

**PUBLICIDADE DIRIGIDA À CRIANÇA: ANÁLISE DE CONTROLE EXERCIDO
NO BRASIL PELOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E PELO CONAR**

ADVERTISING DIRECTED TO THE CHILD: ANALYSIS OF CONTROL EXERCISED
IN BRAZIL COURTS OF JUSTICE AND THE SELF-REGULATION BOARD – CONAR

Larissa Fontes de C. Torres
Larafortorres@hotmail.com

Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal
da Paraíba

Filipe Mendes Cavalcanti Leite
Filipimendes@hotmail.com

Mestrando pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal
da Paraíba

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a proteção conferida à criança no ordenamento brasileiro, em especial, no âmbito do direito do consumidor, bem como investigar o controle da atividade publicitária exercido no Brasil pelo Poder Judiciário, integrante do sistema público de controle, e pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Para tanto, realizou-se uma pesquisa empírica, primeiramente situando-se o tema dentro do estágio de evolução da doutrina e da legislação, para, em seguida, proceder-se à análise quantitativa dos julgamentos levados a efeito pelo Poder Judiciário e pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária entre os anos de 2012 e 2013. Identificou-se, assim, que comumente as campanhas publicitárias têm se usado de análise do comportamento infanto-juvenil com vistas a persuadir esse público à aquisição de seus produtos e à identificação com sua marca. Diante da avaliação do resultado do controle realizado no país, impõe-se a conclusão de que a proibição da veiculação de publicidade dirigida à criança é a interpretação mais adequada para o dispositivo inserido no Código de Defesa do Consumidor e que a existência de meios de controle não é suficiente para resguardar o melhor interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVES: Publicidade – Infância – Controle.

ABSTRACT

The present study aimed to examine the protections afforded to children in the Brazilian legal system, especially in the context of consumer law, as well as investigating control of advertising activity exercised by the judiciary in Brazil, a member of the public control system, and the National Council for advertising Self-Regulation. To this end, we carried out a empirical

research, situating the subject within the stage of development of doctrine and legislation, and, then, a quantitative analysis of the trials carried out by the judiciary and the Council of Advertising Self-Regulation was also taken. It was identified, so that commonly ad campaigns have been used for the analysis of juvenile behavior in order to persuade that public to purchase their products and identify with your brand. Before the evaluation of the results of control carried out in the country, requires the conclusion that the prohibition by advertising directed at children is the most appropriate interpretation for the device inserted in the Code of Consumer Protection and the availability of means of control is not sufficient to protect the best interests of the child.

KEYWORDS: Advertising – Childhood – Control

1 INTRODUÇÃO

Ao longo de um dia, horas da programação televisiva são destinadas à publicidade. As crianças e os adolescentes brasileiros estão entre os que mais assistem televisão no mundo, totalizando cerca de 5 horas diárias (HENRIQUES, 2013, p. 19). Ou seja, as crianças brasileiras passam mais tempo em frente à TV do que na escola, média muito superior à geral das crianças e dos adolescentes dos EUA, entre 2 e 18 anos, que empregam 2h e 46 minutos em programas televisivos, além de 28 minutos especificamente dirigidos à propaganda (SCHOR, 2012, p. 29), ou das crianças suecas que assistem cerca de 2h por dia (BJURSTRÖM, 2000, p. 23).

Não é difícil deduzir, por conseguinte, que boa parte desse tempo dedicado à televisão é ocupado por mensagens publicitárias, sejam ou não voltados para este público. Pesquisa realizada em 1º de outubro de 2010, pelo instituto Alana, identificou que em 10 horas de programação, foram feitas mais de 1000 inserções publicitárias. Também em outubro, nos quinze dias que antecederam o dia das crianças de 2011, o Observatório da Mídia da Universidade Federal do Espírito Santo, em parceria com o Projeto Criança e Consumo constatou que foram veiculadas 81 mil peças publicitárias distribuídas em 15 canais de televisão (HENRIQUES, 2013, p. 19). Estudo realizado pela Associação Brasileira de Anunciantes entre os dias 11/12/2012 e 10/01/2013, em cinco canais de TV aberta e sete canais pagos direcionados a crianças identificou que, no período, foram veiculadas, respectivamente, nos tipos de canais indicados 135.043 e 727.320 inserções de caráter publicitário (ABA, 2013).

Existem inúmeros estudos acerca do papel desempenhado pela televisão e seus efeitos no desenvolvimento infantil, buscando investigar diversos aspectos desse hábito da contemporaneidade. Como resultado, pesquisadores apontam altos graus de obesidade e sedentarismo, disfunções alimentares de diversos gêneros, déficit de atenção, retardo no desenvolvimento psíquico (SCHOR, 2009, p. 32), insensibilização diante da violência, aumento do medo (PEREIRA JÚNIOR, 2006, p. 302), entre muitos outros que abordaremos ao longo do trabalho.

Com base em estudos acerca do desenvolvimento infantil e em que aspectos ele é afetado pela publicidade e nas regras adotadas pela legislação brasileira de proteção à infância e ao consumidor, questiona-se a licitude da publicidade que se utiliza de elementos da infância ou que sejam dirigidos a crianças, inclusive para comercialização de produtos que não lhes dizem respeito, tendo em vista a crescente influência das crianças nos hábitos de consumo das famílias.

Assim, os objetivos do trabalho são analisar o regramento da publicidade dirigida à criança no Brasil e a efetividade do controle exercido pelo Poder Judiciário e pelo órgão de autorregulação. Busca-se, com isso, avaliar se o modelo de controle adotado no país é compatível com o princípio do melhor interesse da criança e com sua proteção integral, impostos pela Constituição da República e se respeitam a regra inserida no Código de Defesa do Consumidor, que veda a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento da criança, classificando-a como abusiva.

A hipótese proposta é que, da citada regra inserta no art. 37, §2º, do CDC, a publicidade dirigida à criança é vedada no Brasil, pois toda publicidade voltada para este público necessariamente estará se valendo do peculiar estágio de desenvolvimento da criança e, em consequência, de sua menor capacidade de julgamento e compreensão da oferta que lhe é intencionada. Em sendo assim, o controle da publicidade através do Judiciário e do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária mostra-se insuficientes a atender ao arcabouço teórico-jurídico imposto para a proteção da infância e do consumidor.

Para investigar a hipótese descrita, será feita pesquisa empírica, situando-se, inicialmente, o tema dentro do estágio de evolução da doutrina e da legislação, colacionando-se as normas de caráter público e privado vigentes no país. Em seguida, será feita análise estatística dos dados coletados nos sites dos Tribunais de Justiça do país, buscando-se julgados envolvendo publicidade e criança, nos anos de 2012 e 2013, bem como no site do CONAR, que, através de seu conselho, julga casos de violação ao seu Código de Autorregulamentação, conforme será detalhado no capítulo próprio.

Os dados coletados junto aos referidos órgãos de regulação serão apreciados em confronto com as seguintes variáveis: quanto mais efetivo o controle da publicidade (variável independente), o que foi medido com base no número de processos e de condenações, no caso do Poder Judiciário, e no número de processos, de arquivamentos e de penalidades, em especial a de sustação do anúncio publicitário, maior garantia de proteção à infância diante da publicidade (variável dependente).

2 A PUBLICIDADE DIRIGIDA À CRIANÇA E SUA REGULAMENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO, NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

O arcabouço legislativo que pode ser invocado para uma regulação efetiva da publicidade frente às crianças é composto, primordialmente, de normas constitucionais, do

Estatuto da Criança e do Adolescente, do próprio Código de Defesa do Consumidor, e, em um plano de regulação privada, pelas regras do Código de Autorregulamentação Publicitária do CONAR. Além dessas, podem vir em socorro da proteção do público infanto-juvenil, algumas normas de aplicação mais restrita como a que regulamenta a comercialização de produtos para lactentes, portarias sobre venda de alimentos, entre outras.

A Constituição Federal de 1988 priorizou a positivação dos direitos humanos, que alcançaram reconhecimento internacional com a Carta das Nações Unidas, da qual resultaram, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, os principais instrumentos internacionais de proteção à infância e à juventude, quais sejam a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959); as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para a administração da Justiça de Menores (1985)¹ e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), sendo esta a convenção até hoje com o maior número de assinaturas da história. Apenas os Estados Unidos, a Somália e o Timor Leste não a ratificaram.

Já em seus fundamentos, a Constituição consagrou a cidadania e a dignidade da pessoa humana, valores esses intimamente ligados a todos os seres humanos, inclusive crianças e adolescentes. Dentre os direitos sociais, foi situada a proteção à infância e à maternidade. No já citado art. 227, integrante do capítulo “Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso”, o Estado elegeu a criança como prioridade absoluta, na esteira da doutrina da proteção integral, já defendida pelos especialistas e militantes da área em todo o mundo e mais tarde positivada na Convenção dos Direitos da Criança. Dentre os deveres do Estado, da sociedade e da família encontra-se a salvaguarda das crianças contra negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. São exatamente alguns desses aspectos que são combatidos nas mensagens publicitárias, a exploração do pouco discernimento da criança, o estímulo à violência, ao consumismo, à alimentação inadequada e prejudicial a sua saúde, o desrespeito à autoridade dos pais.

A proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, que decorre da própria Convenção, é susceptível de recobrir as veladas ou explícitas formas de violência contidas na publicidade que se lhes dirige, sem qualquer esforço ou à *contre-coeur*...

É que, na realidade, é de direitos fundamentais das crianças que se trata na sufocante, exploratória e penalizante sujeição à implacável ditadura da publicidade que perturba, tortura e causa danos irreparáveis. (FROTA, 2006, p. 24).

¹ A Regra 8 da referida resolução sugere que os Estados devem “evitar que a publicidade indevida e o processo de difamação prejudiquem os menores, devendo ser respeitado em todas as etapas o direito dos menores à intimidade”.

Importante salientar, como fez Maria de Fátima Firmo (1999, p. 26), que se consagrou na atenção à infância uma verdadeira democracia, sendo a responsabilidade pela concretização da proteção integral repartida entre a família, a sociedade e o Estado, os quais deverão respeitar a condição de pessoa em desenvolvimento das crianças, dispensando-lhe tratamento especial.

No capítulo da Comunicação Social, a Constituição atribui à lei federal a regulação dos espetáculos públicos, com o fito de informar sua natureza e a faixa etária para a qual são considerados impróprios, bem como os locais e horários para os quais serão os espetáculos inadequados. Recentemente, o Ministério da Justiça divulgou as novas normas de classificação da programação, através da Portaria nº 368, de 2014. Por meio dessa classificação, o Poder Público visa a resguardar a família da programação das emissoras de rádio e TV que desrespeite os princípios dispostos na Constituição e a que se apega a sociedade, como valores éticos e sociais.

Na mesma esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 – abraça a doutrina da proteção integral, à qual o Brasil já havia aderido através do Decreto 99.710/90, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança no país. Assim, o ordenamento pátrio tem o dever de observar o princípio do maior interesse da criança, de modo que ela passa a merecer prioridade imediata e absoluta. O Código de Menores, com sua terminologia ultrapassada e, em consequência, a doutrina do menor em situação de risco, já não têm espaço na ideologia implantada com o novel estatuto.

O ECA não tem nenhum dispositivo voltado exclusivamente para a publicidade, embora a noção de que as crianças e adolescentes não devem ser alvo de exploração em decorrência de sua natureza de pessoas em desenvolvimento permeie todo o seu texto. Há, no entanto, normas voltadas aos programas e espetáculos, que, conforme dispôs a Carta Magna, devem observar padrões éticos e priorizar as finalidades educativa, artística, cultural e informativa. Em verdade, excetuada a vedação à publicidade abusiva que se aproveite da criança, não existe nenhum outro dispositivo legal mais específico sobre o tema. Sobre esse fato, assim se manifestou a autora Isabella Vieira Machado Henriques:

Porém, como se nota, especificamente com relação à publicidade dirigida ao público infantil, não há em todo o ordenamento qualquer regulamentação. São utilizadas, para tanto, as normas existentes para regular a atividade de maneira geral, combinadas com as disposições legais que visam à proteção da criança, o que é um problema porque, apesar de o ordenamento, interpretado conjuntamente, possuir todos os elementos necessários para coibir os excessos publicitários relativos aos anúncios voltados ao público infantil, muitas vezes não consegue reprimir tais abusos de forma contundente como poderia acontecer se houvesse regulamentação específica (2006, p. 165).

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, trata do assunto entre os chamados vícios da publicidade, no art. 37, os quais são de dois tipos: a enganabilidade e a abusividade, que serão explicados a seguir. Para os fins do presente trabalho, interessa primordialmente a publicidade abusiva, porque assim foi enquadrada aquela que se aproveite da deficiência de julgamento da criança, segundo o diploma em comento.

No dizer do Código:

Art. 37, § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Ou seja, entre outras hipóteses legais, é abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência das crianças. As crianças estão enquadradas no conceito de vulneráveis em uma relação de consumo, pois têm reduzida capacidade de compreensão do discurso publicitário, de suas nuances e são sobremaneira influenciadas por seus apelos.

Com efeito, estudos indicam variadas idades para que esse público seja capaz de identificar e compreender a publicidade. Até os cinco anos de idade, as crianças sequer são capazes de diferenciar um programa de um anúncio, que se dirá, então, de reconhecer *merchandising* ou de compreender que não são os personagens dos desenhos a que assiste que estão recomendando a compra dos materiais escolares, das roupas, dos bonecos, dos lençóis em que suas ilustrações aparecem.

Passada essa fase, somente aos 12 anos é que a criança será capaz de apresentar posição crítica em relação ao objetivo da publicidade.

Por tais razões, o CDC dispensou especial cuidado em relação à publicidade dirigida à criança, devendo-se atentar também para os anúncios que as usam para atingir outros públicos, em especial, as mulheres. O Código de Autorregulamentação Publicitária do CONAR foi mais específico que o CDC quanto ao público infante-juvenil, como se verá adiante.

O CBARP foi criado em 1980 pelos membros que então compunham o CONAR. Seu interesse é instituir parâmetros a serem observados pelos profissionais do setor para evitar dano aos consumidores e à sanidade do mercado. O Código adota as diretrizes e princípios da Câmara Internacional de Comércio (Internacional Chamber of Commerce – ICC), organização fundada

em 1919, com o objetivo de defesa do mercado, que tem hoje mais de 130 países filiados e milhares de empresas, bem como as normas de seu Código Internacional de Prática Publicitária.

A Décima primeira seção do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP) é intitulada *Crianças e Jovens* e confere parâmetros a serem observados por seus afiliados na elaboração de peças publicitárias para esse público. Segundo o órgão, a nova regulamentação é mais detalhada e abrangente do que a anterior e inclui conceitos avançados e recomendações pontuais.

A Seção abrange o art. 37, segundo o qual “os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes”. Ordena o dispositivo que nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. Desse modo, a criança, terminologia adotada em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, não deve ser alvo de apelo de consumo, devendo as campanhas ser dirigidas a seus responsáveis. Além do mais, o órgão de autorregulação consagrou entre as diretrizes que regem a publicidade infanto-juvenil, o que tantos ativistas dos direitos da criança apregoam: a publicidade deve desempenhar seu papel de auxiliar os pais, educadores, autoridades e a comunidade na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes.

Com a exposição que hoje se tem às campanhas publicitárias, veiculadas através dos mais variados meios, elas têm forte influência no comportamento de seu público-alvo, em especial quando se trata de um público cuja formação psíquica sequer se completou, um grupo que por sua própria natureza é mais susceptível e vulnerável ao que ouve, vê e lê.

Assim, os anúncios devem contribuir para o bom relacionamento das crianças e jovens em seu ciclo familiar e social; respeitar a sua condição de seres em especial estágio de desenvolvimento, não explorando sua ingenuidade, credulidade, inexperiência e menor capacidade de discernimento; dispensar cuidado para evitar distorções nos modelos publicitários e no público-alvo formado por crianças e jovens e não estimular comportamentos socialmente condenáveis.

Na esteira dos principais instrumentos internacionais de regulação privada do setor publicitário, o CBARP orienta os anunciantes para que dispensem especial atenção à segurança e às boas maneiras, não devendo as crianças figurar como modelos em anúncios que promovam o consumo de bens incompatíveis com sua condição, como armas, jogos de azar, etc.

Dentre suas normas, o CBARP determina que os anúncios abstenham-se de (art. 37, I, *in verbis*):

- a) desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
- b) provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
- c) associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
- d) impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;
- e) provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;
- f) empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;
- g) utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
- h) apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;
- i) utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

O regramento privado levado a efeito pelo CBARP é, decerto, muito mais específico do que o que se deu no sistema público que em apenas um artigo do Código de Defesa do Consumidor referiu-se à publicidade que explora a criança como sendo abusiva. A norma privada em apreço delimita com maior precisão as condutas permitidas e vedadas ao anunciante que deseja levar um produto a esse público. No entanto, em alguns momentos não deixa de pecar pela vagueza de seus dispositivos, que na generalidade como foram escritos correm o risco de se tornar inócuos. Assim, as alíneas *c* e *d* do inciso II, ao falarem em características e distorções psicológicas ampliam a margem de atuação e de interpretação do anunciante, de modo que abusos podem não ser evitados, sem que o anúncio seja inquinado de ferir diretamente a norma autorregulatória.

Além do art. 37, há outras normas no Código que se referem à publicidade destinada ao público infantil, especialmente nas categorias especiais de anúncio como armas de fogo, bebidas alcoólicas, fumo, alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas.

Passamos ao estudo do controle do ato publicitário.

3 CONTROLE E FUNDAMENTOS DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

O controle da publicidade pode ser definido como

(...) uma atividade de verificação e de sancionamento dos atos publicitários tidos por patológicos, realizada por entidades, públicas ou privadas, embasadas em normas estruturais e materiais, visando à proteção do consumidor (MARTINEZ, 2001, p. 102).

A primeira questão que se impõe quando tratamos de controle da mensagem publicitária é a de enquadrá-la ou não como exercício da liberdade de expressão, consagrada como direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

Decorreria daí, por conseguinte, para alguns, a impossibilidade de limitação à atividade publicitária, porquanto, o art. 5º, IX, da Carta Magna, garantiu a liberdade de expressão independentemente de censura ou licença. Tal discussão ganha maior relevo quando situamos esse direito fundamental frente à história recente do Brasil, marcada pelo horror da ditadura, intrinsecamente associada ao sufocamento do direito de expressão dos cidadãos, em especial, de tantos militantes políticos que pagaram com a própria integridade física, e muitos outros com a vida, a desobediência à censura instaurada no país.

Em consequência, restaurada a ordem democrática na década de 80, toda limitação aos direitos fundamentais, entre as quais a liberdade de expressão, de manifestação artística e cultural, passou a ser rechaçada como se resquício fosse da ditadura militar.

A censura que vigorou durante anos de regime militar no Brasil acabou por deturpar dois conceitos básicos, preciosos em um regime democrático: a liberdade de informação e o direito de mostrar – e, conseqüentemente, de não mostrar – ideias, modelos de comportamento e valores adequados a cada faixa etária. Com o fim da censura, o retorno à liberdade de informação deve ser saudado e defendido. (...) Entretanto, isso não deve ser confundido com uma liberalidade quanto ao que será proporcionado em termos de espetáculos e diversões à criança. Daí a importância de o E.C.A. prever que os espetáculos devem conter informações sobre sua natureza e a faixa etária de público a que se destinam. (CURY, 2002, p. 240)

No que atine, especificamente, à publicidade, defendem alguns que é manifestação artística, expressão do pensamento e da criatividade humana, de modo a estar albergada na proteção contra a censura estatal.

Para outros, o objetivo comercial desabilita a compreensão da publicidade como manifestação do pensamento, uma vez que o discurso publicitário não se atém à criação artística propriamente dita, mas ao convencimento do público a respeito das qualidades do bem anunciado.

A publicidade seria, sob este prisma, expressão da livre iniciativa e, por essa razão, faria jus à proteção em face do Estado e não por ser manifestação de opinião do veículo publicitário.

É de se compreender como mais autorizada esta última corrente, uma vez que o cerne da publicidade, e da preocupação quanto ao seu controle, não advém de seu caráter de produção criativa, mas de seu objetivo de colocação de bens no mercado, decorrente da livre iniciativa.

Em que pesem as divergências acerca da natureza da proteção estatal voltada à publicidade, o certo é que ela não pode ser ilimitada. Não são raras as situações em que um direito fundamental, seja a liberdade de expressão ou a livre iniciativa, encontrar-se-á em choque com outro valor de igual importância. Em situações que tais, cumpre ao aplicador da norma sua conciliação, de modo a preservar a máxima observância dos direitos fundamentais.

Ao tratar da tutela das liberdades na Constituição, José Afonso da Silva assim leciona:

Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no *sentido negativo*, porque se opõe, *nega*, à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe *sentido positivo*: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima.

Esta provém do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular. Nesse sentido, autoridade e liberdade são situações que se complementam. É que a autoridade é tão indispensável à ordem social – condição mesma da liberdade – como esta é necessária à expansão individual. Um mínimo de coação há sempre que existir. (...) (SILVA, 2005, p. 232, grifos no original).

Reconhece-se hoje que não existe direito fundamental absoluto, que não importe restrição, pois que, havendo conflito entre direitos erigidos à condição de fundamentalidade pelo constituinte, deverá haver sua conformação com a mínima restrição possível e a máxima garantia de ambos. Não se trata aqui de afastar simplesmente a aplicação de um deles e garantir o respeito ao outro, pois, sendo ambos fundamentais ao desenvolvimento humano e do país, hão de ser garantidos. Para a concretização da ordem social, haverá sempre que existir uma regulação por parte do Estado, limitando o exercício de certos direitos em detrimento de outros.

Desse modo, estando a mensagem publicitária em desacordo com outro valor de hierarquia constitucional, como quando atenta contra a dignidade da pessoa humana, será lícita e desejada sua limitação pelo Estado.

Assim, não existe atividade humana que não esteja sujeita a uma espécie de controle. A publicidade não foge à regra. Para coibir a prática publicitária ilegal, em desacordo com os princípios do Estado brasileiro e com as normas insertas no CDC, a publicidade deve ser objeto de controle, como se verá a seguir.

(...) De três formas o fenômeno publicitário pode ser controlado: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado e, finalmente, por um sistema misto.

A grande discussão em torno da matéria nada tem a ver com a ideia de controle em si da publicidade. Ninguém põe em dúvida a necessidade de sua disciplina. A contenda resume-se na escolha do sujeito a quem caberá exercer a tarefa disciplina. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2003, p. 301).

Em síntese, vemos que o texto constitucional, ao passo em que consagrou a liberdade de pensamento e criação, expressamente, impôs ao legislador a limitação da propaganda de alguns produtos, como tabaco, bem como estipulou princípios a serem observados nas programações de TV e rádio e que, em sendo desrespeitados, autorizarão a atuação dos cidadãos para que se resguardem da violação a valores éticos e sociais da pessoa e da família.

O controle da publicidade, especialmente quando se tem em conta a publicidade violadora de direitos da infância, decorre do próprio texto constitucional, ao consagrar a proteção integral da criança como direito fundamental, autorizando a intervenção do Estado sobre as atividades que lesionem seus interesses.

Muito tem sido dito acerca dos efeitos da publicidade sobre a criança, sua formação psíquica e de seus valores como ser humano, apontando diversos estudos prejuízos a sua saúde, ao seu desenvolvimento, entre outros. Daí também exsurge a interpretação autorizadora do controle da publicidade, na medida em que, como transcrito acima, o texto da Carta Magna autorizou a restrição da publicidade que traga prejuízos à saúde e ao consumidor por meio de lei para tal fim.

Consoante defendido acima, a atividade publicitária está intrinsecamente relacionada não à liberdade de expressão, mas à livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, a qual também sofreu limitações oriundas do texto constitucional, entre as quais os direitos dos consumidores, os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana, valores estes relacionados à proteção da infância e dos valores familiares, muitas vezes menosprezados pelo apelo ao consumo consubstanciado na publicidade.

Em última instância, poderíamos afirmar que o princípio da dignidade humana, limitador da atuação do Estado e dos particulares, é também um fundamento autorizador da restrição à atividade publicitária, especialmente a dirigida à criança ou que dela faz uso para atingir outro público consumidor.

Mais do que autorizado e cabível no nosso ordenamento, o controle e a limitação da atividade publicitária é essencial para resguardar os direitos dos consumidores e das famílias e crianças atingidas pela oferta publicitária.

Estabelecidas as normas capazes de autorizar, ou mesmo de impor, ao Estado e à Sociedade o controle da publicidade dirigida à criança, alvo de integral proteção pela Constituição Federal, resta analisar os tipos de controles possíveis e o que está posto no Brasil.

O controle da publicidade de consumo revela a fiscalização ou a verificação da regularidade do ato publicitário consumerista. Cumpre, em regra, verificar o conteúdo dos atos

publicitários, impedindo que causem ou continuem causando danos aos consumidores, bem como buscar a reparação dos que sofreram danos e aplicar as sanções aos responsáveis.

No Brasil, não existe controle prévio da mensagem publicitária, como no Reino Unido e no Canadá, países em que ela deve ser examinada e classificada antes de sua veiculação, de maneira que o controle posterior deve ser feito de forma rigorosa e eficiente para evitar prejuízos para os consumidores.

O controle da publicidade em nosso sistema dá-se, por conseguinte, apenas quando da pretensa ocorrência de um ato publicitário caracterizado como irregular, a chamada publicidade patológica. Somente nestes casos atuará o órgão de controle, com vistas a verificar a existência ou não dessa irregularidade, que, uma vez comprovada, ensejará a atuação repressiva sobre a ocorrência.

Existem três sistemas de controle de publicidade: privado, público e misto.

O controle privado ou autorregulação ou, ainda, controle ético ou corporativo, é levado a efeito por pessoas físicas e jurídicas que compõe o meio publicitário, tais como agências e profissionais da área. Consoante relata o próprio *site* do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), órgão responsável pela autorregulação no Brasil, ante o risco de instauração de um controle público sobre o setor, criou-se o Conselho com vistas a zelar pelos interesses do meio publicitário e dos consumidores e a proteger a livre concorrência.

As sanções decorrentes do controle do CONAR têm caráter contratual, só podendo ser aplicadas conforme dispuser o negócio jurídico que deu origem à associação e às regras que a regem. Em sendo assim, o órgão de controle não tem o poder de impor aos membros a obediência a suas decisões, assim como sua atuação impõe-se somente àqueles que hajam aderido voluntariamente ao controle corporativo e não a todos os profissionais e empresas do setor.

No nosso país, o sistema privado de controle está a cargo, como já dissemos, do CONAR. Esse órgão foi criado em 1980 sob a forma de sociedade civil sem fins lucrativos, com sede localizada na cidade de São Paulo, sendo composto de uma Assembleia Geral, um Conselho Superior, um Conselho Fiscal e um Conselho de Ética. Para o aspecto do controle da publicidade, interessa este último, órgão de fiscalização, julgamento e deliberação do cumprimento do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP).

Um procedimento pode ser iniciado junto ao Conselho de Ética, de ofício ou por requerimento, o qual pode ser apresentado por uma autoridade pública (denúncia), pelos consumidores (queixa), por membro ou pelo Serviço de Monitoria da instituição (reclamação).

Da investigação podem resultar sanções de advertência, quando o anúncio, embora haja violado o CBARP, não seja nocivo aos consumidores e à atividade publicitária; de recomendação de alteração do anúncio, quando é possível, a partir de uma correção, que o anúncio deixe de infringir o Código; e de recomendação aos veículos de comunicação para sustar a exibição do anúncio, quando ele desafia as regras éticas do CBARP.

A maior desvantagem do sistema privado é a ausência de coercitividade de suas decisões, que dependem exclusivamente do compromisso dos anunciantes, agências e veículos de comunicação para obter êxito. As críticas à regulação corporativa recaem também em relação aos consumidores, afirmando alguns autores que a desinformação do consumidor acerca desse sistema de controle, dos órgãos que o integram e da forma de acioná-lo podem lhes causar prejuízos, dificultando a reparação dos danos individualmente causados por uma publicidade patológica.

“As vantagens estariam na agilidade do procedimento, na rápida adaptação das regras éticas às modificações sociais e na especialização do órgão deliberativo, formado por pessoas com notório conhecimento sobre o funcionamento desta atividade, sejam elas do meio publicitário ou não”. (MARTINEZ, 2001, p. 107)

O sistema público, estatal ou governamental de controle de publicidade é exercido por órgãos públicos, administrativos e judiciais, que se voltam a impedir os abusos nas mensagens publicitárias, com vistas à proteção do consumidor. Utiliza-se de normas cogentes, de ordem pública.

Enfatiza Sergio Martinez que “o controle da publicidade, para o Estado Social, parte da ideia de que nenhuma atividade de interesse social e de ordem pública pode ficar sem regulamentação” (MARTINEZ, 2001, p. 107)

Assim como o sistema privado, sua atuação é basicamente repressiva, voltando-se, porém, ao sancionamento e à reparação aos consumidores e não à regulação da atividade publicitária. Diferem, assim, os sistemas público e privado, entre outras coisas, quanto ao seu elemento teleológico.

Como na autorregulação, existem vantagens e desvantagens na adoção do modelo estatal de controle. Este último representa um controle abrangente, porquanto não sofre limitações quanto à área geográfica de atuação do órgão de classe, além de poder impor suas deliberações a qualquer anúncio publicitário, independentemente de adesão de anunciante ou veículo. Ademais, somente por meio desse controle é possível conceder ao consumidor reparação por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais que haja sofrido em virtude da

publicidade, uma vez que o objetivo do controle estatal é, precipuamente, a proteção do consumidor.

As desvantagens decorrem da corriqueira lentidão dos órgãos públicos, principalmente do Judiciário, que, diferentemente das outras entidades citadas nesse sistema, não dispõe de um serviço especializado em matéria de consumo, deficiência que facilmente se observa no dia-a-dia das lides forenses. Além disso, diferentemente do sistema ético, que se rege por regras próprias de caráter privado, sendo, portanto, de mais rápida e fácil alteração e adequação aos câmbios sociais, o sistema público esbarra na morosidade do processo legislativo, o que dificulta o seu ajustamento às mudanças sociais e às regras do mercado.

Como se intui do próprio termo, o sistema misto perfaz-se pela comunhão dos controles público e privado, através da atuação de órgãos estatais e particulares e da aplicação de normas de caráter público e privado.

É certamente o controle mais eficiente, uma vez que possibilita ao consumidor a ampla proteção dos modelos anteriores, que se complementam, anulando as desvantagens que individualmente apresentam. Desse modo, possibilita-se a atuação da autorregulação e do Estado, nos casos em que aquele for falho ou naqueles não abrangidos.

Expostos os fundamentos do controle da publicidade e os sistemas existentes para tal fim, trataremos agora de analisar o controle exercido no Brasil pelo Poder Judiciário e pelo CONAR.

4 ANÁLISE DA EFICIÊNCIA DO CONTROLE JUDICIAL E DA AUTORREGULAÇÃO

A análise de casos que passamos a tecer consistiu na pesquisa de julgamentos nos anos de 2012 e 2013 em órgãos responsáveis pelo controle público da publicidade, bem como das decisões do CONAR, no mesmo período.

Buscamos comparar os resultados obtidos, a fim de subsidiar a avaliação acerca da eficiência dos sistemas de controle propostos no país, bem como de sua efetiva atuação no resguardo dos direitos das crianças.

Inicialmente, procedemos à consulta virtual, utilizando-se como parâmetros de pesquisa as combinações de palavras publicidade, criança e consumo; publicidade, consumidor e criança; publicidade e criança; publicidade abusiva, junto aos Tribunais de Justiça de todo o país, incluindo o Distrito Federal, sendo localizados casos envolvendo controle de publicidade apenas no Distrito Federal e no Estado de São Paulo, talvez porque neste último estejam

concentradas importantes emissoras de televisão e rádio do país, bem como seja onde se sediam muitas das empresas nacionais, e, em consequência, onde são produzidas parte considerável das campanhas publicitárias veiculadas nacionalmente.

Ou seja, nos anos de 2012 e 2013, nenhum processo em que se discutisse publicidade abusiva que lesasse direito da criança foi localizado em qualquer outro tribunal de justiça brasileiro, exceto na corte paulista e na capital federal, em que foram identificados, ao todo, quatro acórdãos, utilizando-se os mesmos parâmetros de pesquisa.

Saliente-se, apenas a título de esclarecimento, que em alguns tribunais alguns acórdãos eram relacionados quando se procedia à busca a partir dos parâmetros indicados acima, no entanto, ao se ler a íntegra dos julgamentos, constatava-se que se tratava de casos envolvendo publicidade de atos administrativos, veiculação de imagem ou nome de adolescentes e crianças sem autorização, processos criminais contra crianças ou atos infracionais praticados por adolescentes, direito à saúde e à educação. Acerca do controle de campanhas publicitárias televisionadas ou radiofonadas, apenas os quatro exemplares indicados.

Foram localizados, ainda, como no Mato Grosso do Sul, acórdãos referentes a controle de constitucionalidade sobre leis que tratavam de comercialização de produtos alimentícios em ambiente escolar, e que, portanto, atingiam direitos das crianças, no entanto, não se tratava de controle concreto do ato publicitário, razão pela qual foram excluídos da pesquisa.

No Paraná e no Maranhão foram localizados acórdãos versando sobre controle de campanhas publicitárias ou de ofertas dirigidas a crianças, no entanto, todas se encontravam fora do marco temporal definido, ficando, de igual modo, excluídas da amostragem aqui realizada.

Passemos, então, à análise dos julgados encontrados.

Diferentemente do que imaginávamos encontrar, não se trata de casos eminentemente de direito privado em que algum consumidor ou alguma organização de proteção da infância ou dos consumidores tivesse intentado as ações com vistas a obter a suspensão dos anúncios ou a reparação de danos decorrentes de sua veiculação. Dois dos citados processos tratam de ações em que se busca anular autos de infrações lavrados pelo PROCON em detrimento das empresas, sob o fundamento de que teriam violado o art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, que regula, como visto, a publicidade abusiva.

Insurgindo-se contra as multas, os anunciantes manejaram ações anulatórias, as quais foram julgadas na primeira instância e, em seguida, remetidas ao Tribunal, mais precisamente às Câmaras de Direito Público, sendo que, para julgamento da subsistência dos autos, os desembargadores precisaram enfrentar a ocorrência de violação de direitos da criança ou do

adolescente, de forma que a matéria de fundo atinente aos direitos do consumidor e das crianças findaram por ser enfrentados, sendo que, em ambos, foi afastada a ocorrência de publicidade enganosa, acatando-se a tese de que as campanhas não se voltavam ao público infantil e, portanto, não eram capazes de lhes explorar a reduzida capacidade de compreensão.

Vejamos:

Ementa: APELAÇÃO Publicidade abusiva Pretensão anulatória de auto de infração e imposição de multa do PROCON Indução ao consumo de produtos de qualidade nutricional baixa, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência de crianças Não verificação, in casu, de abusividade Inteligência do art. 37, § 2º, do CDC Campanha publicitária que se ateve aos limites da livre concorrência e da legalidade Inexistência de razão, ante a campanha veiculada, para se afirmar ofensa à hipossuficiente. Sentença de procedência reformada apenas para redução da verba honorária, ante a necessária equidade - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não se verificando na campanha publicitária excesso qualificável como patológico nem ofensa aos hipossuficientes (crianças), por desrespeito à dignidade humana, por indução de comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança pessoal, por exploração de diminuta capacidade de discernimento ou inexperiência, por opressão, ou, ainda, por estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão, não se justifica a autuação e a punição aplicada pelo Procon.(TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0025180- 44.2009.8.26.0053, Apelante Fundação de Proteção E Defesa Do Consumidor - PROCON, Apelado Sadia SA, Julgado em 27 de novembro de 2012).

Ementa: Apelação Cível Ação Anulatória Multa aplicada pelo PROCON/SP Propaganda abusiva direcionada ao público infantil e ausência de informação ostensiva e adequada sobre o custo para envio de mensagem (SMS) para participação em promoção Abusividade não demonstrada Ausência de ofensa ao artigo 32, § 2º, do CDC Ausência de informação demonstrada Infração ao disposto no artigo 31 do CDC configurada Manutenção da penalidade relativa à segunda infração apenas - Aplicação de penalidade na forma dos artigos 56, inciso I, e 57, da Lei nº 8.078/1990 e Portaria Normativa do PROCON - Sentença parcialmente reformada Recurso da ré parcialmente provido para afastar a anulação da multa relativa à infração ao artigo 31 do CDC. (TJSP, 5ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0035929-18.2012.8.26.0053, Apelante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo - PROCON/SP, Apelada: Nestlé Brasil LTDA. Julgado em 21 de outubro de 2012).

Muito embora a publicidade de produtos com alto teor de açúcar, gordura e baixo teor nutricional dirigidas a criança seja assunto de maior relevância para os profissionais de saúde, sua importância foi menosprezada nos julgados, ao argumento de que inexistia abusividade em veicular campanhas dessa natureza para crianças.

O terceiro julgado consistiu em um Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória proferida nos Autos de Ação Civil Pública em que se indeferiu a liminar para suspender o *merchandising* nos programas e novelas do SBT, empresa demandada. A ação foi proposta pela Fundação Procon, argumentando que, durante a exibição de programas voltados ao público infantil, como Carrossel, estariam sendo veiculadas campanhas publicitárias do tipo *merchandising*, em que personagens da novela utilizavam determinados produtos, com vistas à

divulgação das marcas anunciantes. Atendo-se a questões de ordem processual, o TJSP negou seguimento ao Agravo de Instrumento em razão da incompetência das Câmaras de Direito Público para apreciação de matérias atinentes a relação de consumo, de caráter privado. Nesse caso, portanto, a Corte não enfrentou o mérito da violação a direitos da criança ou do consumidor, muito embora fosse este o objeto do agravo de instrumento.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios dizia respeito a uma ação de indenização por danos morais coletivos proposta pelo Instituto de Defesa do Consumidor do Distrito Federal – Procon/DF em desfavor de duas empresas de um mesmo grupo econômico, do ramo de motéis, em razão da veiculação de publicidade através de outdoor exibindo conteúdo impróprio para crianças e adolescentes em via pública. Saliente-se que, a rigor, não se trata de publicidade voltada para o público infantil ou de produtos destinados a ele, no entanto, como todo o fundamento da decisão pautou-se no desenvolvimento físico e psíquico da criança, na proteção aos valores familiares e na proteção integral da criança, entendemos que se enquadra no objetivo do presente trabalho.

Restou assim ementado o acórdão em apreço:

CIVIL E CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. AUSÊNCIA DE DANO INDENIZÁVEL. RESPONSABILIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. O dano moral coletivo caracteriza-se pelo fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade, idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.

2. O Código de Defesa do Consumidor veda a publicidade enganosa ou abusiva, a teor do seu artigo 37, § 2º, visando resguardar os consumidores de práticas contratuais abusivas.

3. Consoante a base principiológica do Estatuto da Criança e do Adolescente, a proteção do seu desenvolvimento moral deve ser integral, merecendo repreensão estatal os anúncios publicitários que afrontem os direitos dos infantes.

4. O fato de se tratar de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas envolvidas não exime a parte autora de demonstrar o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano moral coletivo experimentado.

5. Não caracterizado o caráter obsceno ou pornográfico das fotografias veiculadas em outdoors, repele-se a responsabilização civil a título de danos morais coletivos em favor dos consumidores.

6. Negou-se provimento ao apelo. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Apelação Cível 20080110281773APC, Apelante Instituto de Defesa do Consumidor PROCON DF, Apelado(s) Afrodite Motel Empreendimentos Ltda e Outros, Relator Desembargador Flavio Rostirola, Julgado em 13/12/2012).

Um outro acórdão, referente a processo julgado anteriormente ao recorte de tempo aqui levado a efeito, deve, no entanto, ser mencionado, pois traduz o que havia sido exposto em relação às desvantagens do sistema público de controle da publicidade.

Tratava-se de campanha publicitária veiculada na Folha de São Paulo, em outubro de 1998, que resultou em auto de infração lavrado no ano seguinte e ação anulatória ajuizada em 2001, sendo que o recurso foi apreciado em 2011.

Afirma o magistrado:

É sempre conveniente ressaltar que o destinatário da prova é o julgador. Se este se considera satisfeito com os elementos constantes dos autos, não existe motivo a se procrastinar a outorga da prestação jurisdicional. Afinal, por publicação de 27 de outubro de 1998, sobreveio auto de infração lavrado em 8.2.1999 e o processo teve início em 10 de outubro de 2001, há dez anos, portanto! Já é tempo de merecer uma resposta provisória - pois ainda existem 3ª e 4º instâncias a serem vencidas.

A campanha publicitária em questão trazia modelos adolescentes vestidos com sacos plásticos, o que foi considerado pelo PROCON publicidade abusiva em razão de instigar comportamento perigoso, capaz de representar risco à vida das crianças e adolescentes a quem se dirigia.

Ou seja, quase treze anos após a veiculação da campanha ela veio a ser objeto de apreciação em sede de sentença e, em seguida, de acórdão, sendo que as crianças cujo direito teria sido em tese violado, há muito haviam deixado de pertencer a esta classe vulnerável em termos de compreensão da intenção do marketing. Há muito também a campanha havia se esgotado, pois os produtos anunciados, a estética utilizada, a marca divulgada, tudo isso podia nem mais existir ou suscitar qualquer apelo ao seu público após uma década de sua produção.

A crítica anteriormente tecida, acerca da morosidade do sistema jurisdicional para o controle da publicidade, fica devidamente demonstrada neste caso, comprovando também a incompatibilidade entre o modelo de controle público centralizado no Poder Judiciário com a dinâmica e fluidez da televisão e da radiodifusão em geral, em que campanhas duram poucos dias ou semanas e são rapidamente substituídas, renovando de tempos em tempos a linguagem, a estética, e as técnicas utilizadas para atingir determinados públicos.

No acórdão, o desembargador enfrentou não só a dificuldade da longa duração do processo, como também a questão acerca da classificação da atividade de criação publicitária como arte, albergada pelas garantias constitucionais da liberdade de expressão e criação artística.

A arte só tem de ser livre e o artista não pode ser freado quando exprime sua visão de mundo. Aceite-se ou não seus parâmetros, sua escola ou a desfiliação de qualquer delas, o importante é que ele não seja obstado de produzir. Sob esta ótica, nada de absurdo na publicação autuada. Critique-se, aplauda-se, repudie-se. Prestigie-se ou boicote-se. Apenas não se censure. Censura nunca mais! foi o bordão a que os brasileiros se acostumaram neste início de século XXI.

Preservar-se a autuação, tal como lançada, será restaurar a censura e afrontar o artigo 5o, inciso IX, da Constituição Federal, cuja dicção é enfática:

"Art. 5o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;"

Configurada a natureza artística da divulgação contida na revista, banida qualquer modalidade de censura, na lição diuturnamente reiterada pela atual composição do Supremo Tribunal Federal, mostra-se inadequada e incabível a aplicação da penalidade à apelante. (TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 9162226-86.2006.8.26.0000, Apelante EMPRESA FOLHA DA MANHA SA; Apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON, Julgamento em 09 de agosto de 2011).

A classificação da publicidade como criação artística e como livre expressão da consciência já foi criticada anteriormente, dado o seu caráter persuasivo e sua intenção de ofertar produtos e serviços, havendo o voto acima sido transcrito para demonstrar que a visão errônea do assunto continua sendo perpetrada no Judiciário brasileiro, dificultando o efetivo controle da publicidade abusiva ao argumento de que deve o publicitário ou anunciante ser livre para expor como lhe convier suas mercadorias ao público consumidor.

Outro argumento presente em três julgados transcritos é o de que o público alvo da campanha não é o infantil e cabe aos responsáveis a limitação do que é visto pelas crianças, a quem o anúncio não se dirige.

Saliente-se que o segundo acórdão transcrito, da ação proposta pela NESTLÉ em desfavor do PROCON, consistia em campanha comercial protagonizada pela apresentadora Xuxa, em que se ofertava como prêmio a participação dos vencedores do seu programa semanal e da gravação de seu DVD. Ora, não há dúvidas de que, embora o poder de compra esteja nas mãos dos pais e de que os produtos anunciados sejam consumidos tanto pelos adultos quanto pelas crianças, há na campanha que se utiliza de personalidade influente no mundo infantil, a quem sua imagem sempre foi associada, apelo voltado a este público que não pode ser desmerecido ao argumento de que o poder final de decisão é dos adultos, pois, não houvesse eficácia no anúncio dirigido a uma criança, utilizando-se elementos que lhe atingem, não teria o mercado investido nesta estratégia.

Acreditar que os responsáveis legais são capazes de, por si só, enfrentar o forte apelo representado pela oferta de bens de consumo, serviços, marcas, estilos de vida e tantas outras coisas com que temos sido bombardeados dia a dia é desconhecer o poder de persuasão e influência que as novas técnicas de marketing têm desenvolvido.

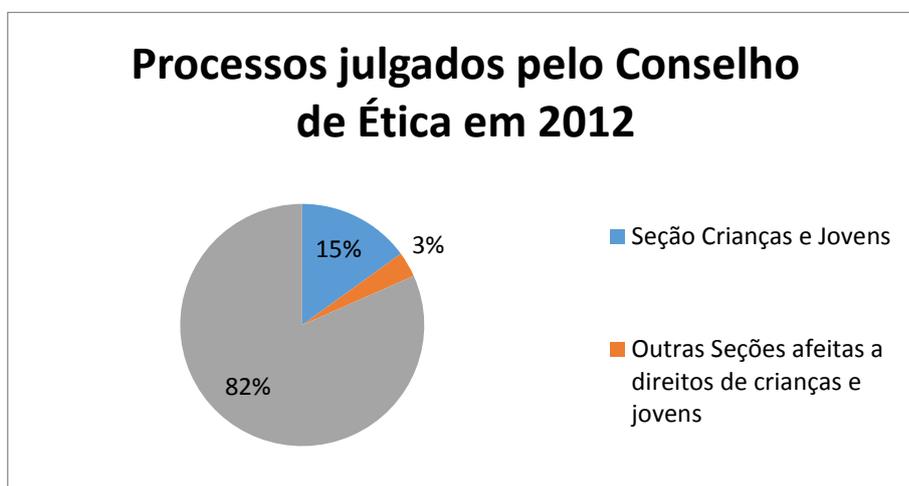
Realmente, o consumidor, sozinho, não consegue fazer frente aos abusos massificados da publicidade. O fenômeno, por ser coletivo, não permite que cada consumidor, individualmente, se proteja contra os abusos e desvios publicitários. Ou se protege a todos, conjunta e indistintamente, ou não se resguarda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

Afora isso, o fato de alguns pais e famílias conseguirem impor seus valores e interesses sobre o apelo da publicidade não impede que os órgãos de controle analisem a lesividade de determinado anúncio e imponham providências ao fornecedor que dela se utiliza, de forma que o argumento de que o produto não se destina exclusivamente a crianças, ainda que delas faça uso nas campanhas ou de personagens que lhes influenciam, não pode ser reiteradamente aplicado para afastar o controle da publicidade.

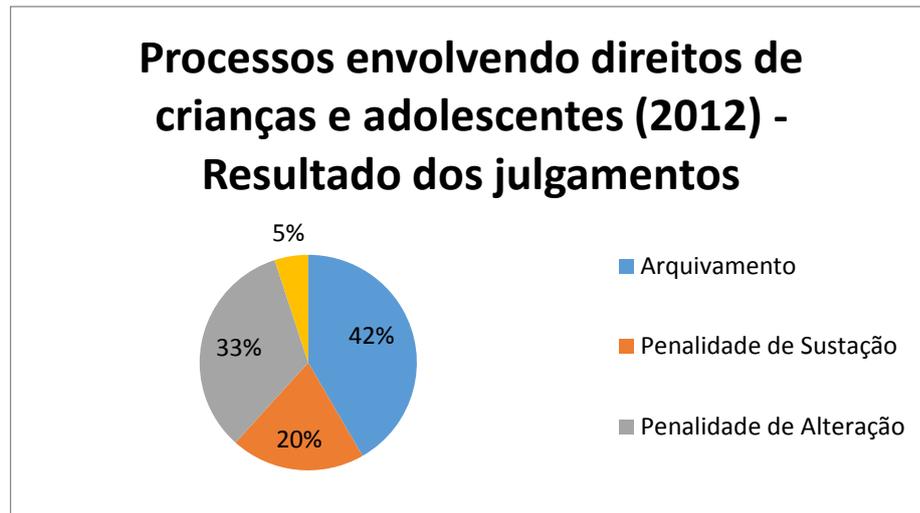
Afirma-se que uma das vantagens do controle privado da publicidade é exatamente esta familiaridade dos “juízes” com o tema, uma vez que se trata de controle corporativo, exercido em grande parte por membros do setor que compõem os conselhos de regulação. Assim, em tese, um publicitário, um diretor de criação de uma agência, entre outros profissionais que integrem um órgão regulador, ao analisar uma campanha, teria melhores condições de reconhecer os efeitos do anúncio, para quem se destinaria, se a linguagem utilizada é capaz de captar a atenção de um público distinto, entre outras características que poderiam levar ao reconhecimento da abusividade de um determinado anúncio.

No entanto, o controle privado no Brasil não se apresenta tão eficiente.

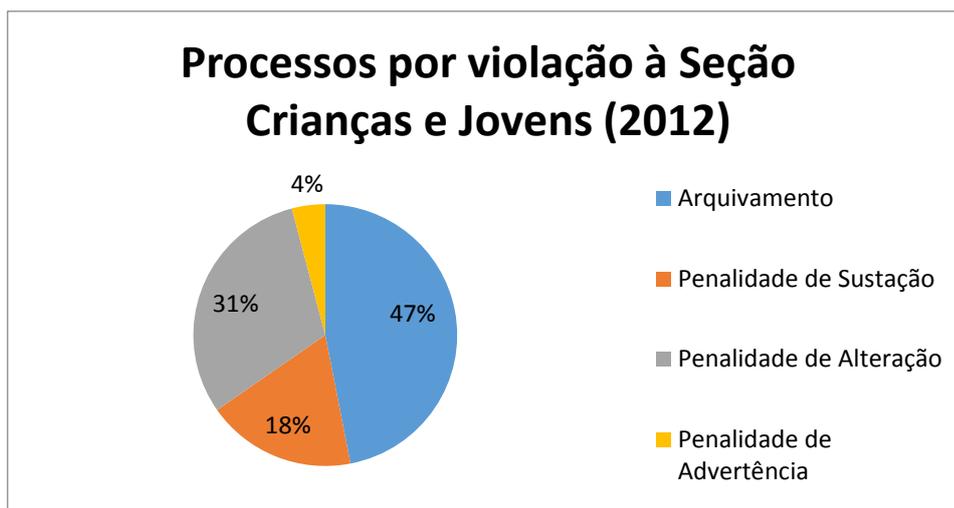
No ano de 2012, o Conselho de Ética do CONAR apreciou trezentos e vinte e sete casos, dos quais quarenta e nove por suposta violação à seção que trata de Crianças e Adolescentes e onze em que as campanhas envolviam crianças ou atingiam direito seu por serem, por exemplo, exibidas durante o dia contendo apelo sexual.



Dentre os julgamentos atinentes aos direitos de crianças e adolescentes, houve vinte e cinco arquivamentos e trinta e cinco aplicações de alguma penalidade (sustação, alteração ou advertência ao anunciante).



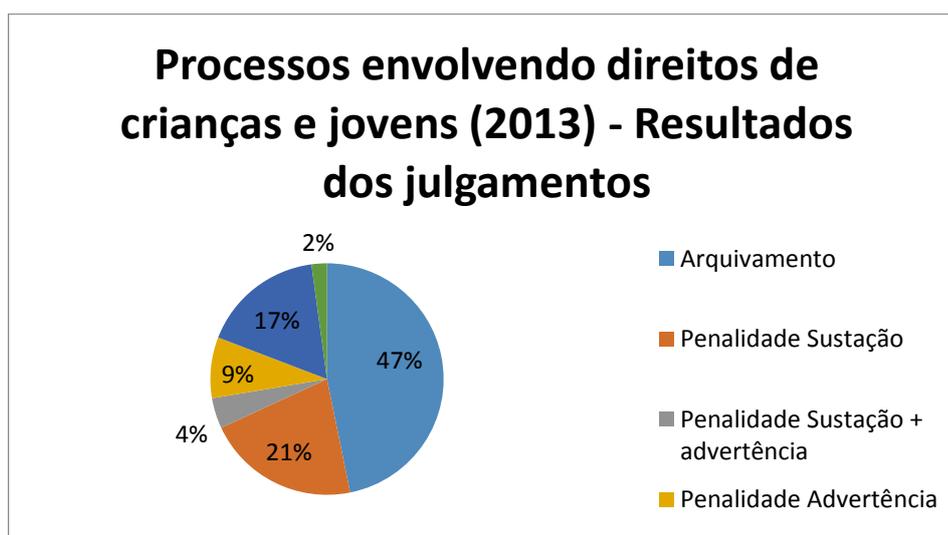
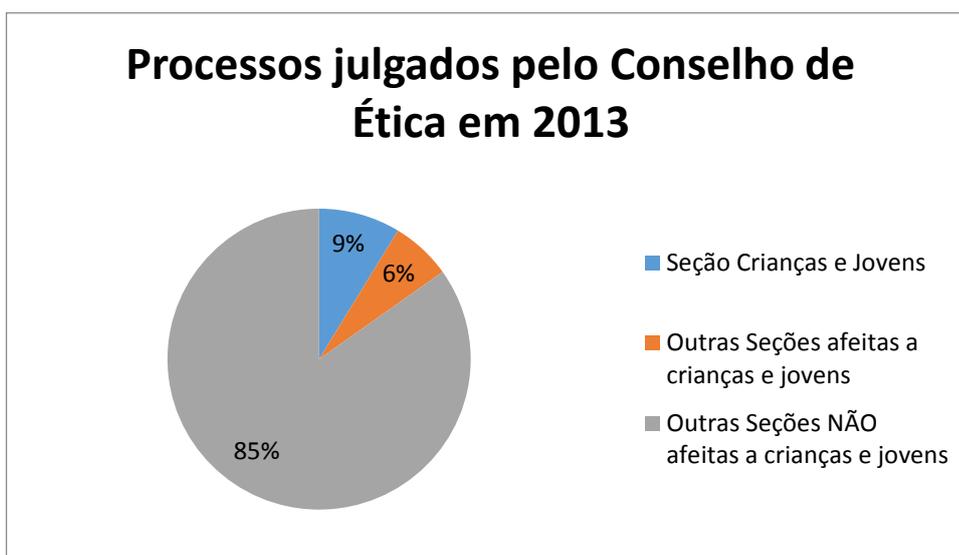
Quando tomados em conta apenas os julgamentos em que se alegava afronta à Seção específica de crianças e adolescentes, houve vinte e três arquivamentos e vinte e nove recomendações de aplicação de penalidades.



Já em 2013, foram levados ao Conselho de Ética do CONAR trezentos e dez casos de publicidade que, em tese, teriam violado algum dispositivo do Código de Autorregulação.

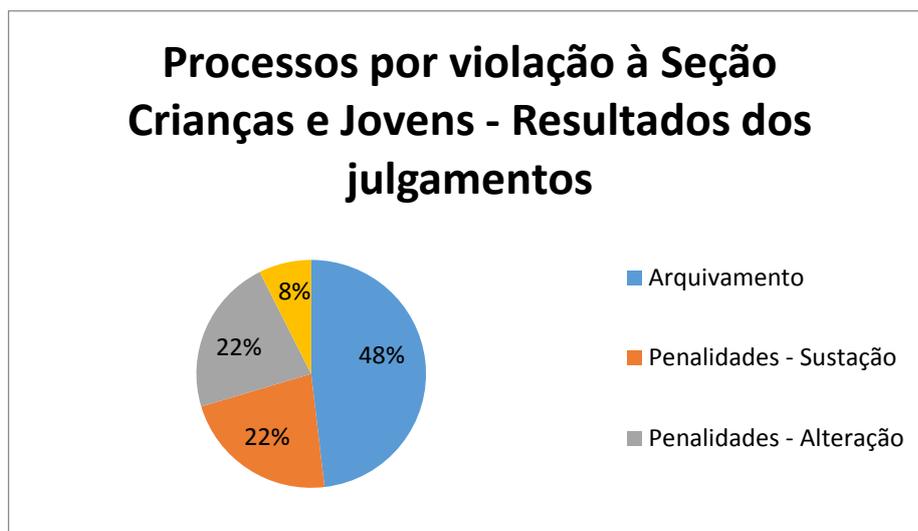
Destes, vinte e sete foram autuados por afronta à Seção 11, que trata de “Crianças e Jovens” e outros vinte foram analisados sob a ótica da agressão às normas protetivas das crianças e jovens, embora haja sido classificados em outras categorias, como “Identificação Publicitária”, “Segurança e Acidentes”.

Destes quarenta e sete casos levados ao Conselho de Ética, vinte e dois foram arquivados e vinte e cinco foram julgados, com aplicação de alguma penalidade, sendo que doze resultaram em sustação do anúncio.

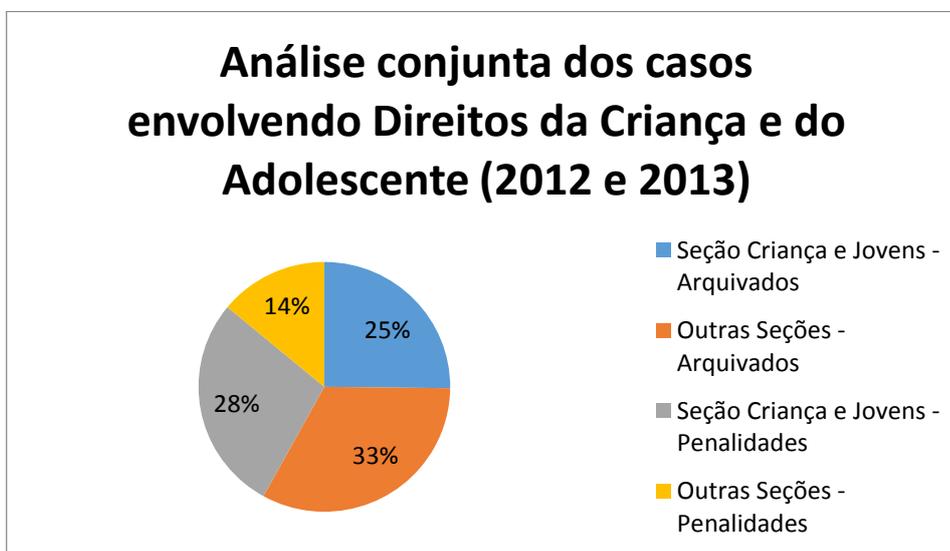


Da análise dos números, vemos que quase metade dos casos levados ao Conselho de Ética em 2013 foram arquivos, ao argumento de que não havia infração às normas do Código de Autorregulação Publicitária. Quando fazemos o recorte apenas dos processos autuados por

afronta à Seção 11, que trata de Crianças e Jovens, relação equivalente se repete, já que quarenta e oito por cento dos processos findaram em arquivamento da reclamação. É semelhante também a aplicação de pena de sustação da campanha, já que, tomando por base todos os processos em que se discutiu violação de direitos a crianças e adolescentes, mesmo não enquadrados na respectiva seção, vinte e cinco por cento resultaram em sustação da campanha publicitária, ao passo em que foi determinada aos veículos a sustação da campanha em vinte e um por cento dos casos em que houve denúncia por violação expressa à Seção 11.



Analisando os dados conjuntamente, o número de arquivamentos é ainda maior, correspondendo a 58% dos casos julgados pelo Conselho de Ética, ao passo em que em apenas vinte e dois processos, ou seja, 20% dos cento e sete julgados, houve decisão de sustação do anúncio lesivo aos direitos da criança e do adolescente.



É possível concluir daí que o sistema de autorregulação conquistou mais credibilidade dos consumidores e dos agentes do setor, pois, enquanto localizados apenas quatro processos envolvendo Publicidade e Criança nos Tribunais de Justiça, cento e sete casos foram levados à análise do CONAR, dentre os quais sessenta e um resultaram de queixas (levadas pelo consumidor). É bem verdade que o sistema público não se compõe apenas do Judiciário, havendo instituições como o Procon que também têm competência para autuar empresas em casos de publicidade abusiva, no entanto, estes órgãos não dispõem de consulta *on line* por tema de publicidade abusiva dirigida à criança, não sendo possível ter acesso remotamente aos dados das reclamações envolvendo este casos deste natureza junto aos Procons dos estados analisados.

É de se questionar, a partir do resultado destas análises, se há efetividade no controle da publicidade voltada à criança, de publicidade de produtos infantis ou que usem crianças nos anúncios para mercadorias voltadas aos adultos. No nosso entender, o sistema brasileiro veda a publicidade dirigida à criança, pois trata como abusiva aquela que se beneficie da deficiência de julgamento da criança, o que ocorre, segundo a maioria dos estudos, para todas as crianças até 12 anos de idade, que são incapazes de compreender a intenção persuasiva da publicidade, de diferenciá-la dos programas de televisão e rádio, de separar ficção e realidade.

Fosse nosso controle efetivo, poder-se-ia relevar a proibição legal, no entanto, os dados do CONAR e dos TJs apreciados demonstram que não é. De todas as reclamações autuadas junto aos três órgãos julgadores em 2012 e 2013, apenas vinte por cento resultaram na suspensão da campanha, mais da metade foi arquivada na instância administrativa e todas foram extintas ou julgadas improcedentes para afastar a abusividade da campanha no Judiciário. O controle consentâneo com a regra do CDC resultaria em identificação da campanha publicitária dirigida à criança e sua consequente exclusão do sistema comercial, e não na criação de parâmetros para avaliar, de forma subjetiva, quais das campanhas veiculadas afrontam valores que o julgador entende como violadores do desenvolvimento infantil.

Cumprir levar em consideração que das quarenta e sete representações apreciadas pelo CONAR, trinta e quatro partiram de consumidores ou organizações de consumidores, uma de empresa, nove do próprio CONAR e três do Conselho Superior do CONAR, em razão de ofícios recebidos do Ministério Público. Ou seja, quase oitenta por cento das representações advieram da sociedade civil e do MP, que, de alguma forma, sentiram-se afetados pelo conteúdo das campanhas denunciadas e que, apesar disso, resultaram em arquivamento na metade dos casos.

Conclui-se, assim, nos termos que foram delineados na introdução do trabalho, que há uma clara relação entre as variáveis propostas, de maior controle da publicidade frente à maior

proteção dos interesses da criança. Os processos julgados pelo Poder Judiciário autorizam a conclusão de que o controle público é inexistente. Em dois anos, como dito, apenas quatro processos envolvendo o tema foram localizados e em nenhum deles o resultado foi favorável à limitação da atividade publicitária. No controle privado, quase metade dos casos levados à análise do conselho foi arquivada e, dos que foram julgados, apenas cerca de 20% resultou em sustação da campanha. Por conseguinte, a grande maioria dos casos levados ao CONAR, pode-se concluir, teve como resultado o julgamento subjetivo dos conselheiros, vindo se, em cada caso, houve ou não violação de valores que compreendem relacionados à proteção à infância ou de lesão aos seus direitos, quando, em verdade, o controle deveria restringir-se a identificar se o alvo da campanha é a criança ou se dela está se valendo o anunciante para criar demandas de consumo para as famílias, em razão de seu estágio peculiar de desenvolvimento como cidadão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a publicidade dirigida à criança pode sofrer regulação por parte do Estado, em que os órgãos públicos fiscalizam o cumprimento das regras de direito público, em especial as do Código de Defesa do Consumidor e pode também ser regulada por órgãos privados como o CONAR, aplicando-se as regras de seu Código de Autorregulação Publicitária.

Ocorre que assistir à televisão por alguns minutos é suficiente para se comprovar que as crianças ocupam uma fatia significativa do mercado publicitário, como modelos, em campanhas dos produtos mais variados, muitas vezes destinados a adultos e também como público-alvo de produtos pensados especificamente para eles.

Essas campanhas, além de influenciar os hábitos de consumo desse público, direcionando suas escolhas, são capazes de criar nessas pessoas, ainda em desenvolvimento, desejos por produtos e bens desnecessários, sentimentos de inferioridade diante daquelas que podem adquirir determinados produtos que elas não podem ou diante daquelas que melhor se enquadram no perfil dos modelos que habitam os comerciais, entre tantos outros efeitos.

Daí concluir-se que as normas hoje existentes no ordenamento pátrio não têm sido corretamente aplicadas na proteção da criança frente à exploração da publicidade. O controle do ato publicitário, após sua veiculação, mostra-se insuficiente para prover uma proteção efetiva em face da publicidade, pois, como foi visto, um pequeno percentual dos anúncios é realmente suspenso ou banido do ar, em caso de atuação do CONAR, responsável pelo controle corporativo da publicidade. Quando se parte para o controle público exercido pelo Judiciário,

as constatações são ainda mais desanimadoras, pois, em dois anos, apenas quatro processos foram localizados envolvendo controle da publicidade e todos eles foram arquivados por questões processuais ou julgados improcedentes, merecendo destaque o longo tempo de duração das ações, mostrando-se um meio completamente incompatível com a velocidade de difusão da informação e das campanhas publicitárias.

Por essa razão, entendemos que a interpretação mais consonante com o sistema de proteção da infância e com as teorias mais abalizadas do desenvolvimento infantil é a de que o ordenamento brasileiro proibiu a publicidade dirigida à criança, pois, como largamente esclarecido ao longo do trabalho, ela não tem capacidade de compreender o caráter persuasivo da publicidade e tampouco tem capacidade civil para ser alvo de uma oferta de realização de negócio jurídico e, portanto, não pode ser a destinatária dos anúncios.

Não se quer com isso dizer que o Brasil proíbe a publicidade de produtos infantis, mas apenas que tais produtos devem ser anunciados a quem detém o poder de avaliação e a aptidão para compreender a oferta que lhe é dirigida, no caso os adultos.

Em que pese o risco de parecer um conservadorismo exacerbado, é necessário admitir que quando o assunto é o impacto da mídia comercial e da publicidade sobre as crianças, a maior preocupação é a respeito dos valores que elas transmitem juntamente com os produtos que ofertam. Cada palavra, imagem, música, ambiente escolhido para a veiculação de uma campanha é cuidadosamente pensando e as consequências de seu emprego muito bem avaliadas antes de ela ser exibida. O mercado publicitário a cada ano melhor se prepara para alcançar os objetivos ao anunciar para o público infanto-juvenil, por isso o discurso paternalista de que o controle do mercado publicitário é desnecessário, já que cabe aos responsáveis legais a decisão final sobre a compra ou não de determinado produto mostra-se deslocado da realidade. O poder de resistência das famílias frente às desenvolvidas e cada vez mais aprimoradas técnicas de marketing é insuficiente para, sozinho, enfrentar a indústria voltada para o público infantil.

Além do mais, nosso ordenamento jurídico, ao tratar da infância, considera-a como prioridade absoluta e impõe a todos, sociedade, Estado e mercado o dever de resguardar-lhes o melhor interesse.

Temos, assim, que o trabalho atingiu o objetivo inicialmente proposto, logrando êxito em demonstrar através da análise concreta do controle da publicidade a ineficiência de sua atuação ou, ao menos, a insuficiência de um controle posterior à divulgação do ato para proteger o público infantil da exposição a valores incompatíveis com sua idade.

REFERÊNCIAS

ABA. *Estudo sobre volume de publicidade direcionado a crianças na televisão aberta e por assinatura*. São Paulo: ABA, 2013. Disponível em: < <http://www.aba.com.br>>. Acesso em: 15 jun 2014.

ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 53, p. 11/38, jan/mar, 2005.

BARROS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Conceito de exclusão social pela impossibilidade de consumo. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

__. *Vida para consumo*. Conceito de consumidor como mercadoria e análise dos elementos que levam ao consumismo. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BJURSTRÖM, Erling. *A Criança e a Propaganda na TV*. Um estudo crítico das pesquisas internacionais sobre os efeitos dos comerciais da TV em crianças. Conselho Nacional Sueco de Políticas de consumo: Kalmar, 2000. Disponível em <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/children_tv_ads_bjurstrom_port.pdf> . Acesso em 15 jun. 2014.

BRASIL *Código de Defesa do Consumidor*. Lei Federal nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF. DOU 12.09.1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 05 mai. 2014.

__. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

__. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. DOU 16.7.1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 05 mai. 2014.

__. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Cível. *Apelação Cível 20080110281773APC*. Instituto de Defesa do Consumidor Procon DF e Afrodite Motel Empreendimentos LTDA e outros. Relator Desembargador Flavio Rostirola, Julgado em 13/12/2012. Disponível em <www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 05 mai. 2014.

___ . Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Público. *Apelação Cível nº 9162226-86.2006.8.26.0000*. Empresa Folha da Manhã e Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON. Julgamento em 09.08.2011. Disponível em <www.tjsp.jus.br> Acesso em: 05 mai. 2014.

___ . Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Público. *Apelação nº 0025180-44.2009.8.26.0053*. Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon e Sadia SA. Julgado em 27.11.2012. Disponível em <www.tjsp.jus.br> Acesso em: 05 mai. 2014.

___ . Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Público. *Apelação Cível nº 0035929-18.2012.8.26.0053*. Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo - PROCON/SP e Nestlé Brasil LTDA. Julgado em 21.10.2012. Disponível em <www.tjsp.jus.br> Acesso em: 05 mai. 2014.

BRITTO, Igor Ribeiro. Liberdade de Expressão Comercial só se for nos Estados Unidos. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, Ano XV, nº 369, p. 28/31.

CURY, Munir (Coord). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIGUEIRÓ, João Augusto. O impacto da primeira infância na compreensão do mundo. *Revista Ser Médico*, São Paulo, nº 48, p. 10/13, Jul/Ago/Set, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 58, p. 223/254, abr/jun, 2006.

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

FROTA, Mário. *A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas*. 2 ed.rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2006.

HENRIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet (org.) *Publicidade de alimentos e crianças: Regulação no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do consumidor e publicidade: Análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1º a 74: Aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. *Publicidade de consumo & Propedêutica do controle*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2001.

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

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Publicidade & Consumo: Liberdade de Expressão, ética e Direito do Consumidor*. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, Ano XV, nº 369, p. 24/27.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEZZELLA, Maria Cristina Cerreser. *A eficácia Jurídica na Defesa do Consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. São Paulo: Atlas, 1985.

SAMPAIO, Inês Sílvia Vitorino. *Televisão, publicidade e infância*. São Paulo: Anablume, 2000.

SCHOR, Juliet. B. *Nascidos para comprar: Uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo*. São Paulo: Gente, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. ver. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Malheiros, 2005.