

**A CRIANÇA, A PUBLICIDADE E O DIREITO DE CONCORRÊNCIA**  
**AS RELAÇÕES DE CONSUMO, O OLHAR JURIDICO E OS NOVOS VALORES**

**CHILD, ADVERTISING AND COMPETITION LAW**  
**CONSUMER RELATIONS, THE LEGAL VIEW AND NEW VALUES**

Mauro Pacanowski<sup>1</sup>

**RESUMO**

Este artigo tem por finalidade constatar como em pleno século XXI, as sociedades empresárias ainda resistem em atender de forma clara e transparente as normas que balizam os aspectos de comunicação mercadológica dirigidas ao consumidor final, principalmente ao público infantil. A partir da constatação que este consumidor representa parte vulnerável na relação de consumo entre fabricante/fornecedor/mídia se faz necessário proteger, resguardar, reconhecer e normatizar esta relação de consumo objetivando controlar e nortear as sociedades empresárias, agências de publicidade/propaganda e veículos de comunicação em geral, inibindo possíveis abusos e excessos na orientação, apresentação e divulgação de materiais de propaganda e publicidade. Tanto o Código de Proteção e Defesa do Consumidor quanto a ANVISA são mecanismos que têm como objetivo fundamental a defesa do consumidor, o direito à concorrência e a saúde. A comunicação como forma de indução e sensibilização para o consumo principalmente de crianças, deve ater-se a aspectos relacionados à vigilância sanitária, a valores éticos, morais e culturais, principalmente, com relação à veiculação de publicidade de medicamentos e correlatos, tema central deste artigo.

**Palavras - chave:** Regulação. Publicidade, Concorrência e Medicamentos.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Empresa/Trabalho e Propriedade Intelectual pela UERJ, prof. da Fundação Getúlio Vargas (FGV), da ESPM e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

## **ABSTRACT**

This article aims to show how in the XXI century, the business sector is still reluctant to meet in a clear and transparent rules that guide aspects of the marketing communication directed to the final consumer, particularly to children. Based on this observation that the consumer is a the vulnerable part in this relationship among manufacturer/ supplier/ media, it is necessary recognize, protect and regulate this consumption relationship aimed at controlling and guiding the business companies, adverting/marketing and communication vehicles in general, inhabit possible abuses and excesses in the guidance, presentation and dissemination of marketing materials and advertising. Both the Consumer Protection Code and ANVISA are mechanisms which are fundamental goals of consumer protection, competition and the right. To health Communication as a form of consumer awareness for the consumer especially children, should stick to issues related to health surveillance, the ethical, moral and cultural, especially in relation to broadcast drug advertising, the article's central theme.

**Keywords:** Regulation, Advertising, Competition Law, Drugs.

## **1 Introdução**

A revolução industrial trouxe consigo a metamorfose do consumo, fenômeno jurídico desconhecido, até boa parte do século XX, advindo de um novo modelo de associativismo – a sociedade de consumo.

Por afetar a vida de todos os cidadãos, mereceu a atenção do direito não com intuito de reprimi-la, mas ensejando colocá-la a serviço do interesse público. Assim, segundo Sidou (1977, p.5), jurista pioneiro em defesa do consumidor no Brasil:

[...] o que deu dimensão grandiosa ao imperativo cogente de proteção ao consumidor, ao ponto de impor-se como tema de segurança do Estado no mundo moderno, em razão dos atritos sociais que o problema pode gerar e ao Estado incumbe delir, foi o extraordinário desenvolvimento do comércio e a conseqüente ampliação da publicidade, do que igualmente resultou, isto sim, o fenômeno desconhecido dos economistas do passado – a sociedade de consumo, ou desfrute pelo simples desfrute, ampliação da riqueza por mera sugestão consciente ou inconsciente.

A expressão Sociedade de Consumo designa uma sociedade característica do mundo desenvolvido em que a oferta excede à procura e os padrões de consumo estão massificados. O

surgimento da sociedade de consumo decorre diretamente do desenvolvimento industrial. O movimento do consumidor dentro deste cenário somente se tornou visível após o chamado período do milagre econômico entre 1967 e 1973 no Brasil, quando houve uma modernização do parque industrial e uma maior preocupação das sociedades empresárias em melhorar a qualidade de seus produtos e serviços. Nesta época imperava o capitalismo selvagem, com uma tremenda concentração de renda, ocasionando a restrição de acesso ao consumo de bens, produtos e serviços à maioria da população e pela primeira vez tornaram-se mais difícil vender os produtos e serviços do que fabricá-los.

Este excesso de oferta, aliado a uma enorme profusão de bens colocados no mercado, possibilitou o desenvolvimento de estratégias de marketing extremamente agressivas e sedutoras, permitindo-lhes escoar a produção. Os padrões de consumo massificados assumem uma forma de integração social. Existe uma tendência para o consumismo, tipo impulsivo, descontrolado, irresponsável e muitas vezes irracional, que exacerba a aquisição contínua de bens e serviços efêmeros e por vezes supérfluos, como forma de sustentar a produção e o crescimento econômico.

Assim, o consumo exagerado é algo "comum" em nossa sociedade contemporânea e está ligado ao capitalismo e à política neoliberal vigente. Esse consumismo é estimulado pelos meios de comunicação de massa, e de homogeneização de cultura, característica marcante da globalização. Mas o fato é que consumir e utilizar elementos da cultura material como elemento de construção e afirmação de identidades, diferenciação e exclusão social são universais. Portanto, é fundamental se distinguir a crítica moral às desigualdades e opressões geradas pelo capitalismo e ou pelo socialismo. O consumo é o processo central de reprodução social de qualquer sociedade, todo e qualquer ato de consumo é essencialmente cultural. A insaciabilidade que constitui uma das características da sociedade moderna é o resultado de um processo histórico, no interior do qual, podemos observar transformações que começaram a se delinear nos dois séculos anteriores ao séc. XVIII, quando atingiram o seu apogeu e se consolidaram. Desde logo, concordamos com Touraine (1992, p. 328) quando afirma que:

[...] vivemos numa sociedade de consumo, onde as mercadorias passam a mediar nossas relações formando uma sociedade que vive a modernidade triunfante que nos levou a um mundo de sinais, onde o arranjo entre eles invade nossas vidas, proporcionando uma satisfação imediata de nossas necessidades.

A emergência dessa sociedade de consumo, é fruto dos avanços e das mudanças que a sociedade, principalmente neste século sofreu. O processo de mudança produtiva e de difusão das mercadorias possibilitou que novos valores sociais fossem surgindo, fundamentalmente baseados no consumo. A individualização proporcionada pela diversificação e especialização da produção, é atualmente um dos grandes elementos para se compreender os novos padrões da sociedade.

O consumo aparece como elemento integrante da produção, pois a partir da manipulação de objetos, desejos e gostos vão demandar uma determinada comunicação para determinados grupos. Debord (1967, p.36) aponta que os meios de comunicação propagam com grande rapidez:

[...] um estilo de roupa que surge num filme, uma revista que lança lugares da moda e assim por diante, fazendo com que todos os nossos atos tornem-se adequados à sociedade espetacular, produzindo não somente mercadorias e imagens espetáculo, mas também lugares para o consumo e propícios ao consumo e ao espetáculo.

## **2 As ferramentas da persuasão**

As sociedades empresárias utilizam o marketing para desenvolver, produzir e entregar ao “novo” consumidor bens, serviços e mercadorias e propiciar o “espetáculo” de Debord (1967) e sob esta ótica Kotler (1998, p.36) avalia:

Muita gente pensa em marketing apenas como vendas e propaganda. Não é de admirar que todos os dias sejam bombardeados por comerciais de televisão, anúncio em jornais, mala-direta, e telemarketing ativo. Alguém sempre tenta nos vender alguma coisa. Parece que não podemos escapar da morte dos impostos e das vendas.

Inserida no marketing, a publicidade, como forma de comunicação é utilizada de forma agressiva pelas sociedades empresárias para espalhar novos hábitos, costumes e informações, pois trabalha as imagens e o poder de persuasão e sedução, envolvendo o “novo” consumidor, "controlados" pelo mercado dentro do ambiente urbano e altamente competitivo configurando as relações sociais, baseadas na efemeridade dos contatos, nos quais, os signos passam a ter maior importância, pois os indivíduos são vistos pelo que vestem, comem por onde andam e não por quem são ou pelo que fazem.

Atualmente, a publicidade deve ser compreendida não só no antigo sentido de “comunicar e vender”, mas também como promessa de satisfazer as necessidades do cliente. Domingues (1992. v.4, p.193) distingue a publicidade:

[...] *na concepção mercadológica*, como uma arte com laivos de técnica, um braço estendido da argumentação de venda, sujeita a mais limitações do que imaginam os leigos e aqueles que a conhecem superficialmente; é notícia de caráter comercial que pode ter uma variedade de objetivos, entre os quais, o mais comum é estimular o consumidor potencial a procurar um produto ou serviço com a intenção de adquiri-lo; é alvo freqüente de muita crítica quando usa de apelos emocionais; não representa perigo à sociedade porque não a conduz, ao contrário, é conduzida pela sociedade.

Chaise (2001, p.9) assinala “que a publicidade, como fenômeno social contemporâneo, não pode ser rechaçada ou proibida, mas deve ser controlada, regrada, para que se estimule o consumo de bens e serviços sem abusos, de forma sadia”.

No ordenamento jurídico a publicidade é nos termos do art. 2º do Dec. nº 57.690/66, qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado. Para Marques (2004, p. 599):

[...] publicidade é toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado no direito brasileiro, a oferta ou proposta é a declaração inicial de vontade direcionada à realização de um contrato. A oferta ou proposta é obrigatória, tem força vinculante em relação a quem a formula, devendo ser mantida por tempo limitado. Basta o consentimento, a aceitação do outro parceiro contratual e estará concluído o contrato conforme art. 1.080 e sg. do Código Civil.

Pasqualotto (1997, p. 28) apresenta um conceito mais abrangente de publicidade, e dele extrai dois elementos nucleares:

Publicidade é toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa sendo os elementos nucleares, a finalidade de influenciar o público e o favorecimento direto ou indireto de produtos ou serviços. Pelo exposto é possível se concluir que, para a informação se configurar como publicidade é necessário estarem presentes o objetivo comercial (favorecimento direto ou indireto de produtos ou serviços) e o incentivo ao consumidor (finalidade de influenciar o público) para a compra de produtos ou utilização de serviços.

Às sociedades empresárias e todo o complexo industrial observaram em determinada época, a necessidade de transformação e passou a desenvolver bens de consumo, dirigindo sua produção, equipamentos, trabalhadores e investimentos para as necessidades, desejos e interesses do mercado consumidor.

Neste cenário, com o incremento da oferta de bens e serviços surgiu o conceito de concorrência. Os consumidores passaram a ter a possibilidade de escolha e opções de produtos e os fabricantes constataram que somente poderiam lucrar se focassem na soberania do mercado consumidor.

Desse modo, por imposição deste novo e promissor consumidor, muitas sociedades empresariais foram forçadas a mudar sua filosofia de atuação. Primeiramente no conceito de massificação, onde os meios eram os métodos de vendas e de promoção e o produto em si o elemento enfatizado, em seguida a busca pela qualidade, pela segmentação do mercado e pela redução da base de produtos, dentro do conceito de maior exclusividade e personalização das necessidades do consumidor, agora abrangendo processos e uma maior integração operacional, administrativa e filosófica atuando no conceito de excelência, redução de custos e melhorias de sistemas, para produzir da melhor maneira possíveis novos produtos e serviços aumentando a oferta.

Em um moderno mercado consumidor à atuação do marketing, tornou-se altamente relevante quebrando paradigmas criando um consumidor que forma juízo de valor e age em função de sua satisfação resultante da comparação do desempenho (ou resultado) de um produto em relação à suas expectativas e da função diferencial entre o desempenho percebido formado por experiências de compra, recomendações de amigos, colegas, informações e promessas de vendedores e concorrentes.

Para Kotler (1998):

As sociedades empresárias devem levar em consideração que os consumidores são membros desta sociedade assim como o meio ambiente é impactado diretamente pelas suas atitudes. As questões éticas devem, então, habitar as práticas mercadológicas das quais dependem essencialmente a sustentação dos negócios.

### **3 Medicamentos e Pediatria**

Dentro deste contexto a participação do público infantil no foco da publicidade pode ser explicada pelo apelo emocional e sedutor. A definição de criança está previsto no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 2008) que dispõe: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes aquele entre doze e

dezoito anos de idade, ainda em pleno desenvolvimento e, portanto mais vulneráveis aos apelos, que os adultos.”

Elas, infelizmente sofrem cada vez mais cedo com as graves conseqüências relacionadas aos excessos do consumismo acarretando obesidade, erotização e o consumo precoce de medicamentos, tabaco e álcool.

Nesse sentido, o efeito do consumismo infantil é uma questão urgente de extrema importância e interesse geral que deve ser atacada, discutida e melhor considerada. A Associação Americana de Psicologia (APA) disse que ”o governo americano deve proibir comercial de TV para crianças menores de nove anos, ou exigir mudanças para evitar que sejam presas fáceis do movimento de consumo”.

Por outro lado, temos as crianças brasileiras influenciando desde pequenas uma parcela considerável das decisões de compra da família. Carros, roupas, alimentos, eletrodomésticos, quase tudo dentro de casa tem por trás o palpite de uma criança.

No setor de saúde, mais especificamente medicamentos, temos um paradigma exponencial a quebrar que trata dos hábitos, costumes e cultura do brasileiro quanto à automedicação, tanto pelo apelo do boca a boca quanto pela orientação de terceiros leigos e do fenômeno publicitário, o que impõe sérios danos a saúde.

A indústria farmacêutica cada vez mais vem utilizando o expediente da publicidade na TV como a principal ferramenta para divulgação e apresentação de produtos isentos de prescrição médica, denominados MIPS. Esses medicamentos não precisam de receita médica e podem ser comprados em drogarias ou farmácias, sem que um médico os tenha solicitado ou receitado.

Entretanto é necessário que se tenha cuidado na sua utilização, pois estes medicamentos não são inócuos e podem interagir com os medicamentos que porventura uma criança esteja fazendo uso de forma regular os quais, foram prescritos pelo médico, portanto para adquiri-los foi necessária a apresentação de prescrição médica e neste caso esta união de substâncias pode causar complicações diversas em função da interação medicamentosa, composição química, formulação ou dosagem. Exemplo de interação com complexos vitamínicos, suplementos, extratos de ervas, alimentos e bebidas, que podem alterar mecanismos de ação dentro do organismo, principalmente em formação como das crianças. Além disso, pode haver casos mais complexos de interação medicamentosa em função de patologias pré-existentes como doenças

crônicas, como diabetes e pressão alta e que ao usar xaropes contendo açúcar indicados para resfriado ou tosse podem acarretar complicações, potencializando em pacientes diabéticos sintomas mais graves ou na interação de medicamentos, tipo descongestionante que podem causar aumento da pressão sanguínea, o que é contra indicado em relação a pacientes hipertensos ou com problemas de pressão arterial.

Portanto, como podemos avaliar os medicamentos mesmo sem o compromisso de orientação médica, de livre acesso ao público consumidor, e valendo-se de campanhas promocionais e mensagens publicitárias sempre em busca da conquista do consumidor, são comercializados como se fossem produtos de consumo de forma indiscriminada, comparados a balas, sorvetes e guloseimas.

Conforme a Duarte (2011), “muitos destes medicamentos são ainda utilizados em crianças sem terem sido suficientemente estudados quanto a indicações terapêuticas, dose ou posologia, entretanto tem sua distribuição e comercialização autorizada.”

“A utilização de medicamentos não aprovados em Pediatria, embora legítima, é uma preocupação grave e real” (CONROY et al apud DUARTE, 2011, p. 224). De acordo com os autores, “os medicamentos incluindo muitos dos que são freqüentemente utilizados em Pediatria são raramente estudados em crianças o que determina a sua utilização em regime de “off-label”, utilização de medicamentos não autorizados e ou utilização de medicamentos fora do âmbito da aprovação.

Para se ter uma noção do que acontece nos EUA aproximadamente 50 a 70% dos medicamentos utilizados em Pediatria não foram avaliados adequadamente em relação ao grupo etário em que são utilizados.” (ROBERTS, 2003, p. 905-911). A razão principal desta situação prende-se a questões de ordem econômica porque o mercado de medicamentos pediátrico não tem a mesma escala e volume do que mercado para público adulto e os investimentos em pesquisa clínica são de grande monta.

Por outro lado, os riscos associados ao tratamento da população pediátrica são geralmente maiores, obrigando a uma monetarização durante períodos mais longos. Todavia este fato não significa que a sua utilização não seja segura ou isenta de riscos. Quando um medicamento de elevado benefício terapêutico é aprovado para adultos, mas não para crianças, o seu uso “off-label” em Pediatria não pode ser evitado (DUARTE, 2011). A classe médica é confrontada com o dilema de prescreverem medicamentos para crianças, sem informação

suficiente (dose adequada, reações adversas, eficácia pediátrica) para lhes dar segurança ou deixar os seus doentes sem terapêutica potencialmente eficaz e por vezes imprescindível. A investigação clínica em Pediatria é assunto polémico apresentando como argumento a possibilidade de poupar as crianças aos potenciais riscos inerentes à investigação, aos testes e análises clínicas dos medicamentos.

As dificuldades residem no recrutamento, planeamento, escalonamento etário, problemas éticos, legislação e recursos. É bem verdade que, em nosso país, a ANVISA exige de todos os medicamentos para seu devido registro, sejam eles similares, genéricos ou novos, a comprovação científica e de análise que os reconheça como seguros e eficazes para os usos a que se propõem e possuam a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias (CANOTILHO, 2011, v.1, p. 20-21). Em 2011, os deputados da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) da Câmara dos Deputados votarão o projeto de lei nº 5.921/2001, de autoria do deputado Carlos Hauly, que proíbe a publicidade destinada às crianças. O Instituto ALANA apresenta dados de uma pesquisa realizada em outubro 2010.

Descobrimos que em dez horas de programação, mais de mil inserções publicitárias direcionadas às crianças foram veiculadas considerando que a criança brasileira assiste em média cinco horas de televisão, há uma quantidade enorme de produtos sendo anunciados, isso provoca a inserção precoce da criança no mundo do consumo. Esse consumismo excessivo tem um impacto negativo para a sustentabilidade do planeta, porque elas levarão esses hábitos para a vida adulta.

O aprofundamento do conhecimento dos fármacos hoje utilizados em todo o mundo já comprova, todo medicamento – mesmo os que podem ser comercializados sem a apresentação da receita médica – possui significativo potencial de risco e as reações adversas multiplicam-se com o seu uso incorreto, irracional, inconsciente e perigoso. O organismo das crianças metaboliza os fármacos e reage a eles de forma diferente da dos adultos. Um fármaco pode ser amplamente utilizado durante anos antes de se descobrirem as reações adversas em crianças. Por exemplo, passaram cinco anos até que os investigadores confirmassem que o risco da síndrome de Reye estava relacionado com o uso da aspirina nas crianças com varicela ou com gripe.

Tanto os médicos como os pais surpreendem-se quando sabem que a maior parte dos fármacos de venda livre, inclusive os que se administram a crianças com dosagem aconselhada por pediatras, não tenham sido testados a fundo nas crianças. Em particular, que a eficácia dos remédios para a tosse e o resfriado não tenha sido especialmente testada nas crianças. Por esta

razão, o uso destes fármacos representa uma exposição desnecessária das crianças à toxicidade e, além disso, é um gasto inútil de dinheiro. Nem sempre é fácil administrar a dose correta de um fármaco a uma criança. A idade não é o melhor critério, embora as doses para crianças se expressem, com frequência em termos de limites de idade (por exemplo, crianças de idades compreendidas entre 2 e 6 anos ou 6 e 12 anos).

A literatura científica e os compêndios de farmacologia ensinam que todo medicamento traz algum risco, não existindo droga que, dependendo da forma de administração, quantidade, período utilizado e das características de cada organismo, não seja perigosa. Assim, diabéticos, hipertensos, crianças, idosos, grávidas, lactentes, cidadãos que fazem uso de medicamentos de uso contínuo e outras faixas da população estão expostas a risco na medida em que pratiquem a automedicação.

Em uma sociedade de baixo índice educacional e desinformada, estes riscos são ainda maiores. O ‘bombardeio’ patrocinado pelo marketing medicamentoso para manter e elevar o consumo só agrava esta realidade.

Entre as doenças que o marketing induz a serem tratadas com os medicamentos isentos de prescrição (MIPs), estão as denominadas ‘de menor gravidade’, como as dores de cabeça, acidez estomacal, azia, febre, tosse, prisão de ventre, aftas, dores de garganta, assaduras. Os argumentos mais utilizados na publicidade analisada ressaltam, principalmente, a eficácia, a segurança, o bem-estar, a comodidade na administração, a rapidez da ação do medicamento, além do bom humor, da energia, do prazer e da felicidade que eles trazem, minimizando ao máximo, ou simplesmente excluindo, qualquer referência a riscos, possíveis interações medicamentosas ou contra-indicações e por outro lado o incentivo a que pais e crianças consumam determinados produtos pelo oferecimento de brindes e outros benefícios que na maioria das vezes, escondem a prática desleal da venda casada.

A prática da venda casada é, em princípio, proibida pelas leis brasileiras- mais especificamente a Lei nº 8.137/1990 a considera prejudicial ao consumidor e ao direito concorrencial. Dessa forma, o medicamento foi incorporado à dinâmica da sociedade de consumo, e, portanto, estão sujeitos às mesmas tensões, interesses e dura competição de qualquer setor do mercado, afastando-se de sua finalidade precípua na prevenção, diagnóstico e tratamento das enfermidades. Tais resultados reforçam a necessidade de se informar a população sobre o uso adequado e aquisição de medicamentos, além de medidas cabíveis que garantam a

oferta de produtos necessários, eficazes, seguros, de forma legal e de preço acessível.

A propaganda de medicamentos realizada hoje no Brasil entra em clara contradição com a atual Política Nacional de Medicamentos (Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916, de 30/10/1998), segundo a qual, o uso de produtos farmacêuticos deve ser de forma racional, ética e correta, preconizando explicitamente um maior "controle da propaganda dos medicamentos de venda livre". A resolução também proíbe usar de forma não declaradamente publicitária, espaços em filmes, espetáculos teatrais e novelas, e lançar mão de imperativos como “tome”, “use”, ou “experimente”. Propagandas de medicamentos que apresentem efeitos de sedação ou sonolência deverão trazer advertência que alerte para os perigos de se dirigir e operar máquinas.

Fica proibida a veiculação de propagandas indiretas (que, sem citar o nome do produto, utilize-se de símbolos ou designações). Nas propagandas veiculadas pela TV, o protagonista do comercial terá que verbalizar estas advertências. No rádio, a tarefa caberá ao locutor que ler a mensagem. Para o caso de propaganda impressa, a frase de advertência não poderá ter tamanho inferior a 35% do maior corpo de letra utilizado no anúncio. Ficam proibidas, na TV, propagandas ou publicidades de medicamentos em programas destinados a crianças. Fica vedado relacionar o uso do medicamento a excessos etílicos ou gastronômicos, a oferta de brindes de qualquer espécie ou benefícios para aquisição de medicamentos em quantidades ou mesmo acoplados a outros.

Comparações de preço dirigidas aos consumidores só poderão ser feitas entre medicamentos intercambiáveis (medicamento de referência e genérico). Tal comparação deve ser feita entre os custos de tratamento ou, no caso de medicamentos de uso contínuo, entre as doses diárias definidas. A distribuição de amostras grátis de medicamentos isentos de prescrição e de preparações magistrais continua proibida e a resolução traz uma nova vedação: distribuir amostras de vacinas.

Sendo assim, faz-se necessária uma revisão profunda dos atuais mecanismos regulatórios do setor, no caminho de superação das enormes fragilidades que demonstram que a publicidade de medicamentos tenta "seduzir" o consumidor psicologicamente, utilizando mensagens que se situam no campo da vulnerabilidade humana e naqueles de maior importância na sua vida – incluindo aí o papel social que cada indivíduo desempenha no seu meio.

A comunicação mercadológica que se dirige ou utiliza da criança, principalmente no caso de medicamentos, independente de necessitarem ou não de prescrição médica, não deve ser

considerada ética. A utilização de técnicas inadequadas de vendas e subterfúgios de convencimento dirigido a um consumidor intermediário, ou seja, distribuidor, farmácia/drogaria ou balconista, presumidamente vulnerável é considerado publicidade abusiva. Esse benefício – bonificação - pode ser em forma de brinde de uma unidade do produto para cada comprada ou vendida, presentes como bicicleta, DVD, televisão, geladeira por meta de vendas cumprida. Os medicamentos promovidos dessa forma são apelidados de BO, muitas vezes custam mais que os comumente receitados pelos médicos e têm relevância terapêutica duvidosa. Essa prática é mais utilizada por empresas pequenas, com dificuldades de penetrar no mercado dominado pelas multinacionais.

Como consumidor final, as crianças não têm condições de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas; não conseguem distingui-las da programação, compreender seu caráter persuasivo, não identificam como sendo publicidade e assim a violação ao princípio da identificação da mensagem publicitária é explícita. A imagem infantil difundida nos anúncios comerciais, nas pseudo-realidades, tem se tornado um elemento vantajoso de manipulação na cultura do consumo, principalmente pelo espaço que o público infantil conquistou, nos diferentes ambientes da mídia, e por seu poder de sensibilização para o consumo.

Diante desse aspecto, a imagem infantil passou a ser valorizada enquanto mercadoria, e, por conseguinte, veiculada a determinados produtos e marcas, levando o público consumidor a identificar os valores de determinada empresa aos aspectos característicos da infância, como alegria, liberdade, pureza e proteção. Aqui emerge desde logo uma lógica consumista que modela de alguma forma as expectativas das crianças desde a sua idade de identificação – dois anos até cerca dos oito anos, em que a criança é extremamente receptiva à publicidade – e não só aquela que lhe diz diretamente respeito. A partir daí desenvolve-se um sentido de questionamento e de observação sobre as qualidades formais da publicidade voltada à criança a qual contribui para a disseminação de valores materialistas e para o aumento de problemas sociais como a obesidade infantil, erotização precoce, estresse familiar, violência pela apropriação indevida de produtos caros e alcoolismo precoce. Esta disseminação em si e eventualmente dos seus argumentos mais diretamente perceptíveis pela criança, orienta no sentido de explorar os verdadeiros «acontecimentos» consumistas que lhe são dirigidos através de uma retórica clássica - «descobre», «experimenta», «não percas», «peça já» - associada às figuras do «novo» e do «necessário».

É aí que está o primeiro nível icônico de captação da atenção da criança, no fascínio da forma. Aqui se desenvolve um discurso de proteção do desenvolvimento e do crescimento da criança o que permite justificar de algum modo a própria publicidade como uma espécie de conselheira em saúde - é o dentifrício anti-cárie , as vitaminas, os nutrientes, os suplementos, os fortificantes, anti congestionantes, expectorantes que muitas das vezes desliza para excessos, abusos, com a própria cumplicidade e/ou participação do adulto.

As mensagens publicitárias são de um modo geral repetitivas, insistentes, e anunciam sempre «boas novas». Enaltece e oferece os benefícios e nunca as fraquezas. A personagem infantil transmite valores relacionados com o desejo de conquista, transgressão e necessidade de segurança.

A criança ao assumir o personagem produzido pela publicidade passa a fazer parte de uma situação imaginária desejável na qual o papel que representa geralmente está para além da sua realidade concreta, uma vez que, como apresentamos anteriormente, uma das funções mais utilizadas pelo campo da publicidade é criar realidades só parcialmente verdadeiras.

Sobre o tema ora focado deve-se ressaltar a importância da preocupação tida tanto por elaboradores de políticas públicas quanto pela indústria da publicidade ao discutir sobre a probidade da publicidade dirigida a crianças, jovens demais para reconhecer e se defender de tais condutas. É justo permitir que anunciantes tenham acesso ilimitado a essas mentes tão facilmente impressionáveis? Não deveríamos tentar estender proteções dadas à velha mídia (como a TV) à nova mídia, como a internet como forma de evitar a malfadada indução ao consumo e a falta de ética por parte de alguns empreendedores que visam precipuamente o lucro em detrimento das relações de consumo e da livre concorrência.

Com efeito, diante de práticas comerciais inovadoras dirigidas as crianças, são essenciais que o campo da psicologia e demais ciências sociais relacionadas revigorem seu exame de como as crianças entendem e são influenciadas pelas mensagens publicitárias colaborando desta forma com o ordenamento jurídico na repressão de situações de excesso da comunicação. Ao fazer isso, ganharemos um melhor entendimento de como a mente infantil funciona, bem como proveremos evidências empíricas críticas que ajudarão a definir o futuro tanto de políticas públicas quanto de práticas industriais responsáveis nesta área. O emérito professor de psicologia da Universidade de São Paulo, La Taille (2006), em parecer conferido sobre o tema ao Conselho Federal de Psicologia ressalta “não tendo as crianças de até 12 anos

construído ainda todas as ferramentas intelectuais que lhes permitirá compreender o real, notadamente quando esse é apresentado através de representações simbólicas (fala, imagens), a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro e à ilusão e é certo que certas propagandas podem enganar as crianças, vendendo-lhes gato por lebre, e isto sem mentir, mas apresentando discursos e imagens que não poderão ser passado pelo crivo da crítica.

As crianças não têm assim como os adolescentes não têm, a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto e, portanto, não estão com condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo. A luta é totalmente desigual. Considerando pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Datafolha (2010), com pais de crianças de 3 a 11 anos; os pais ao serem questionados quais eram as principais atividades de lazer realizadas por seus filhos, 41% responderam ser acessar a internet e brincar no computador. Ainda na mesma pesquisa, 69% dos pais disseram que são influenciados pelo pedido dos filhos na hora das compras. Além disso, pesquisa realizada pelo Cartoon Network, ao serem perguntados a respeito de quem mais admiram, 47% dos meninos e 18% das meninas responderam um personagem de desenho animado. De acordo com a pesquisa da Interscience as crianças incidem em até 80% das decisões de compra de uma família, muitas vezes influenciando inclusive na escolha das marcas.

Assim, não é por acaso que cada vez mais as publicidades e comunicações mercadológicas estão sendo dirigidas às crianças, uma vez que pela intensa presença de publicidades nos seus cotidianos, são transformadas em verdadeiras promotoras de vendas. Afinal, com apenas uma ação de marketing atinge-se pelo menos três mercados: o infantil diretamente (representado pelas compras efetuadas pelas crianças com dinheiro proveniente de mesada); o dos pais, indiretamente, na medida em que os pequenos insistem junto a eles para que adquiram determinado produto ou serviço e o mercado futuro que as crianças representam (fidelização do consumidor à marca). Utilizar-se dessa abusiva estratégia de marketing é atentar contra a integridade das crianças, as quais são sujeitos de direito especialmente e integralmente tutelados.

A hipossuficiência presumida das crianças nas relações de consumo: As crianças, por se encontrarem em peculiar processo de desenvolvimento, são titulares de uma proteção especial, denominada no ordenamento jurídico brasileiro como proteção integral. Segundo a advogada e professora de Direito de Família e de Direito da Criança e do Adolescente da PUC/RJ e UERJ,

Pereira (2008, p.760-761): “como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, elas desfrutam de todos os direitos dos adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e ainda têm direitos especiais decorrentes do fato de não terem acesso ao conhecimento pleno de seus direitos; não terem atingido condições de defender seus direitos frente às omissões e transgressões capazes de violá-los; - não contam com meios próprios para arcar com a satisfação de suas necessidades básicas; não podem responder pelo cumprimento das leis e deveres e obrigações inerentes à cidadania da mesma forma que o adulto, por se tratar de seres em pleno desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e sociocultural.

Por conta da especial fase de desenvolvimento bio-psicológico das crianças, quando sua capacidade de posicionamento crítico frente ao mundo ainda não está plenamente desenvolvida, nas relações de consumo nas quais se envolvem serão sempre consideradas hipossuficientes. Nesse sentido Tavares (2006), ao estabelecer quem são os sujeitos infanto-juvenis de direito, observa que as crianças e os adolescentes são “legalmente presumidos hipossuficientes, titulares da proteção integral e prioritária”. Em semelhante sentido, Benjamin (1988) assevera:

a hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários. O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. São em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada que alguns parâmetros especiais devem ser traçados.

Por serem presumidamente hipossuficientes no âmbito das relações de consumo, as crianças têm a seu favor a garantia de uma série de direitos e proteções, valendo ser observada, nesse exato sentido, que a exacerbada vulnerabilidade em função da idade é preocupação expressa do Código de Defesa do Consumidor, que no seu artigo 39, inciso IV proíbe como prática abusiva, o fornecedor valer-se da “fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Assim também entende o Conselho Federal de Psicologia, que, representado pelo psicólogo Moretzohn (2007), por ocasião da audiência pública realizada na Câmara dos Deputados Federais, ocorrida em 30.8.2007, manifestou-se da seguinte forma: “autonomia intelectual e moral é construída paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, do ponto de vista

tanto cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade. Como as propagandas para o público infantil costumam ser veiculadas pela mídia e a mídia costuma ser vista como instituição de prestígio, é certo que seu poder de influência pode ser grande sobre as crianças.

Logo, existe a tendência de a criança julgar que aquilo que mostram é realmente como é e que aquilo que dizem ser sensacional, necessário, de valor realmente tem essas qualidades. Por se aproveitar do fato do desenvolvimento incompleto das crianças, da sua natural credulidade e falta de posicionamento crítico para impor produtos, a publicidade dirigida a crianças restringe significativamente a possibilidade de escolha das crianças, substituindo seus desejos espontâneos por apelos de mercado.

Acerca da restrição da liberdade de escolha da criança pelos imperativos publicitários, é válido reproduzir as palavras do psiquiatra e estudioso do tema Levisky (2007): “Há um tipo de publicidade que tende a mecanizar o público, seduzindo, impondo, iludindo, persuadindo, condicionando, para influir no poder de compra do consumidor, fazendo com que ele perca a noção e a seletividade de seus próprios desejos. Essa espécie de indução inconsciente ao consumo, quando incessante e descontrolada, pode trazer graves conseqüências à formação da criança. Isso afeta sua capacidade de escolha; o espaço interno se torna controlado pelos estímulos externos e não pelas manifestações autênticas e espontâneas da pessoa. As práticas comerciais desenvolvidas pelas empresas revestem-se de outra grave ilegalidade quando promovem a venda casada de produtos. O Código de Defesa do Consumidor proíbe veementemente a técnica de marketing conhecida como ‘venda casada’, por meio da qual é condicionado o fornecimento de um produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço. Nesse sentido Benjamin (2003, p. 428) diz:

O Código proíbe, expressamente, duas espécies de condicionamento do fornecimento de produtos e serviços. Na primeira delas, o fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir também um outro produto ou serviço. É a chamada *venda casada*. Só que, agora, a figura não está limitada apenas à compra e venda, valendo também para outros tipos de negócios jurídicos, de vez que o texto fala em ‘fornecimento’, expressão muito mais ampla.

A venda casada também é fortemente reprimida pela Lei 8.884/94, em seu artigo 21, inciso XXIII, o qual determina ser a prática da venda casada uma infração à ordem econômica,

sujeita à atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), conforme trecho abaixo: “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica. XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.

Os objetos que apresentam apenas o nome da empresa e não de seus produtos se tratam de divulgação institucional, não tendo relação direta com a propaganda de medicamentos. É o caso, por exemplo, de jalecos, cestas de compras e sacolas de drogarias, bem como de canetas, blocos de anotações, pastas e outros materiais entregues em eventos. Outro exemplo são os materiais utilizados dentro do consultório, tais como peças anatômicas, caixa com abaixadores de língua, os quais somente podem apresentar o nome da empresa.

Contudo, a entrega desse material não pode estar condicionada à prescrição ou dispensação de qualquer medicamento, pois deixa de ser apenas promoção da empresa para se tornar um brinde associado à promoção dos medicamentos prescritos ou dispensado e, portanto, uma prática proibida a todos, seja direcionada a prescritor, dispensador, enfermeiro, distribuidor, balconista ou consumidor.

Do mesmo modo, esses objetos não podem apresentar marcas, símbolos, designações e/ou indicações capazes de identificar os medicamentos, pois deixam de ser um material institucional para ser uma propaganda de seus produtos na forma de brindes, o que não é permitido Ref.: RDC n.º 96/2008, art. 4º, art. 5º; Instrução Normativa n.º 05/2009, art. 1º. A discussão acerca da abusividade do condicionamento da venda de um produto alimentício/medicamento a um brinde não é nova, visto que muitas empresas se valem desta estratégia para aumentar suas vendas.

Nesse contexto, não parece mero acaso o fato de o Ministério Público Federal da 3ª Região ter celebrado Termo de Ajustamento de Conduta com a empresa McDonald's Comércio de Alimentos Ltda., relativamente à oferta de brinquedos condicionada à aquisição do produto McLanche Feliz — em completa ofensa aos direitos dos consumidores — nesse caso principalmente composto por crianças —, bem como à ordem econômica. No referido TAC restou ajustado que a partir de então a empresa em questão passaria “a também oferecer o brinquedo ou surpresa separadamente”, ou seja, independentemente da aquisição do produto McLanche Feliz, sob pena do pagamento de multa de R\$100.000,00 (cem mil reais) por dia de

descumprimento.

Resta, portanto, que condicionar a oferta de brinde à aquisição de produtos alimentícios/medicamentos, já é prática sabidamente ilegal, inclusive reconhecida pelo próprio Ministério Público Federal.

#### **4 A Publicidade e o Sistema Jurídico**

A Constituição (1988) identificou o consumidor como aquele a ser protegido de forma especial através da Política Nacional das Relações de Consumo atendendo aos princípios da vulnerabilidade, da adequação do binômio segurança e qualidade, da boa fé objetiva, da informação e do acesso. Esta proteção responde a um duplo tipo de razões: econômicas derivadas das formas, segundo as quais, se desenvolve em grande parte, o tráfico mercantil; e segundo critérios que emanam da adaptação da técnica constitucional ao lado de coisas que hoje vivemos imersos já que estamos na chamada sociedade de consumo, em que o ‘ter’ mais do que o ‘ser’ é a ambição de uma grande maioria das pessoas, que se satisfaz mediante o consumo.

A Constituição (1988) por meio de seu Título II dos Direitos e Garantias Fundamentais Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos da liberdade de expressão e da censura nos artigo 5º, inciso IX e XXXII e artigos 220 a224 Capítulos V da Comunicação Social moldam os limites e as liberdades da comunicação em sua forma ampla e o artigo 227 capítulo VII da família, da Criança e do Adolescente, do Jovem e do Idoso tem especial atenção do Estado.

Nery Junior e Machado (2002), complementam o entendimento de que nada há de inconstitucional em se regulamentar a publicidade. Diz ele: "O controle legal da publicidade não é forma inconstitucional de censura, mas eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor." O art. 5º. do Federal Trade Commission Act dos EUA, com a Emenda de 1938, já previa o controle da publicidade e nem por isso os Estados Unidos deixaram de ser o país onde mais e melhor se desenvolveu a atividade e a criação publicitária." Nos dizeres de Marques (2004): [...] o CDC é uma Lei de função social complementar ao mandamento constitucional" equivale a dizer que são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre

disposição de alguns interesses de caráter patrimonial. É regra geral do Código de Proteção e Defesa do Consumidor controlar a publicidade, não excluí-la. A fim de regulamentar a publicidade o Código de Defesa do Consumidor (2011) incorporou à norma jurídica os artigos 30-vinculação da publicidade; 31-transparência das informações; 36e& única-identificação da publicidade; 37 e parágrafos - publicidade enganosa e abusiva; 38-ônus da prova; 56 inciso XII sanções administrativas; e 63, 67, 68 e 69 - infrações penais.

Vinculada ao Ministério da Saúde a ANVISA tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. Dentre os produtos submetidos à vigilância sanitária estão os medicamentos de venda livre (MIPS) que ocupam lugar de destaque, tendo em vista o os altos volumes de venda e consumo. Dentre eles estão os analgésicos, vitaminas, os antiácidos, os laxantes, os descongestionantes nasais, expectorantes. Esses medicamentos tratam de sintomas leves como febre, tosse, dor de cabeça, aftas, dores de garganta, assaduras, hemorróidas, congestão nasal e azia. Podem ser vendidos sem receita médica desde que fiquem atrás do balcão da farmácia ou drogaria sem acesso direto pelo cliente, sendo necessária a solicitação ao farmacêutico ou balconista, para a devida orientação quanto sua administração, interferências em exames laboratoriais, posologia, interações. Medicamentos vendidos pela Internet só são possíveis com a existência de uma farmácia real, física, com um telefone de contato para a orientação do paciente pelo farmacêutico.

Para balizar a comunicação destes medicamentos está a RDC 96/08 que tem como escopo

- a) Art. 1º O Regulamento anexo a esta Resolução se aplica à propaganda, publicidade, informação e outras práticas cujo objetivo seja a divulgação ou promoção comercial de medicamentos, de produção nacional ou estrangeira, quaisquer que sejam as formas e meios de sua veiculação, incluindo as transmitidas no decorrer da programação normal das emissoras de rádio e televisão.
- b) Peça publicitária - Cada um dos elementos produzidos para uma campanha publicitária ou de promoção de vendas, com funções e características próprias, que

seguem a especificidade e a linguagem de cada veículo. Exemplos: anúncio, encarte, filmete, spot, jingle, cartaz, cartazete, painel, letreiro, display, folder, banner, móbil, outdoor, busdoor, visual aid;

- c) Propaganda/publicidade abusiva - é aquela que incita a discriminação de qualquer natureza, a violência, explora o medo ou superstições, se aproveita da deficiência de julgamento e de experiência da criança, desrespeita valores ambientais ou que seja capaz de induzir o usuário a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança;
- d) Propaganda/publicidade enganosa - é qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou que, por qualquer outro modo, mesmo por omissão de dado essencial do produto, seja capaz de induzir o consumidor a erro, a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços;
- e) § 2º – Todas as alegações presentes na peça publicitária referentes à ação do medicamento, indicações, posologia, modo de usar, reações adversas, eficácia, segurança, qualidade e demais características do medicamento devem ser compatíveis com as informações registradas na ANVISA.
- f) Art. 6º As informações exigidas neste Regulamento, quando exibidas em linguagem escrita, devem ser apresentadas em cores que contrastem com o fundo do anúncio, devem estar dispostas no sentido predominante da leitura da peça publicitária e devem permitir a sua imediata visualização, guardando entre si as devidas proporções de distância, indispensáveis à legibilidade e destaque. Parágrafo único: No caso de propaganda ou publicidade veiculada na televisão, quando as informações escritas não forem locucionadas, elas deverão ser exibidas pelo tempo suficiente à leitura
- g) Art. 8º É vedado na propaganda ou publicidade de medicamentos: I – estimular e/ou induzir o uso indiscriminado de medicamentos; II - sugerir ou estimular diagnósticos ao público em geral; III – incluir imagens de pessoas fazendo uso do medicamento VII - empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo de medicamentos, tais como: “tenha”, “tome”, “use”, “experimente”;

- h) Art. 22 A propaganda ou publicidade de medicamentos isentos de prescrição médica deve cumprir os requisitos gerais, sem prejuízo do que, particularmente, se estabeleça para determinados tipos de medicamentos, sendo exigido constar as seguintes informações: Art. 22 A propaganda ou publicidade de medicamentos isentos de prescrição médica deve cumprir os requisitos gerais, sem prejuízo do que, particularmente, se estabeleça para determinados tipos de medicamentos, sendo exigido constar as seguintes informações:
- i) Art. 23 A propaganda ou publicidade de medicamentos isentos de prescrição médica deve, também, veicular advertência relacionada à substância ativa do medicamento, conforme tabela do anexo III. Parágrafo único No caso de não ser contemplada alguma substância ativa ou associação na tabela do anexo III, a propaganda ou publicidade deve veicular a seguinte advertência: “(nome comercial do medicamento ou, no caso dos medicamentos genéricos, a substância ativa) É UM MEDICAMENTO. SEU USO PODE TRAZER RISCOS. PROCURE O MÉDICO E O FARMACÊUTICO. LEIA A BULA
- j) Art. 25 Fica proibida a veiculação, na televisão, de propaganda ou publicidade de medicamentos nos intervalos dos programas destinados a crianças ou adolescentes, conforme classificação do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como em revistas de conteúdo dedicado a este público
- k) Art. 26 Na propaganda ou publicidade de medicamentos isentos de prescrição é vedado: I – usar expressões tais como: "Demonstrado em ensaios clínicos", "Comprovado cientificamente"; II - sugerir que o medicamento é a única alternativa de tratamento, fazendo crer que são supérfluos os hábitos de vida saudáveis e/ou a consulta ao médico V - usar de linguagem direta ou indireta relacionando o uso de medicamento ao desempenho físico, intelectual, emocional, sexual ou à beleza de uma pessoa, exceto quando forem propriedades aprovadas pela ANVISA; VII – incluir mensagens, símbolos e imagens de qualquer natureza dirigidas a crianças ou adolescentes, conforme classificação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No Brasil, os direitos consumeristas são considerados direitos fundamentais, previstos

na Constituição Federal (1988, art. 5º, XXXII e art. 48 dos ADCTS). A proteção do consumidor, sob as normas brasileiras, é sujeita a dois diplomas legais: Lei nº 8.884/1994, e Lei nº 8.078/1990) ambos preocupados igualmente com o bem estar do consumidor. A prática da venda casada é, em princípio, proibida pelas leis brasileiras- mais especificamente a Lei nº 8.137/1990 -, considerada prejudicial ao consumidor e ao direito concorrencial. O CDC proíbi fornecedores de obterem vantagem através de sua superioridade econômica ou técnica para estabelecerem condições de negócios desfavoráveis ao consumidor, dado que eles são a parte mais “fraca” da relação. Esta idéia é baseada fundamentalmente no princípio da boa-fé dos contratantes, provavelmente o princípio mais importante que norteia o CDC. No Brasil, qualquer infração aos direitos do consumidor pode ser reclamada perante ao Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor (PROCON), órgão que tem competência para penalizar o infrator com uma das sanções previstas no art. 56 do CDC. De acordo com Bessa (2006), o ato de combinar vendas pode também ser definido como o procedimento em que o fornecedor condiciona o suprimento de um produto ou serviço à aquisição de outro produto ou serviço. A venda casada é considerada um ato prejudicial aos direitos dos consumidores, e está elencado no art. 39 como uma das Práticas Abusivas. O Item I do art. 39 dispõe que é vedado ao fornecedor “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

Nesse sentido, vale mencionar a doutrina de Nunes (2005). A regra do inciso I do artigo 39 do CDC veda dois tipos de operações casadas: (i) o condicionamento da aquisição de um produto ou serviço a outro produto ou serviço; e (iii) a venda de quantidade diversa daquela que o consumidor queira. A hipótese (i) é incondicionada, isto é, não há justificativa nem por justa causa para o condicionamento da aquisição de um produto ou serviço a outro produto ou serviço. O que não ocorre no item (ii), uma vez que a expressão “sem justa causa” está atrelada à segunda parte da proposição, porquanto a norma diz “bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

No primeiro caso, existem exemplos bem conhecidos da prática abusiva. É o caso do banco que, para abrir a conta corrente do consumidor, impõe a manutenção de saldo médio ou, para conceder um empréstimo, exige a contratação de um seguro de vida. Há também, o caso

do bar em que o garçom somente serve bebida ou permite que o cliente continue na mesa bebendo se pedir acompanhamento para comer. Para ser caracterizada a venda casada, é preciso que os produtos e/ou serviços sejam vendidos separadamente. Sendo assim, o fornecedor não poderá impor a aquisição conjunta, ainda que o preço global seja mais barato que a aquisição individual, o que é comum nos “pacotes” de viagem. Assim, se o consumidor quiser apenas adquirir um dos itens, poderá fazê-lo pelo preço normal.

Conforme prevê Nunes (2005), em relação à quantidade, duas hipóteses podem ocorrer: o limite máximo de aquisição e a quantidade mínima. No primeiro caso, justifica-se que o fornecedor imponha limite máximo em época de crise. No segundo, há que se considerarem os produtos industrializados que acompanham o padrão tradicional do mercado e que são aceitos como válidos. Por exemplo, as promoções “compre três e leve dois” são válidas desde que o consumidor possa também adquirir uma peça apenas, mesmo que tenha que pagar mais caro pelo produto único no cálculo da oferta composta.

Segundo Benjamin (2007, p. 218), um dos autores mais renomados no que tange à matéria, o fornecedor não pode forçar o consumidor a adquirir uma quantidade do produto ou serviço além do que ele realmente necessita. Por exemplo, se um determinado consumidor deseja adquirir uma lata de óleo, é ilegal que o fornecedor condicione a venda daquela lata à aquisição de mais duas unidades.

Não obstante, o autor continua dizendo que a venda casada no Brasil pode ser possível, excepcionalmente, em casos em que o consumidor tem o direito, se desejar, de recusar a aquisição dos produtos em conjunto, contanto que ele pague o preço normal do produto ou serviço individual, sem descontos.

Citando Lilla (2006) em geral, os fornecedores oferecem os produtos ou em conjunto com um desconto no preço, ou individualmente, sem desconto. Neste caso, como não há nenhum ato restritivo, a venda casada não será ilegal. Contudo, cabe mencionar que tal prática pode ser considerada ilícita se o preço dos produtos vendidos individualmente for exorbitantemente mais alto que o preço da venda conjunta. Por mais razão, vislumbra-se ofensa à liberdade de escolha e ao direito à informação pelo consumidor, previstos no art. 6º,

incisos II e III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (2011). O Superior Tribunal de Justiça, já teve a oportunidade de reconhecer que “são direitos básicos do consumidor a proteção contra práticas abusivas no fornecimento de serviços e a efetiva prevenção/reparação de danos patrimoniais (CDC, art. 6º, IV e VI), sendo vedado ao fornecedor exigir do consumidor vantagem manifestamente excessivas, bem como elevar sem justa causa o preço de serviços (CDC art. 39, I, V e X).

Para ilustrar a prática da venda casada, eis alguns casos típicos desta conduta ilícita:

a) Médicos que induzem à compra de remédios/produtos em seus consultórios ou em lojas ou farmácias indicadas.

b) Compra de determinados produtos que são condicionados à aquisição de duas ou mais unidades. Por exemplo: xaropes/congestionantes: descongestionantes nasais /brindes.

## **6 Prevaler da Vulnerabilidade do Consumidor**

Por sua vez, o art. 39, inciso IV dispõe:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:  
IV - 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.

O fornecedor não poderá aproveitar-se da fraqueza ou da ignorância do consumidor para impingir seus produtos ou serviços. Para a avaliação desta prática abusiva, todas as características específicas e pessoais do consumidor são consideradas: sua idade, sua saúde, sua capacidade de conhecimento do produto ou do serviço e das condições explícitas e implícitas da oferta.

Nota-se que em caso de saúde prejudicada pode aumentar ainda mais a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor. Entendemos, pois, que “prevalecer-se da fraqueza do consumidor” caracteriza-se tão somente pelo aspecto objetivo da oferta ou do contrato, independentemente da intenção dolosa do fornecedor. Logo, basta que as condições objetivas do negócio sejam desproporcionalmente desfavoráveis ao consumidor para que se presuma a prática abusiva do inciso.

## 7 Venda Casada: Crime na Lei Nº 8.137/90

Não obstante tratar-se de prática abusiva expressamente reprimida pela lei consumerista, a “venda casada” está tipificada no art. 5º, II e III da Lei nº 8.137/90, como infração penal contra a Economia e as Relações de consumo. A pena para este delito é a de detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, com a possibilidade de aplicação de multa.

## 8 Generalidades

Para a caracterização do crime de *venda casada* é necessária a existência de uma relação econômica empresarial ou de uma relação consumo de massa, a qual tenha reflexo significativo na ordem econômica.

Consegue-se, com tal conduta criar um obstáculo ao ingresso no mercado de concorrentes, bem como é possível eliminar competidores já existentes. Há uma autêntica restrição à liberdade de compra e venda que deveria sempre ser preservada no tocante ao consumidor. (NUCCI, 2007, p. 905)

## 9 Objeto Jurídico

O bem jurídico protegido em primeiro plano é a **ordem econômica**. Em seguida, tutela-se o **direito do consumidor** a uma relação jurídica de consumo justa e, por último, a **livre concorrência**, prejudicada pela imposição feita por um concorrente ao consumidor.

O STF já decidiu que é necessária a individualização da conduta de cada um dos agentes envolvidos no delito, pois “ser acionista ou membro do conselho consultivo da empresa não é crime. Logo, a invocação dessa condição, sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não basta para viabilizar a denúncia”. (STF – RHC 4.214-DF, rel. Min. Assis Toledo).

“É a **concorrência**, o fator determinante para que os preços expressem a relação de equilíbrio entre a oferta e a procura. Para que se obtenham os benefícios derivados da concorrência, é necessário que as empresas invistam em tecnologia, bem como

realizam um estudo de mercado com o intuito de conhecer e atender as expectativas e desejos dos consumidores. Poderíamos dizer que a concorrência é um instrumento existente em benefício dos cidadãos, vez que são estes os consumidores finais dos produtos e que experimentam as melhorias decorrentes das circunstâncias concorrenciais. Além de conferir benefícios aos consumidores, a disputa entre as empresas ocasionada pelo ambiente concorrencial propicia que a economia brasileira entre com uma melhor estrutura no mercado externo.”

## **10 Venda Casada: Infração Contra a Ordem Econômica**

Ademais, é interessante lembrar que também é uma prática repudiada na seara do direito econômico, notadamente tipificada como infração à ordem econômica, nos termos do art. 21, inciso XXIII, da Lei nº 8.884/94 (Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste) que prevê um rol exemplificativo de infrações à ordem econômica. A investigação de infração à ordem econômica é feita pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio da instauração de averiguações preliminares – processo administrativo. As averiguações preliminares podem ser instauradas *de ofício* pela SDE ou mediante denúncia/representação por qualquer pessoa (física ou jurídica). Cumpre salientar que em qualquer hipótese devem ser observados os direitos e garantias processuais constitucionalmente assegurados, como o devido processo legal, ampla defesa e o contraditório. No caso de empresa, a multa varia de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável. Observa-se, todavia, a cominação da multa em dobro, em caso de reincidência conforme o art. 24, da Lei nº 8.884/94 (Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste) .

## **13 Conclusão**

A entrada de um código de autorregulamentação, novas normas e regulamentos, no qual, a sociedade civil e os órgãos vinculados a atividade publicitária e ao direito da concorrência, não só com respeito aos padrões éticos e de credibilidade, mas também mercantilistas, vem construindo uma mudança de comportamento, não apenas dos consumidores, que saíram da letargia e da inferioridade nas relações de consumo, como também dos fornecedores, anunciantes e demais co-participantes da cadeia de consumo, que tiveram de rever seus fundamentos e procedimentos agindo não apenas com ética, mas

também com o dever de transparência, lealdade e boa-fé constituem numa ferramenta poderosa.

Algumas propostas podem ser colocadas à mesa como a redução dos efeitos da publicidade nos hábitos de consumo; atenção especial as características pedagógicas da audiência do público-alvo, o respeito à ingenuidade, credulidade, inexperiência e sentimentos da criança ao tratar da deficiência de julgamento e experiência ou indução do consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança, o alerta aos pais de forma a educá-los para cultura da prevenção aos primeiros sinais de mudança de comportamento de seus filhos, campanhas institucionais desenvolvidas pelos órgãos públicos atentando para a automedicação, resoluções da ANVISA objetivamente exigindo uma maior hígidez no trato das relações empresariais e publicitárias quanto à utilização de crianças, demonstram a capacidade de tutelar o consumidor vulnerável, da mesma forma, que as sociedades empresariais desenvolvem tecnologias para se comunicarem mais rapidamente com um número maior de pessoas e utilizarem a publicidade para difundir suas idéias, conceitos e premissas sobre consumo, é necessário que tanto o judiciário quanto a iniciativa privada defendam estes direitos e códigos de conduta da sociedade de um modo geral e das crianças em especial, até porque na velocidade com que mudam os valores precisaremos de ferramentas aos quais, os controladores do sistema devam recorrer e utilizar para frear a ânsia consumista e concorrencial.

A participação da sociedade em suas instancias formais e informais, com uma influência mais efetiva na elaboração e fiscalização das políticas públicas, fazendo o controle social, diretriz constitucional, ainda não totalmente incorporada à cultura democrática brasileira poderá trazer novos ares e novos valores, de maior respeito ao consumidor e em especial às crianças e adolescentes, sujeitos do direito a uma proteção especial em razão de sua vulnerabilidade.

### **Referências**

BENJAMIM, A.H.V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.77, p.69-79, fev. 1988.

BENJAMIM, A. H. V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- BENJAMIN, A. H. V. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BESSA, L. R. **O consumidor e seus direitos**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Saraiva de Legislação)
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. 3. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. 95 p.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Medicamentos**: Portaria nº 3.916/98. Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.mp.ro.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?p\\_1\\_id=42535&folderId=41928&name=DLFE-32699.pdf](http://www.mp.ro.gov.br/c/document_library/get_file?p_1_id=42535&folderId=41928&name=DLFE-32699.pdf)>. Acesso em: 05 jan. 2012.
- CANOTILHO, J. J. G. **O direito e os medicamentos**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2011.
- CHAISE, V. F. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 1967.
- DOMINGUES, C. A. Publicidade enganosa e abusiva. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 4, p. 193, 1992. Número especial.
- DUARTE, D. M. V. **O direito e os medicamentos**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2011.
- FEDERAL TRADE COMMISSION ACT. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/ogc/ftcact.shtm>>. Acesso em: 12 dez. 2011.
- INSTITUTO ALANA. **Por que a publicidade faz mal para as crianças**. 2. ed. São Paulo: Instituto Alana, 2009.
- KOTLER, P. **Administração de marketing**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- LEVISKY, D. L. Um monge no divã. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.
- LILLA, P. E. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. **Revista de Direito da Concorrência**, São Paulo, Thomson; IOB, n. 10, abr./jun., 2006.

MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

MORETZSOHN, R. Classificação indicativa na democracia. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 9 fev. 2007, p A3.

NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil à luz da constituição federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.3, n.12, p. 9-49, out./dez. 2002.

NUCCI, G. de S. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUNES, R. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PASQUALOTTO, A. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**. São Paulo: RT, 1997.

PEREIRA, T. S. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROBERTS, R. et al. Pediatric drug labeling improving the safety and efficacy of pediatric therapeutics. **Journal of American Medical Association**, v.290, n.7, p. 905-911, 2003.

SIDOU, J. M. O. **Proteção ao consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LA TAILLE, Y. de. **Limites**: três dimensões educacionais. São Paulo: Ática, 2006.

TAVARES, A. R. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Ed. Método, 2006.

TOURAINÉ, A. **Critique de la modernité**. Paris: Fayard, 1992.