, suprindo-se a ausência de um arcabouço legal protetivo que de fato permita a imposição de comandos mais restritivos.

Isso porque, embora as regras constantes do CBARP sejam pertinentes e promovam maior detalhamento da questão, tem-se que a falta de coercitividade das mesmas acaba dando margem ao seu descumprimento. “De fato, não há força obrigatória nessas normas, que não são normas jurídicas. É incontroverso que só a cogência da norma jurídica intimida e vincula”³⁷.

Ora, se a escolha do legislador brasileiro é no sentido de não proibir a publicidade cujo público-alvo são as crianças – posicionamento este que nos parece acertado -, urge a emissão de comandos legais pertinentes para, verdadeiramente, regular o setor nesse âmbito e, por conseguinte, assegurar de forma mais detida a proteção dos infantes frente à publicidade. Na trilha desse entendimento, Dias assinala:

Com efeito, a regulamentação dos limites da publicidade dirigida às crianças menores de 12 anos parece, de fato, ser o melhor caminho, à luz, inclusive da normativa estrangeira, em que, com exceção de dois países e uma província (Suécia, Noruega e Quebec, respectivamente), a publicidade infantil é permitida, observadas certas restrições ao seu exercício³⁸.

³⁶ Dias elenca alguns projetos de lei nesse sentido, a saber, Projeto de Lei 6.080/2005 (restringe a publicidade de alimentos e bebidas obesogênicos entre as 18h e 21h); Projeto de Lei 1.637/2007 (institui regras para a publicidade de alimentos com elevados teores de gordura saturada, açúcar, gordura trans e sódio, além de bebidas com baixos valores nutricionais, restringindo sua publicidade ao horário de 21h às 06h na televisão e na mídia eletrônica, sendo completamente vedada a sua transmissão durante a programação infantil); Projeto de Lei 1.755/2007 (proíbe a venda de refrigerantes em escolas de educação básica); Projeto de Lei 6.848/2002 (trata da comercialização de guloseimas nas escolas de educação básica, restringindo a venda de frituras, molhos industrializados e alimentos calóricos) (DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. Op. cit., p. 186-187).

Digno de menção também o Projeto de Lei 5.921/2001, de autoria de Luiz Carlos Hauly do PSDB/PR, que acrescenta um parágrafo ao art. 37 do CDC, "proibindo a publicidade destinada à venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança".

³⁷ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. de 1994, p. 153.

³⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Op. cit., p.190.

Por mais que se argumente que a edição de uma lei especial para tratar da publicidade infantil talvez não acarrete transformações significativas, é inegável que a elaboração de normas que estabeleçam limites claros e específicos, levando em consideração a condição especial de pessoa em desenvolvimento da criança, certamente incrementará a tutela dessa categoria tão vulnerável aos apelos comerciais. Isso mormente tendo em vista a obrigatoriedade de sua observância pelos agentes do setor.

Assim, parece-nos que a melhor solução para enfrentar a problemática da tutela dos infantes frente à publicidade é a normatização legal especial da matéria.

Na esteira desse entendimento, valendo-se do regramento vigente no Reino Unido para a publicidade veiculada na televisão e no rádio (*The UK Code of Broadcast Advertising*), seguem alguns contornos e restrições mais duras de conteúdo e horário da publicidade dirigida às crianças que podem constar de eventual regulamentação legal brasileira.

Cumpramos observar, de início, que no Reino Unido, é a Ofcom³⁹ (*Independent regulator and competition authority for the UK communication industries*) que tem o dever legal de manter os padrões para a publicidade na televisão e rádio. Contudo, consoante o *Communications Act 2003* (decreto do parlamento que delimita as competências da Ofcom), a entidade pode buscar formas alternativas de regulação. Com fulcro nessa previsão legal, em 2004, a instituição estabeleceu uma parceria com a ASA (*Advertising Standards Authority*) para a co-regulação do setor⁴⁰.

Um dos comitês da ASA é responsável por elaborar e manter o *UK Code of Broadcast Advertising*, sendo que, em caso de alterações mais relevantes do Código, a Ofcom pode intervir. Sendo assim, a ASA regula a publicidade no rádio e na televisão sob a égide do contrato firmado com a Ofcom. Esse sistema tem sido descrito como uma autorregulamentação dentro de uma estrutura de co-regulação⁴¹.

Feitos esses esclarecimentos, verifica-se que o *UK Code of Broadcast Advertising* não tem caráter legal *stricto sensu*, havendo, contudo, todo um sistema de sanções aos agentes do mercado em caso de descumprimento. Apesar de se tratar de código elaborado e administrado mormente pela iniciativa privada, as normas contidas nesse

³⁹ A Ofcom atua sob a égide do *Communications Act 2003*, que determina que a entidade deve promover os interesses dos cidadãos e dos consumidores. A Ofcom, que é financiada pelas taxas impostas ao setor de comunicações (além de contar com ajuda financeira por parte do governo) e presta contas ao Parlamento, instituiu as regras técnicas da regulamentação, implementando e aplicando a lei. (Disponível em: www.ofcom.org.uk. Acesso em 24 out. 2013).

⁴⁰ No original: “There is a statutory duty placed on Ofcom to maintain standards in broadcast advertising. However, better regulation principles that were included in the Communications Act 2003 placed a duty upon Ofcom to pursue alternative forms of regulation where practical. Ofcom took advantage of this provision and established a co-regulatory partnership with the ASA in 2004”. (Disponível em: <http://www.asa.org.uk/About-ASA/About-regulation/Co-regulation-of-broadcast-advertising.aspx>. Acesso em 24 out. 2013).

⁴¹ No original: “In practice, this means that the ASA system is responsible on a day-to-day basis for broadcast advertising content standards. The Broadcast Committee of Advertising Practice (BCAP) is responsible for writing and maintaining the UK Code of Broadcast Advertising, but Ofcom retains overall sign-off on major changes to the Code. The ASA is responsible for administering the Code, but is able to refer broadcasters to Ofcom for further action, if needed. This is extremely rare. The system has been described as self-regulation within a co-regulatory framework”. (Disponível em: <http://www.asa.org.uk/About-ASA/About-regulation/Co-regulation-of-broadcast-advertising.aspx>. Acesso em 24 out. 2013).

regramento se revelam bastante precisas e pertinentes, podendo sim ser reproduzidas no caso de elaboração de lei especial no Brasil.

O Código em comento trata da proteção das crianças (com até 16 anos) frente à publicidade na Seção 5, alicerçando-se no princípio de que elas devem ser protegidas de mensagens publicitárias que possam causar dano físico, psíquico ou moral, e institui as seguintes regras, *litteris*:

Rules

5.1 Advertisements that are suitable for older children but could distress younger children must be sensitively scheduled (see Section 32: Scheduling).

5.2 Advertisements must not condone, encourage or unreasonably feature behavior that could be dangerous for children to emulate. Advertisements must not implicitly or explicitly discredit established safety guidelines. Advertisements must not condone, encourage or feature children going off alone or with strangers.

This rule is not intended to prevent advertisements that inform children about dangers or risks associated with potentially harmful behavior.

5.3 Advertisements must not condone or encourage practices that are detrimental to children's health.

5.4 Advertisements must not condone or encourage bullying.

5.5 Advertisements must not portray or represent children in a sexual way.

5.6 Advertisements must not imply that children are likely to be ridiculed, inferior to others, less popular, disloyal or have let someone down if they or their family do not use a product or service.

5.7 Advertisements must not take advantage of children's inexperience, credulity or sense of loyalty. Advertisements for products or services of interest to children must not be likely to mislead; for example, by exaggerating the features of a product or service in a way that could lead to children having unrealistic expectations of that product or service.

5.8 Child actors may feature in advertisements but care must be taken to ensure that those advertisements neither mislead nor exploit children's inexperience, credulity or sense of loyalty.

5.9 Advertisements must neither directly exhort children to buy a product or service nor encourage them to ask their parents, guardians or other persons to buy or enquire about a product or service for

them.

5.10 Advertisements that promote a product or service and invite consumers to buy that product or service via a direct response mechanism must not be targeted directly at children. For a definition of “direct response mechanism”, see Section 8: Distance Selling.

5.11 If it includes a price, an advertisement for a children’s product or service must not use qualifiers such as “only” or “just” to make the price seem less expensive.

5.12 Television only – Advertisements for a toy, game or comparable children’s product must include a statement of its price or, if it is not possible to include a precise price, an approximate price, if that product costs £30 or more.

5.13 Advertisements for promotions targeted directly at children:

5.13.1 must include all significant qualifying conditions

5.13.2 must make clear if adult permission is required for children to enter.

Advertisements for competitions targeted directly at children are acceptable only if the skill required is relevant to the age of likely participants and if the values of the prizes and the chances of winning are not exaggerated.

5.14 Promotions that require a purchase to participate and include a direct exhortation to make a purchase must not be targeted directly at children.⁴²

⁴² Regras 5.1 Mensagens publicitárias que sejam adequadas para crianças mais velhas, mas que possam afligir crianças mais novas devem ter sua exibição sensivelmente programada (veja Seção 32: Programação). 5.2 Mensagens publicitárias não devem admitir, encorajar ou exibir de forma insensata comportamento que poderia ser perigoso para as crianças imitarem. A publicidade não deve implicitamente ou explicitamente desacreditar as diretrizes de segurança estabelecidas. Comerciais não devem admitir, encorajar ou apresentar crianças saindo sozinhas ou com estranhos. Essa regra não pretende impedir publicidade que informa as crianças sobre os perigos ou riscos associados com comportamentos potencialmente lesivos. 5.3 Mensagens publicitárias não devem admitir ou encorajar práticas que são prejudiciais para a saúde das crianças. 5.4 Comerciais não devem admitir ou encorajar o *bullying*. 5.5 Publicidade não deve retratar ou apresentar crianças com conotação sexual. 5.6 Mensagens publicitárias não devem insinuar que as crianças possivelmente serão ridicularizadas, tidas como inferiores, menos populares, desleais ou que terão decepcionado alguém caso elas ou suas famílias não usem o produto ou serviço. 5.7 Comerciais não devem se aproveitar da inexperiência, credulidade e senso de lealdade das crianças. Publicidade de produtos ou serviços de interesse das crianças não devem induzir a erro; por exemplo, por meio do exagero nas características do produto ou serviço, dando azo a expectativas irreais pelas crianças. 5.8 Atores mirins podem figurar em comerciais, mas devem ser tomadas precauções para assegurar que estas mensagens publicitárias não enganem ou explorem a inexperiência, credulidade ou senso de lealdade das crianças. 5.9 Comerciais não devem incitar diretamente as crianças a comprar um produto ou serviço nem encorajá-las a pedir que seus pais, responsáveis ou outras pessoas comprem ou se informem sobre o produto ou serviço para elas. 5.10 Mensagens publicitárias que promovem um produto ou serviço e estimulam os consumidores a comprá-lo por meio de um mecanismo de resposta direta não devem ser destinados diretamente às crianças. Para definição de “mecanismo direto de resposta”, veja Seção 8: Venda à distância. 5.11 Caso o anúncio de um produto ou serviço infantil inclua o preço, não devem ser usadas expressões como “apenas” ou “somente”

Do regramento supra, destacam-se a proibição de anúncios que encorajam comportamentos perigosos ou contrários à saúde da criança e daqueles que incentivam o *bullying* e apresentam os infantes com conotação sexual. Merece destaque, ademais, o fato de que as mensagens publicitárias, além de não poderem se aproveitar da falta de experiência, credulidade e senso de lealdade das crianças, quando apresentarem produtos e serviços destinados aos infantes não podem dar margem ao engano (a exemplo do exagero nas características do produto ou serviço, de maneira a dar azo a expectativas irreais pelas crianças).

Interessante, também, a disposição que proíbe a utilização das expressões como “apenas” ou “somente” em anúncios de produtos ou serviços destinados às crianças, com o escopo de fazer com que o preço pareça mais baixo. Outrossim, bem pertinente a regra segundo a qual os comerciais de brinquedos, jogos ou outros produtos assemelhados dirigidos aos infantes devem indicar o preço do bem anunciado ou, caso não seja possível indicar um valor preciso, um preço aproximado, se o produto custar 30 libras ou mais.

Como se observa, trata-se de regulamentação bastante abrangente e protetiva, que assegura o respeito à condição de hipervulnerabilidade das crianças frente à publicidade de forma mais precisa, contando até com exemplos. Essas normas são ainda completadas pelo disposto na Seção 32 do Código.

Além do regramento protetivo inscrito na Seção 5, nos termos acima analisados, o Código do Reino Unido traz, na Seção 32, uma série de restrições concernentes aos horários de exibição dos comerciais com vistas a minimizar o risco de exposição dos infantes. A proteção das crianças na seara da publicidade abarca, assim, regras que restringem os horários de transmissão de mensagens publicitárias susceptíveis de assustar ou afligir os infantes ou que sejam impróprias para eles (item 32.3).

Nessa Seção ressalta-se a regra que proíbe a exibição de comerciais de loterias, jogos de azar, jogos de computador ou *videogame* com indicação para maiores de 15 anos, remédios, vitaminas, dentre outros, durante ou de forma adjacente (leia-se: imediatamente antes ou depois) aos programas direcionados a pessoas com menos de 16 anos ou que possam interessar particularmente esse grupo (item 32.4). Na mesma proibição incidem os anúncios de alimentos ou bebidas que contêm grande quantidade de gordura, sal ou açúcar, assim classificados pela tabela da *Food Standards Agency* (item 32.5.1).

Digna de menção também a vedação de publicidade de produtos sanitários e

para fazer com que o preço pareça mais baixo. 5.12 Apenas para televisão – Comerciais de brinquedo, jogo ou outro produto assemelhado dirigido aos infantes devem indicar o preço do bem anunciado ou, caso não seja possível indicar um valor preciso, um preço aproximado, se o produto custar £30 ou mais. 5.13 Mensagens publicitárias de promoções destinadas diretamente às crianças: 5.13.1 devem conter todas as condições necessárias relevantes para participação. 5.13.2 devem deixar claro se é necessária permissão de um adulto para que as crianças participem. Comerciais de competições direcionadas especialmente às crianças são aceitáveis apenas nos casos em que a habilidade requerida seja relevante para a idade dos possíveis participantes e caso os valores dos prêmios e as chances de ganhar não sejam exageradas. 5.14 Promoções que requerem uma compra para participação e que incluam uma exortação direta para a compra não devem ser direcionadas diretamente às crianças. (tradução livre) Disponível em: <http://www.cap.org.uk/Advertising-Codes/~media/Files/CAP/Codes%20BCAP%20pdf/BCAP%20Section%205.ashx>. Acesso em 24 out. 2013.

preservativos durante ou de forma adjacente aos programas direcionados aos menores de 10 anos ou que possam interessar particularmente esse grupo (item 32.6). Ademais, comerciais em que crianças são exibidas tomando remédio, vitaminas ou outros suplementos alimentares não podem ser veiculados antes das 21 horas (item 32.7).

O regramento proíbe, outrossim, a publicidade de produtos relacionados à programação infantil nas duas horas antes e nas duas horas depois do programa, de modo a evitar o apelo excessivo ao seu consumo pelos infantes, sendo permitida, ainda, a majoração desse intervalo de proibição do comercial em casos específicos e até mesmo a total vedação de quaisquer mensagens publicitárias enquanto o programa estiver no ar (item 32.8).

Afora isso, o Código, na Seção 32, restringe a difusão para somente após as 21 horas de comerciais em que pessoas (incluindo fantoches), que aparecem regularmente e qualquer programa infantil num canal de televisão no Reino Unido, apresentam ou incentivam o uso de produtos de interesse especial das crianças (item 32.9). E, ainda, os comerciais com aparição de pessoas que participam de um programa infantil não podem ser exibidos nas duas horas anteriores e posteriores a um episódio ou edição do respectivo programa (item 32.11).

Por fim, constata-se uma especial preocupação com a identificação da mensagem publicitária pelas crianças. Neste passo, a veiculação de anúncios, em que figura uma personalidade conhecida ou alguém que dirige ou cuja participação seja central num programa infantil, é proibida para os intervalos ou de forma adjacente ao respectivo programa (item 32.10).

Vislumbra-se, pois, que vige no Reino Unido uma regulamentação bastante completa e detalhada, com limitações claras de conteúdo e horário de exibição de anúncios dirigidos às crianças e das mensagens comerciais que possam de alguma forma lhes ser nociva.

A elaboração de normatização legal brasileira específica nestes moldes consistiria em um grande avanço, há muito aguardado. Isso porque, considerando o caráter persuasivo da publicidade e seus efeitos no público infantil, facilmente se percebe que a legislação atualmente em vigor não logra êxito na proteção dos infantes frente à publicidade.

Mister se faz que a lei regulamente com profundidade e de forma restritiva a publicidade em relação às crianças, impondo limites aos comerciais durante a programação infantil, exigindo divisões claras que ajudem as crianças a discernir quando um programa termina e quando começa a publicidade, e até mesmo estabelecendo restrições de horários para exibição de determinados comerciais⁴³.

A adoção de uma lei especial nesse sentido - cuja inobservância acarrete sanções de natureza jurídica -, aliada a uma política pública de educação para o consumo voltada ao público infantil, figuraria como um importante passo para efetivação, no âmbito do

⁴³ Nesse sentido, é o posicionamento de Dias, que afirma que “certos limites de horário e conteúdo de sua veiculação, quando direcionada às crianças, pessoas ainda em desenvolvimento, podem se justificar” (DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Op. cit., p. 190).

direito do consumo, do princípio da proteção integral das crianças, consagrado na Constituição.

Entretanto, na ausência de legislação específica e sistematizada regulamentando a publicidade em consonância com o público-alvo da mensagem, no caso, as crianças, é arrazoado dizer que vigem as regras contidas no CBARP, as quais, como fontes subsidiárias, podem ser aplicadas pelos magistrados no intuito de robustecer a proteção das crianças frente à publicidade ilícita⁴⁴⁻⁴⁵.

4. Estrutura do controle da publicidade infantil no Brasil

Tão relevante quanto a existência de um regramento adequado e completo da publicidade em relação às crianças é também a implementação de um controle efetivo, que de fato consiga punir os fraudadores da lei, a fim de, em última análise, mitigar a ocorrência de publicidade ilícita nociva aos infantes.

O controle da publicidade no País, por se adotar o sistema misto, conta com uma estrutura composta por órgãos autorregulamentares e públicos, aos quais compete fiscalizar e impingir punições aos responsáveis pela veiculação das mensagens publicitárias contrárias aos parâmetros vigentes. Verifica-se, portanto, a existência de uma estrutura privada de controle e de uma estrutura pública de controle da publicidade.

Vejamos, pois, de forma sintética, como a concretização da regulamentação legal e corporativa tem sido levada a efeito, tanto a nível privado como a nível público, sob o prisma da efetividade da proteção dos infantes frente à publicidade.

4.1. O controle estatal da publicidade infantil

O controle da publicidade pelo Estado se faz essencial, pois somente o poder público possui os meios necessários a compelir o particular a cumprir suas obrigações quando da realização de um ato publicitário. Para tanto, vários órgãos com funções distintas compõem a estrutura pública de controle da publicidade.

Martinez⁴⁶, em trabalho sobre o tema, elenca as associações de consumidores, os Procons e o Ministério Público como os órgãos componentes desse sistema.

As associações de consumidores, não obstante possuam natureza jurídica de direito

⁴⁴ Nesse sentido, o art. 16 do CBARP prevê: “Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio.”

⁴⁵ Na trilha desse entendimento, Campos chega a afirmar que as normas contidas no CBARP devem ser reconhecidas como forma legítima de direito, sendo imperativa sua aplicação pelos juízes (CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. Op. cit., p. 243). Em sentido contrário, Benjamin anota que nenhuma relevância externa é conferida às regras de autorregulamentação (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et al.* Op. cit., p. 313).

⁴⁶ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Estrutura orgânica do controle da publicidade de consumo no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais abr.-jun. de 2002.

privado, atuam de maneira complementar ao sistema público de controle da publicidade. Sua atuação se resume a examinar o conteúdo das mensagens comerciais e orientar os consumidores acerca de seus direitos, além de ter legitimidade para propor ações coletivas e ser a elas facultado encaminhar denúncias aos órgãos de defesa do consumidor. Sua importância resta evidenciada na previsão do CDC de concessão pelo poder público de estímulos à sua criação e ao seu desenvolvimento (art. 5º, V).

Os Procons, por seu turno, são órgãos de natureza jurídica de direito público, pertencentes à administração direta dos Estados ou dos Municípios, que atuam em defesa dos interesses dos consumidores.

Desempenham papel especial na seara da publicidade ilegal, figurando como autoridade pública competente para aplicar sanções administrativas quando cabível - estando, contudo, desprovidos de competência para suspender a veiculação de publicidade ilegal, cabendo essa tarefa ao Poder Judiciário -, além de propor ações coletivas e atuar, por meio, principalmente, de procedimento conciliatório frente a reclamações individuais dos consumidores pretensamente lesados.

Os Procons atuam, ademais, no âmbito preventivo, ao conscientizar os consumidores quanto a seus direitos básicos, sobre as formas ilícitas de publicidade, bem como acerca dos mecanismos de tutela. Concretizam, nesse passo, a educação para o consumo, princípio constante do art. 4º, IV, do CDC.

Outrossim, o Ministério Público, como fiscal da lei e defensor da cidadania, exerce atribuições de suma relevância para o controle público da publicidade. O *Parquet* tem legitimidade para pleitear em juízo em nome da coletividade em face da ocorrência lesiva da publicidade, além de poder instaurar inquéritos civis.

O inquérito civil é um procedimento administrativo de caráter inquisitorial e informativo que permite a verificação da existência de ilicitude na publicidade. Ao instaurar um inquérito civil, o Ministério Público, por um lado, evita por vezes a propositura de medida judicial, já que este instrumento objetiva a composição extrajudicial dos conflitos e, por outro lado, procede à colheita de provas e demais elementos de convicção que fundamentam a eventual ação civil pública na defesa dos interesses da coletividade de consumidores⁴⁷.

A ação civil pública, como medida subsidiária (utilizada em caso de esgotamento das formas conciliadoras de resolução do conflito), constitui um instrumento fundamental para o controle das mensagens publicitárias, inclusive daquelas dirigidas às crianças.

Cuida-se de procedimento judicial que, nos termos da atual redação do art. 5º da Lei nº. 7.347/1985, poderá ser ajuizado não só pelo Ministério Público, mas também pelas associações de proteção aos consumidores, desde que estejam constituídas há pelo menos um ano, pelos Procons (visto que integram a administração direta), como também pela Defensoria Pública.

A referida ação revela-se como medida eficaz para a tutela dos consumidores-criança, uma vez que possibilita a suspensão e a cessação da difusão de uma publicidade

⁴⁷ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Op. cit., p. 218.

patológica considerada abusiva por, de algum modo, se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência dos infantes, além de permitir a imposição da contrapropaganda, nos termos do art. 56, XII, do CDC, bem como a responsabilização dos responsáveis pelo anúncio em virtude dos danos morais e patrimoniais causados, em consonância com o art. 6º, VI, do CDC⁴⁸.

Diante disso, ressaltamos a importância da utilização desse instrumento pelos legitimados ativos a fim de que seja realizado um controle exitoso da publicidade infantil ilícita.

Por fim, afóra os órgãos citados por Martinez, cumpre destacar a atuação da Defensoria Pública na seara do controle da publicidade. Trata-se de órgão de Estado cuja finalidade precípua consiste em prestar assistência jurídica aos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da Constituição.

No desempenho deste mister, incumbe à Defensoria Pública a defesa dos consumidores necessitados, orientando-lhes e representando-os em juízo, dispondo inclusive, com o advento da Lei nº. 11.448 de 15 de janeiro de 2007⁴⁹, de legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública.

Diante do breve panorama aqui apresentado, verifica-se que, como pontua Carvalho, o controle da publicidade exercido pelos órgãos públicos possibilitou uma atuação mais direta e efetiva no combate às práticas lesivas aos direitos dos consumidores⁵⁰, inclusive das crianças.

4.2. O controle privado da publicidade infantil

O controle da publicidade ilícita no Brasil, além de ser realizado no âmbito público, contando com a atuação dos órgãos acima citados, é igualmente feito na seara privada pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

O CONAR, a quem incumbe a autorregulamentação da publicidade, é uma sociedade civil sem fins lucrativos, com sede em São Paulo, criada em 5 de maio de 1980 e constituída, nos termos do art. 8º de seu Estatuto Social, por entidades representativas das agências de publicidade, dos veículos de comunicação e dos anunciantes e, isoladamente, por agências de publicidade, veículos de comunicação, anunciantes, fornecedores da indústria de propaganda, e ainda por entidades privadas dotadas de personalidade jurídica e que objetivem a defesa do consumidor.

Essa entidade privada representativa de empresas que compõe o setor publicitário e de comunicação tem por escopo principal a aplicação e a fiscalização do cumprimento dos limites éticos da publicidade, nos termos do Código Brasileiro de Autorregulamentação

⁴⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

⁴⁹ A Lei nº. 11.448/2007 alterou a redação da Lei nº. 7.347/1985 para fazer constar no rol dos legitimados para propositura da ação civil pública a Defensoria Pública (art. 5º, II).

⁵⁰ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor*: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. 4ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 140.

Publicitária. Nesse sentido, vejamos o teor do art. 5º do Estatuto Social, que trata das finalidades da instituição:

Artigo 5º. São finalidades do CONAR:

I. Zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas de propaganda, fazendo observar as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que prevalecerão sobre quaisquer outras.

II. Funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas.

III. Oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas, sempre que solicitada.

IV. Divulgar os princípios e normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, visando a esclarecer a opinião pública sobre a sua atuação regulamentadora de normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda a atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias.

V. Atuar como instrumento de concórdia entre veículos de comunicação e anunciantes, e salvaguarda de seus interesses legítimos e dos consumidores.

VI. Promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial.

Do trecho *suso* transcrito, infere-se que a atuação do CONAR se dá mormente no sentido de promover e controlar a aplicação do seu Código de Ética, inclusive no que concerne às disposições relativas à publicidade infantil, as quais foram apresentadas em linhas pretéritas.

O regramento constante do Código de Autorregulamentação, apesar de sucinto e genérico, como vimos, traz a lume importantes diretrizes para a publicidade dirigida às crianças, que, caso estritamente observadas pelos agentes do meio publicitário, dariam azo a importante avanço prático na proteção das crianças consumidoras.

Ocorre que a submissão das mensagens publicitárias ao CONAR e a eficácia de suas decisões (que aplicam o CBARP) tem por espeque o fato de que a ele são associados todos os setores econômicos envolvidos com a atividade publicitária. Desta sorte, a observância das deliberações decorre de vínculo obrigacional, como pontua Miragem.⁵¹ Nesse sentido, a “exigibilidade e eventual descumprimento das decisões do conselho resolvem-se como inadimplemento, ao contrário da cogência e autoridade da decisão estatal”⁵².

Assim sendo, as decisões do CONAR, que impõem as punições de advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendação de sustação da

⁵¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 226.

⁵² Idem, p. 226.

veiculação do anúncio são de cumprimento espontâneo⁵³, estando desprovidas de efeito vinculativo ou força cogente. Nesta linha, Pasqualotto explica que “os estatutos da entidade não lhe outorgam nenhum poder coativo – e, de qualquer modo, esse poder sempre seria limitado, por se tratar de sociedade privada”⁵⁴⁻⁵⁵.

Destarte, o CONAR, por deter apenas o poder ético de retirar de circulação a publicidade enganosa ou abusiva, carece de autoridade para impor suas decisões aos anunciantes e aos veículos de comunicação. Isso, repise-se, porque os atos dessa entidade se revelam apenas como recomendações, pareceres, opiniões, sem qualquer coercitividade. De modo que o controle privado da ética publicitária realizado pelo CONAR não se confunde com o controle jurídico que emerge de normas de proteção do consumidor com força de lei, em que o interesse público se põe em questão.

Diante disso, é de fácil constatação o fato de que o controle privado da publicidade no Brasil não é suficiente para coibir as desconformidades das mensagens comerciais⁵⁶.

A concretização da autodisciplina como fenômeno específico do regime corporativo apresenta ainda mais um problema. Referimo-nos à ausência de um controle prévio das mensagens publicitárias, subsistindo somente um controle posterior de cunho ético das publicidades já veiculadas.

Esse exame ético *a posteriori* das mensagens publicitárias em que haja suspeita de abusividade pode se revelar ineficaz, visto que o dano já pode ter sido perpetrado na coletividade das crianças que foram expostas ao anúncio.

Isso posto, entendemos que seria bastante adequado e efetivo um controle anterior realizado pelo CONAR, com vistas a mitigar o grande volume de publicidades inadequadas ao público infantil que acabam sendo difundidas.

Neste ponto, cumpre ressaltar que o papel de promover a proteção prioritária e integral das crianças, a qual foi instituída pela Constituição da República, incumbe não só ao Estado e à família, mas à toda sociedade, nela incluída os anunciantes e todos os outros integrantes do setor de comunicação comercial.

Assim, como antes declinado, nos termos do art. 227, da Lei Maior, compete ao Estado, à família e à sociedade, conjuntamente, a consecução dessa tarefa de proteger as crianças em todos os aspectos, inclusive frente à publicidade, a fim de que lhes seja assegurado um desenvolvimento pleno e harmonioso, com respeito e dignidade.

Neste diapasão, justifica-se plenamente a defesa de um controle mais severo e prévio da publicidade pelo CONAR, já que cabe também a essa entidade, como participante da sociedade, envidar todos os esforços para a atenuação de possíveis interferências no bem-estar dos infantes em razão da publicidade antiética.

⁵³ PASQUALOTTO, Adalberto. Op. cit., p. 68.

⁵⁴ Idem, p. 68.

⁵⁵ Por outro lado, Campos entende que, tendo em vista que as decisões do Tribunal de Ética do CONAR são prontamente atendidas pelos veículos de comunicação, há eficácia no cumprimento de suas recomendações, o que, segundo ela, confere à atuação do Conselho força coercitiva, advinda do costume e do uso inveterado. (CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. Op. cit., p. 241).

⁵⁶ CHAISE, Valéria Falcão. Op. cit., p. 27.

Nesta linha, traz-se à baila novamente a experiência estrangeira, a fim de servir-nos de inspiração para uma melhor efetivação da proteção das crianças frente à publicidade.

No Reino Unido, além de existir um controle posterior das mensagens publicitárias, há um controle prévio (*pre-clearance*) da publicidade veiculada no rádio e na televisão⁵⁷.

Os anunciantes nos países do Reino Unido devem tomar medidas a fim de assegurar que as publicidades que serão veiculadas são compatíveis com o *UK Code of Broadcast Advertising*. Para ajudá-los, o setor de comunicação comercial fundou e financia dois centros de controle prévio, o *Clearcast* para comerciais televisivos e *The Radio Advertising Clearance Centre* para os anúncios veiculados nas rádios⁵⁸.

A observância das normas autorregulamentares é tratada com tamanha seriedade que, em se tratando de televisão e rádio - veículos de comunicação aos quais estão expostos a massa de consumidores -, a vasta maioria das mensagens publicitárias é submetida a um controle prévio.

Outrossim, em Portugal e na Espanha, o Instituto Civil de Autodisciplina da Comunicação Comercial (ICAP) e a *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (AUTOCONTROL), respectivamente, apresentam a possibilidade de um controle *a priori* bem semelhante ao inglês.

Cuida-se de serviço de aconselhamento jurídico confidencial gratuito para todos os associados e sujeito à custo para os não-associados, prestado pelo Gabinete Técnico-Jurídico, num prazo exíguo, e que permite a correção ético-legal do projeto de anúncio antes de sua difusão. Após a apreciação jurídica, cabe ao responsável a difusão ou não da mensagem, de sorte que o parecer prévio (*Copy Advice*) emitido não possui caráter vinculativo⁵⁹.

Esse sistema complementar tem como escopo reduzir o risco de descumprimento das normas de regulação da publicidade e, apesar da ausência de caráter vinculativo, tem se mostrado extremamente útil. Nesta linha, Castallo assinala que essa ferramenta tem prevenido infrações e melhorado o conhecimento dos limites legais da publicidade por parte da indústria publicitária, o que tem se traduzido em um aumento significativo do número de anúncios que obtêm um parecer positivo⁶⁰.

O autor aduz, ainda, que na Espanha, no âmbito da publicidade televisiva, tem se envidado grandes esforços para a proteção das crianças, sendo que, em 2010, a AUTOCONTROL revisou previamente, por solicitação dos anunciantes e agências, cerca de 90% da publicidade televisiva dirigida à infância⁶¹.

⁵⁷ Ademais, com relação a todas as mensagens publicitárias, incluindo as não veiculadas no rádio e TV, os Advertising Codes determinam que devam ser fundamentadas antes de serem veiculadas. (Disponível em: <http://www.asa.org.uk/About-ASA/About-regulation.aspx>. Acesso em 26 out. 2013).

⁵⁸ Disponível em: <http://www.asa.org.uk/About-ASA/About-regulation.aspx>. Acesso em 26 out. 2013.

⁵⁹ ALMEIDA, Susana. A autorregulação da comunicação comercial em Portugal: panaceia para a inoperância do modelo regulador tradicional? *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. II, n. 4. Curitiba: Editora Bonijuris, dez. de 2012, p. 240.

⁶⁰ CASTALLO, José Domingo Gómez. La autorregulación de la publicidad en España. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. I, n. 4. Curitiba: Editora Bonijuris, dez. de 2011, p. 181.

⁶¹ Idem, p.183.

Ante os impactos positivos do controle privado prévio das mensagens publicitárias, pode-se dizer que, caso uma sistemática similar fosse implantada no Brasil, certamente a grande quantidade de publicidades inadequadas dirigidas às crianças não seriam veiculadas, evitando toda sorte de danos ao desenvolvimento saudável dessa categoria hipervulnerável de consumidores.

Ante o exposto, conclui-se que a atuação do CONAR, apesar de relevante por desestimular a veiculação de publicidade antiética, não ressurte tão efetiva por duas razões principais, a saber, a falta de coercitividade de suas decisões, as quais são de cumprimento espontâneo e incidem apenas sobre aqueles que aderiram ao controle exercido pela instituição; e a ausência de um controle prévio, a exemplo do que é realizado em outros países.

5. Conclusões

Do estudo aqui proposto, verificou-se que no Brasil hoje vigora o controle misto da publicidade, coexistindo um controle privado levado a efeito pelo CONAR juntamente com um controle estatal exercido segundo as normas do CDC.

O estatuto consumerista, ante a determinação constitucional do art. 22, XXIX, regulamentou a publicidade em seus vários aspectos, instituindo a proibição da publicidade abusiva no art. 37, § 2º. Neste ponto, o Código classificou como abusiva, dentre outras, a publicidade que “*se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*”. O CDC, outrossim, instituiu a proibição para o fornecedor de prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua *idade*, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (art. 39, IV).

Por intermédio desses preceitos genéricos, vislumbra-se que o CDC observou a prioridade na proteção integral à criança e reconheceu, implicitamente, a sua hipervulnerabilidade no mercado de consumo, inclusive na seara da comunicação comercial a elas dirigida.

Todavia, afora os mencionados dispositivos da lei consumerista, não encontramos no ordenamento jurídico brasileiro outras normativas específicas referentes à publicidade infantil, competindo ao juiz *in casu* avaliar e definir as situações de abusividade direcionadas às crianças. Existem, no entanto, disposições que tratam da matéria no Código de Autorregulamentação Publicitária. Apesar de tal regramento estabelecer diretrizes bastante pertinentes, tem-se que esses preceitos constituem meras recomendações aos anunciantes, faltando-lhes o caráter coercitivo e obrigatório da lei.

Isso posto, é forçoso reconhecer que a regulamentação legal da tutela dos infantes frente à publicidade ainda se revela bastante genérica e imprecisa, sendo imperioso que o piso mínimo da tutela do consumidor constante do CDC seja complementado por normatização legal específica que traga à baila limites claros e mais severos para a publicidade destinada aos infantes, a fim de que, em última análise, se promova uma melhor efetivação da proteção integral da criança e do respeito de sua vulnerabilidade agravada.

Nesse sentido, valendo-se das disposições do *The UK Code of Broadcast Advertising*, propõe-se alguns contornos e restrições de conteúdo e horário da publicidade dirigida às crianças que podem constar de eventual regulamentação legal brasileira, dentre os quais se destacam os seguintes:

- as mensagens publicitárias quando apresentarem produtos e serviços destinados aos infantes não podem dar margem ao engano (a exemplo do exagero nas características do produto ou serviço, de maneira a dar azo a expectativas irreais pelas crianças);
- fica vedada a exibição de comerciais de alimentos ou bebidas que contém grande quantidade de gordura, sal ou açúcar durante ou de forma adjacente aos programas infantis;
- fica vedada a veiculação de publicidade de produtos relacionados à programação infantil ou comerciais com aparição de pessoas que participam de um programa infantil nas 2h antes e depois do programa, de modo a evitar o apelo excessivo ao seu consumo pelos infantes;
- fica restrita a difusão para somente após as 21 horas de comerciais em que pessoas (incluindo fantoches), que aparecem em programas infantis, apresentam ou incentivam o uso de produtos de interesse especial das crianças.

A adoção de uma lei especial nestes moldes consistiria em um grande avanço na tutela dos infantes frente à publicidade.

Impõe-se, de qualquer modo, a elaboração de uma regulamentação legal mais detida e restritiva, que estabeleça limites aos comerciais durante a programação infantil, exija divisões claras que ajudem as crianças a discernir quando um programa termina e quando começa a publicidade, e que restrinja os horários de exibição de determinados comerciais inadequados aos infantes.

Por fim, a partir do exame da estrutura do controle da publicidade infantil no Brasil, constata-se que o controle da publicidade exercido pelos órgãos públicos possibilitou uma atuação mais direta e efetiva no combate às práticas lesivas aos direitos dos consumidores, inclusive das crianças, especialmente por meio da propositura de ações civis públicas e que o controle privado exercido pelo CONAR, apesar de relevante por desestimular a difusão de publicidade antiética, não ressurte satisfatório, tendo em vista a falta de coercitividade de suas decisões, bem como considerando a ausência de um controle prévio das mensagens publicitárias, a exemplo do que é realizado em Portugal, Espanha e Reino Unido, dentre outros países.

Referências

ALMEIDA, Susana. A autorregulação da comunicação comercial em Portugal: panaceia para a inoperância do modelo regulador tradicional? *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. II, n. 4. Curitiba: Editora Bonijuris, dez. de 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9^a ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 5^a ed. Paris: Dalloz, 2000.

CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista Editora, 1996.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 4^a ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CASTALLO, José Domingo Gómez. La autorregulación de la publicidad en España. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. I, n. 4. Curitiba: Editora Bonijuris, dez. de 2011.

CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participa*. 2^a ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. de 1994.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Estrutura orgânica do controle da publicidade de consumo no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jul. de 2002.

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

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3^a ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MOMBERGER, Noemí Friske. *A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

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

SCHOR, Juliet B. *Nascidos para comprar: uma leitura essencial para orientarmos*

nossas crianças na era do consumismo. São Paulo: Editora Gente, 2009.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; CURY, Munir *et al.* *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

civilistica.com

Recebido em: 4.6.2014
Aprovado em:
30.6.2014 (1^o parecer)
3.7.2014 (2^o parecer)

Como citar: OLIVEIRA, Thaynara de Souza; CARVALHO, Diógenes. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-protecao-do-consumidor-crianca-frente-a-publicidade-no-brasil/>>. Data de acesso.