

Sandra Muriel Zadróski Zanette

**A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E O CONTROLE DA
PUBLICIDADE INFANTIL NA SOCIEDADE DE CONSUMO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-
graduação em Direito da Universidade Federal
de Santa Catarina para a obtenção do Grau de
Mestre

Orientadora: Profa. Dra. Josiane Rose Petry
Veronese

Florianópolis

2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Zanette, Sandra Muriel Zadróski
A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E O CONTROLE DA
PUBLICIDADE INFANTIL NA SOCIEDADE DE CONSUMO / Sandra
Muriel Zadróski Zanette ; orientadora, Josiane Rose Petry
Veronese - Florianópolis, SC, 2017.
339 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Doutrina da Proteção Integral. 3. Criança.
4. Publicidade. I. Veronese, Josiane Rose Petry. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós
Graduação em Direito. III. Título.

Sandra Muriel Zadróski Zanette

A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E O CONTROLE DA PUBLICIDADE INFANTIL NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de
Mestra em Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-
graduação em Direito

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2017.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a.Josiane Rose Petry Veronese^a
Orientadora
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^a Dr.^a.Nara Suzana Staine Pires
Universidade Luterana do Brasil - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Ismael Francisco de Souza
UNESC

Prof.^a Dr.^a.Fernanda da Silva Lima
UNESC

Este trabalho é dedicado ao meu marido Ronald,
nossas filhas Bruna e Lia e a minha estrela guia,
professora Josiane Rose Petry Veronese

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por sempre estar presente, por Nele encontrar forças para superar obstáculos que jamais conseguiria transpor sozinha.

Meu agradecimento especial à Professora Dra. Josiane Rose Petry Veronese. Serei eternamente grata por ter tido a oportunidade de convivência. Com ela descobri o verdadeiro significado da palavra “mestre”.

Agradeço também imensamente, os professores integrantes da banca. À Professora Nara que aceitou fazer parte dessa banca. À Professora Fernanda por servir de inspiração para realizar este mestrado. Ao Professor Ismael, mestre e amigo, que me acompanha desde a graduação, um dos principais responsáveis por eu estar aqui hoje.

À Universidade Federal de Santa Catarina, a Cida e ao Fabiano, e também aos demais funcionários do PPGD, que foram sempre muito prestativos.

A todos os professores com quem mantive contato nesses dois anos de estudo, e que, de certa forma, contribuíram para meus estudos.

Aos meus pais, Silvio e Marelize, sempre presentes na minha vida, pela excelente educação que me deram, combinando de forma perfeita a liberdade e responsabilidade.

Aos meus avós, Marcos (*in memorian*) e Placedina, que foram pessoas fundamentais para a formação da minha personalidade, que me fizeram sentir a pessoa mais amada deste mundo, dando-me segurança e confiança.

Ao meu amado companheiro Ronald, por todo apoio e incentivo para chegar até aqui, por trazer-me calma nos meus momentos de desespero.

Às nossas filhas, Bruna e Lia, inspiração para o desafio para sempre seguir em frente e buscar cada vez mais o meu melhor, sendo fonte de inspiração também para este trabalho. Que me ensinaram um novo significado para a palavra amor, e talvez o meu aprendizado mais importante, “dar sem esperar nada em troca”.

Ao meu irmão, José Ricardo Zadróski Zanette, pelo companheirismo em dividir comigo e com meu esposo a tarefa árdua, de educar nossas filhas. Sempre disposto acolhê-las quando estive ausente durante essa caminhada.

À minha sogra Sílvia, pelo carinho e dedicação com que realiza as correções dos meus trabalhos acadêmicos.

À minha colega (irmã) Wanda, parceira nas agonias e nas alegrias nessa caminhada acadêmica.

Às minhas colegas de escritório, Simone e Mirella, que me ajudaram a vencer os prazos, terror de todo advogado.

A todos que lutam pelos Direitos das Criança e do Adolescente.

Obrigada!

RESUMO

Esta dissertação propõe-se a avaliar se o controle da publicidade no Brasil é efetivo no que se refere à proteção integral da criança exposta à comunicação mercadológica e a pressão consumista, e ainda encontrar outros caminhos para concretização do direito das crianças. O norte da pesquisa é dado pelo problema em saber até que ponto o controle estatal e controle particular, são adequados e suficientes para promover a proteção integral da criança exposta à publicidade na atual sociedade de consumo. A publicidade é hoje a principal ferramenta de *marketing*, sendo o elo entre o consumidor e o mercado, que além de informar deve persuadir, seduzir, manipular o consumidor. A hipótese que surge diante do problema é que o controle estatal, exercido pelo Estado Democrático de Direito, através de seus três poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e o controle privado, exercido pela autorregulamentação, cujo principal órgão é o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, não regulamentam de forma suficiente e adequada a publicidade infantil, desrespeitando a peculiaridade da criança que não tem o desenvolvimento completo, ferindo o princípio da proteção integral, deixando-a ainda mais vulnerável. Com isso, definiu-se como objetivo geral verificar se a atuação do controle estatal e o controle particular da publicidade no Brasil promovem a proteção integral da criança exposta à publicidade. Os objetivos específicos são correspondentes aos capítulos deste trabalho. Assim, no primeiro, descreve-se a Doutrina da Proteção Integral e todo o sistema normativo jurídico e autorregulamentar da publicidade infantil no Brasil. No segundo capítulo, o objetivo é apontar a relação da publicidade infantil e o consumismo precoce, e ainda quais os seus impactos no desenvolvimento integral da criança diante da sua vulnerabilidade e deficiência de julgamento; por fim, analisa-se a atuação do Estado, autorregulamentação e da sociedade civil organizada para avaliar a efetividade da proteção integral da criança. O método de abordagem para realização desse estudo foi o dedutivo, sendo o método de procedimento o monográfico, enquanto a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica e a documental.

Palavras-chave: Doutrina da Proteção Integral, Criança, Publicidade.

ABSTRACT

This dissertation proposes to evaluate if the control of advertising in Brazil is effective in regards to the integral protection of children exposed to marketing communication and to the consumerist pressure, and to find other ways to achieve children's rights. What guided this research is given by the problem of knowing till what level the state control and private control are adequate and sufficient to promote full protection for children exposed to advertising in today's consumer society. Advertising is today the main marketing tool, being the link between the consumer and the market, which in addition to inform must persuade, seduce, manipulate the consumer. The hypothesis that arises in the face of the problem is that the state control, exercised by the Democratic State of Law, through its three Executive, Legislative and Judiciary powers, and private control, exercised by self-regulation, whose main part is the National Council of Self-Regulation Advertising – CONAR, does not regulate adequately and appropriately children's advertising, disrespecting the peculiarity of the child who does not have the complete development, violating the principle of integral protection, leaving it even more vulnerable. Thus, it was defined as a general objective to verify if the performance of state control and the private control of advertising in Brazil promote the full protection of the child exposed to advertising. The specific objectives correspond to the chapters of this work, so in the first one, we describe the Doctrine of Integral Protection and the entire normative legal and self-regulating system of children's advertising in Brazil; In the next chapter the objective is to point out the relationship between children's advertising and early consumerism, and their impact on the integral development of children in the face of their vulnerability and lack of judgment; Finally, the State's action is analyzed, self-regulation and organized civil society in order to evaluate the effectiveness of the integral protection of the child. The method of approach for this study was deductive, being the procedure method the monographic, whereas the research technique used was bibliographical and documentary.

Keywords: Doctrine of Integral Protection, Child, Advertising.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA - Associação Brasileira de Anunciantes
ABAP - Associação Brasileira de Agências de Publicidade
ABERT - Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão
ABRATEL - Associação Brasileira de Rádio e Televisão
ABTA - Associação Brasileira de TV por assinatura
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU – Advocacia-Geral da União
ANER - Associação Nacional de Editores de Revistas
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CBAP - Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CCJC – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CCSF – Comissão de Seguridade Social e Família
CCTCI – Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CDEIC – Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio
CF – Constituição da República Federativa do Brasil
CGEMM - Coordenação Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado
CNDH – Conselho Nacional dos Direitos Humanos
CNS – Conselho Nacional de Saúde
CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
CPC – Código de Processo Civil
DEJUS - Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação
DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ILANUD – Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a
Prevenção de Delitos e Tratamento de Delinquentes
LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
MILC – Movimento Infância Livre do Consumismo
MJ – Ministério da Justiça
ONU – Organização das Nações Unidas
PFDC – Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão
PL – Projeto de Lei
PROCON - Procuradoria de Defesa do Consumidor
PTB – Partido Trabalhista Brasileiro
REBRINC - Rede Brasileira Infância e Consumo
REsp – Recurso Especial

SENACON - Secretaria Nacional do Consumidor

SERASA – Serviços de Assessoria S/A

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UFC – Universidade Federal do Ceará

UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
1. PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA COM ÊNFASE NO CONTROLE DA PUBLICIDADE INFANTIL NO BRASIL	25
1.1 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS.....	27
1.2 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	33
1.2.1 Prevenção é a melhor forma de proteção.....	43
1.3 O CONTROLE DA PUBLICIDADE NO BRASIL.....	56
1.3.1 O controle estatal da publicidade.....	58
1.3.1.1 O controle judicial.....	58
1.3.1.2 O controle administrativo estatal.....	60
1.3.2 O controle particular da publicidade.....	62
1.4 A PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	67
1.4.1 A publicidade na Constituição Federal de 1988.....	68
1.4.2 A publicidade no Código de Defesa do Consumidor.....	71
1.4.2.1 Princípios da publicidade.....	73
2.1.1.1.1 <i>Princípio da identificação.....</i>	<i>74</i>
2.1.1.1.2 <i>Princípio da veracidade.....</i>	<i>75</i>
2.1.1.1.3 <i>Princípio da vinculação.....</i>	<i>76</i>
1.4.2.2 Publicidade ilícita.....	78
1.4.3 A publicidade e a Resolução nº 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente	84
1.4.4 A publicidade e a Lei 13.527/2016	90
1.4.5 A publicidade e a Nota Técnica nº 3/2016 do SENACON.....	93
1.4.6 Publicidade de alimentos não saudáveis, uma questão de saúde.	95
2. PUBLICIDADE INFANTIL, CONSUMO E VULNERABILIDADE	103

2.1	A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO	103
2.2	A TRANSFORMAÇÃO DO INDIVÍDUO EM MERCADORIA, REFÉM DO SISTEMA PRODUTIVO.....	107
2.3	SOCIEDADE DE EXCESSOS E O SUPERENDIVIDAMENTO DAS FAMÍLIAS.....	109
2.4	O PAPEL DA PUBLICIDADE NA SOCIEDADE ATUAL.	125
2.4.1	Publicidade e propaganda, qual a diferença?	125
2.4.2	O papel da publicidade na atual sociedade de consumo ...	128
2.5	A CRIANÇA NA SOCIEDADE DE CONSUMO.....	132
2.5.1	Publicidade infantil, a importância da criança para o mercado de consumo.....	132
2.5.2	A hipossuficiência e a vulnerabilidade da criança consumidora.....	142
2.5.3	A deficiência de julgamento.....	147
2.6	IMPACTOS NEGATIVOS GERADOS PELA PUBLICIDADE INFANTIL ABUSIVA.....	109
2.6.1	Mudanças do comportamento	110
2.6.2	Transtornos alimentares e Obesidade.....	111
2.6.3	Erotização Precoce	113
2.6.4	Estresse Familiar	114
2.6.5	Violência e Delinquência	116
2.7	AUTONOMIA FAMILIAR E LIBERDADE DE EXPRESSÃO	149
2.7.1	Autonomia familiar	149
2.7.2	Da liberdade a liberdade de expressão.....	152
2.7.2.1	Regra da proporcionalidade: Publicidade infantil x Liberdade de expressão	157
3.	A EFICÁCIA DO CONTROLE DA PUBLICIDADE.....	165
3.1	A DECISÃO HISTÓRICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O “SISTEMA DE PRECEDENTES”	166
3.1.1	O caso Bauducco “É Hora de Shrek”	166
3.1.2	Precedentes no Código de Processo Civil de 2015.....	173
3.1.3	O caso Bauducco “É Hora de Shrek” servirá como precedente?	183

3.1.4	O caso Bauducco na via administrativa.....	191
3.2	OS PROJETOS DE LEI SOBRE PUBLICIDADE INFANTIL	192
3.2.1	Projetos de lei sobre publicidade que tramitam na Câmara de Deputados.....	194
3.2.2	Projetos de lei sobre publicidade que tramitam no Senado Federal	203
3.3	ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE AUTOREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.....	208
3.3.1	Casos e decisões	209
3.3.2	Outras atuações do CONAR	233
3.4	A NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS DEMOCRÁTICA E FRATERNA.....	235
3.4.1	A participação da sociedade civil organizada	240
3.4.2	Alguns resultados obtidos pelo exercício da cidadania.....	243
4.	CONCLUSÃO	247
	REFERÊNCIAS.....	251
	ANEXO A – PETIÇÃO INICIAL AÇÃO CIVIL PÚBLICA BAUDUCCO.....	273
	ANEXO B – ACÓRDÃO BAUDUCCO	297
	ANEXO C – VOTO DO MINISTRO HUMBERTO MARTINS.....	305
	ANEXO D – EMENTA DO ACÓRDÃO.....	317
	ANEXO E – RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 – SP.....	321
	ANEXO F – ADMISSÃO DO INSTITUTO ALANA NOS AUTOS.....	327
	ANEXO G – VOTO DA MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES.....	331
	ANEXO H – PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL	333

Cuidado: frágil

Tantos gritos ao nosso redor,
Luzes,
descompassos,
desatinos.
Como obstar os conflitos?
Como resguardar a amorosidade,
o encanto
a comensalidade?
A vida parece se perder em meio a tantos antagonismos,
contradições
impertinências.
Como resguardar o que é puro
para que não seja violado?
Maltratado?
Ignorado?
É algo simples,
É algo complexo.
É preciso um giro
É preciso cuidar do ser
Como se fosse necessário diante do ser criança
Muitos outdoors,
Placas de alertas:
“Cuidado: frágil!”

(Josiane Rose Petry Veronese)

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a publicidade infantil vem ganhando no Brasil maior atenção, não somente no mundo jurídico, mas também no meio social. Exemplo disso foram os últimos acontecimentos, como: o ressurgimento da discussão no tema no Congresso Nacional, principalmente através do Projeto de Lei 5921/ 2001, que restringe a publicidade infantil de autoria de Luís Carlos Hauly; a atuação do Instituto Alana, organização da sociedade civil, sem fins lucrativos que, dentre vários projetos, encontra-se o Criança e Consumo, criado em 2006, que desde então estuda o consumismo infantil e seus problemas, sempre buscando proteção integral da criança frente à publicidade abusiva; a campanha da Associação Brasileira de Agência de Publicidade (Abap), “Somos todos responsáveis”, que tem um firme posicionamento contra a proibição da publicidade infantil e que acredita que conscientizar e educar para o consumo é a melhor saída do que a proibição; a Resolução Nº 163, editada pelo CONANDA em 13 de março de 2014, que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente; a redação do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) de 2014, que trouxe como tema “Publicidade infantil em questão no Brasil”; o recente julgado (REsp 1.558.086), onde a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela proibição da publicidade de alimentos dirigida à criança; a previsão no Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257, de oito de março de 2016) que dispõe sobre políticas para a primeira infância, em seu artigo 5º da “proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista” e ainda “a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica”; e por fim, recentemente em maio de 2016, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão federal responsável por temas que tenham repercussão nacional nas relações de consumo, emitiu a Nota Técnica nº 3/2016/CGEMM/DPD/SENAICON, que analisa tanto a publicidade infantil abusiva de produtos e serviços no ambiente escolar, quanto de alimentos. “ultraprocessados”, bebidas de baixo valor nutricional, com elevadas taxas de açúcar, gorduras e óleos.

São vários os motivos elencados pelos que defendem a proibição da publicidade infantil. A principal delas é de que a criança, nesse trabalho considerada a pessoa com até doze anos incompletos, não possui pleno desenvolvimento intelectual e, quando em frente a uma boa publicidade, não saberá distinguir o real do imaginário, sendo muito mais fácil de influenciar do que um adulto. Imerso na compulsão que leva ao consumismo, a criança passa a valorizar mais o “ter” do que o “ser”, as

relações afetivas são mediadas pelas relações de consumo, entrando no jogo do “modismo” da ditadura do consumo.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente tem como maior objetivo a busca pela efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, garantindo a prioridade absoluta à criança, criou uma política especial para o atendimento, medidas de proteção e um acesso à justiça bem diferente das políticas anteriores. Todo esse aparato legal serve como um divisor de águas em defesa à criança e ao adolescente, como sujeitos de direito, mas que necessitam ser efetivados.

Mas não só o Estatuto e a Constituição possuem regras protetivas às crianças, quando se fala em publicidade infantil é necessário combinar a normativa de todo o ordenamento jurídico estatal, principalmente a dispensada pelo Código de Defesa do Consumidor, e ainda com o controle particular exercido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação de Publicitária, de caráter complementar, através do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP).

No Brasil, a maioria dos doutrinadores admitem que foi adotado um sistema misto de controle da publicidade, ou seja, o controle da publicidade é realizado tanto pelo Estado, controle estatal, quanto pelo Autorregulamentar, chamado de particular ou privado. As crianças e adolescentes possuem “condição peculiar de pessoas em desenvolvimento” (art. 6º, ECA), e como consumidoras são consideradas hipervulneráveis, ou de vulnerabilidade agravada. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, §2º, tipificou como publicidade abusiva aquela que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança” para chegar ao seu objetivo, ou seja, o consumo de produtos e serviços. Percebe-se assim que a norma consumerista, que protege a criança, está em plena harmonia com o artigo 227 da Constituição Federal e com a proteção integral que assegura o Estatuto da Criança e Adolescente.

Apesar de muitas discussões serem travadas, ainda não há uma posição consolidada e definitiva, se a publicidade infantil é ou não é proibida, ou se deveria ou não ser proibida. Se o sistema de controle de publicidade é efetivo ou não na proteção integral das crianças. Cumpre salientar que a questão não é tão fácil de ser resolvida, pois a Constituição Federal de 1988 preconiza que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Historicamente o país vivenciou um período de ditadura militar e vários princípios são questionados quando é utilizada a palavra “proibição”. Assim, defensores do princípio da liberdade de expressão e do paternalismo exagerado criticam essas proibições, entendem que o Estado não deveria intervir nesse assunto, que esta educação faz parte do âmbito privado, da

família, que deve ter autonomia de orientar de forma crítica a publicidade a que as crianças assistem.

Desse modo, a presente dissertação pretende contribuir com o tema da proteção integral da criança e da publicidade infantil, tendo como teoria de base a Doutrina da Proteção Integral, e como referência as obras da doutrinadora e professora Josiane Rose Petry Veronese. Destaca-se ainda que a presente pesquisa é fruto de pesquisas realizadas junto ao Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e Adolescente (NEJUSCA) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Conforme Veronese, a doutrina da proteção integral deve ser estendida a todas as crianças e adolescentes, que são “merecedores de direitos próprios e especiais, que em razão da sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral”. A atual Constituição Brasileira dispõe em seu artigo 227 que é dever da família, do Estado e da Sociedade assegurar os direitos das crianças e adolescentes, que com essa nova base doutrinária tem o status de sujeitos de direito. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, que possui seu fundamento doutrinário e principiológico na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, “tem a relevante função, ao regulamentar o texto constitucional, de fazer com que este último não se constitua em letra morta”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é um novo paradigma, e aqui Veronese refere-se ao paradigma de Kuhn que, como sinônimo de modelo, exige três suportes, a saber: a recepção da Doutrina da Proteção Integral pelo ordenamento jurídico internacional e nacional (recepção normativa); o caráter teórico da Doutrina, pois caráter interdisciplinar e é objeto de análise e desenvolvimento científico (elaboração doutrinária); e por último, não menos importante, a Doutrina da Proteção Integral possibilita ações concretas, não só por aqueles que atuam diretamente com as crianças e adolescente, mas também a família, a escola, e toda a sociedade (ensejador de novas práticas).

A publicidade e os meios de comunicação de massa tornaram possível a concretização da atual sociedade de consumidores, hoje o principal alvo para a formação do “cidadão” consumidor são crianças e adolescentes. A indústria publicitária investe bilhões nesse novo público para não só seduzir, mas manipular seus desejos e suas necessidades. Estão educando as crianças e adolescentes não para serem cidadãos, mas sim para serem potenciais consumidores, cada vez mais individualistas e insatisfeitos.

Assim, tem-se como objetivo geral verificar se o controle estatal e o autorregulamentar exercido pelo Conselho Nacional de

Autorregulamentação Publicitária – CONAR, são adequados e suficientes para promover a proteção integral da criança exposta à publicidade na atual sociedade de consumo. Como objetivos específicos tem-se, em primeiro analisar todo ordenamento normativo brasileiro, que envolva criança e publicidade, tendo sempre como perspectiva a Doutrina da Proteção Integral; em segundo, avaliar de que forma a publicidade infantil e o consumismo precoce, fomentado na sociedade de consumo, impactam no desenvolvimento integral da criança; e em terceiro, apontar ações concretas seja do controle estatal, seja do controle autorregulamentar e também da sociedade civil organizada, para avaliar a efetividade da proteção integral da criança.

Como método de abordagem para a realização desse estudo utilizou-se o método dedutivo, como método de procedimento foi adotado no decorrer da pesquisa o método monográfico. A técnica de pesquisa utilizada foi a consulta à documentação indireta, constituída por fontes bibliográficas, inclusive de artigos publicados por meio virtual e documentais, a partir de análises de jurisprudências, análise de decisões do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, análises de leis, projetos de leis, regulamentações, norma técnica. Foram fontes de pesquisas ainda, matérias jornalísticas, filmes publicitários, campanhas e projetos de institutos e movimento que defendem o fim da publicidade infantil. A decisão jurídica analisada foi a única até o momento que chegou aos tribunais superiores, sendo portanto considerada histórica. As decisões da autorregulamentação analisadas, tiveram como delimitação o ano de 2016, ano ícone para a publicidade infantil.

A dissertação está estruturada da seguinte forma, no primeiro capítulo foi realizado um estudo sobre as normas que envolvam criança e publicidade, buscando criar um diálogo entre normas do Direito da Criança e do Adolescente e normas Direito do Consumidor, pretendendo assim, ter um olhar completo do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao tema publicidade infantil. Primeiramente, analisou-se a Convenção Internacional das Nações Unidas, buscando as bases do direito internacional para a Doutrina da Proteção Integral da criança no Brasil. Logo após, foi realizado um estudo sobre como essa doutrina foi recepcionada, e hoje considerada como um novo paradigma, o Paradigma da Proteção Integral. Foram analisados ainda as normas e regulamentações do controle estatal da publicidade, e para além do ordenamento jurídico, buscou-se também conhecer as normas autorregulamentares da publicidade, que é exercida pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

No segundo capítulo, entra-se na questão da publicidade, consumo e vulnerabilidade da criança. Analisa-se a formação da sociedade de consumo

e qual o papel desempenhado pela publicidade na concretização dessa sociedade. Logo após, destaca-se a criança como consumidora, suas vulnerabilidades e sua importância para o atual mercado, bem como os impactos que toda essa pressão consumista exerce sobre o público infantil. Ainda no segundo capítulo, destacam-se as objeções dos que defendem que a autorregulamentação é o melhor caminho, argumentando que a publicidade é exercício da liberdade de expressão, e que proibir a publicidade infantil seria invadir a autonomia familiar.

No terceiro e último capítulo, será analisado a eficácia do controle da publicidade no Brasil. Para isso foram analisadas decisões judiciais e administrativas, estatais e autorregulamentares. Foram analisados ainda os projetos de lei que tramitam na Câmara e no Senado, bem como os resultados da atuação da sociedade civil organizada. Assim, com esse olhar completo, espera-se poder avaliar a eficácia do controle da publicidade infantil no Brasil, conhecendo os resultados e apontando possíveis violações ao Direito da Criança.

1. PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA COM ÊNFASE NO CONTROLE DA PUBLICIDADE INFANTIL NO BRASIL

Neste primeiro capítulo será realizada uma análise das normas que envolvam o direito da criança e adolescente e publicidade¹, partindo do princípio de que “normas jurídicas nunca existem isoladamente” e ainda, que o conjunto de normas constitui o ordenamento jurídico², também chamado por Bobbio de sistema normativo.³

Assim, primeiramente far-se-á uma análise das normas que dizem respeito à criança e aos adolescentes e posteriormente uma análise das normas referentes à publicidade. A proposta é que se faça uma análise entre as normas jurídicas verificando se há ou não um possível conflito, ou ainda, se as normas já existentes no ordenamento jurídico dão conta de proteger integralmente as crianças frente à publicidade infantil, principalmente a publicidade enganosa e abusiva.

Para solucionar conflito entre normas jurídicas e eliminar as antinomias, segundo Bobbio, pode-se utilizar os critérios como cronológico (posterioridade), hierárquico (superioridade) e de especialidade⁴, sem adentrar no diálogo entre as fontes.⁵ Se os três critérios não forem

¹ A presente dissertação tem por objetivo analisar a proteção integral da criança e o controle da publicidade infantil no Brasil, sendo que criança nesse contexto deverá ser considerada a pessoa até doze anos incompletos.

²BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 10. Ed., 1999. p. 20.

³ Bobbio pontua que há três significados da palavra sistema jurídico. O primeiro é o baseado no significado ‘sistema dedutivo’, que considera que o ordenamento jurídico um sistema quando todas as normas derivam de princípios gerais, refere-se ao ordenamento jurídico do direito natural. O segundo significado, extraído do direito moderno, que destaca Savigny e o sistema do direito romano. Nessa concepção o termo sistema indica o ordenamento da matéria, ao contrário do anterior, utiliza-se aqui o método indutivo, partindo de conteúdo das normas para construir conceitos gerais, destacando que os cientistas do direito moderno acreditavam que a construção da ciência jurídica nessa época tenha nascido da passagem da jurisprudência exegetica para a jurisprudência sistemática O terceiro e último significado de sistema, foi o adotado pelo autor em sua obra, qual seja, de “que o ordenamento jurídico é um sistema porque não pode existir normas incompatíveis”, as normas de um ordenamento tem um relacionamento de compatibilidade, “nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras”. Nesse sistema, admite-se o princípio de que existindo incompatibilidade a consequência não será a queda de todo o sistema, mas somente de normas.. In BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 75-81.

⁴ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 92.

⁵ Dimoulis destaca que para alguns autores os critérios para a solução de antinomias encontram-se superado, devendo o aplicador do direito realizar um ‘diálogo da fontes’. No entanto o autor crítica tal teoria, por considera-la desnecessária e equivocada, primeiro por utilizar apenas um

suficientes para resolução das antinomias, a solução do conflito estaria no poder discricionário do intérprete, que deverá utilizar de técnicas hermenêuticas consolidadas, e não se limitar em aplicar somente uma regra. Assim o intérprete poderá eliminar uma, eliminar as duas ou ainda conservar as duas regras para a resolução do conflito.⁶

A Doutrina da Proteção Integral teve como fundamentos vários instrumentos de cunho universal: Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança (1924); Declaração sobre os Direitos da Criança (1959); a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (1989); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Justiça de Menores (Regras de Beijing); Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad); e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade.

No entanto, vale ressaltar que o sistema global de proteção dos direitos humanos, surgiu com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), quando aprovado em 1945 a Carta das Nações Unidas, e logo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), aperfeiçoados pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Destaque será dado neste presente trabalho a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças. Após a análise do instrumento internacional mencionado, far-se-á uma breve incursão na normativa nacional da doutrina da proteção integral.

Ainda, nesse mesmo capítulo, será analisado o controle da publicidade no Brasil, com ênfase maior à publicidade infantil, tema central deste trabalho. O controle publicitário no Brasil é realizado tanto pelo Estado, judicialmente e administrativamente, quanto pela autorregulamentação, sendo reconhecido como um sistema misto de controle.

vocabulário diferente onde na verdade apresenta a ideia da interpretação sistemática, segundo como equívoco teórico, quando não é possível harmonizar as normas. DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 217-218.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 10. Ed., 1999. p. 97-100.

1.1 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS

A Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças possui um caráter amplo do direito da criança e do adolescente, foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Em 1990, o documento foi formalmente reconhecido como lei internacional, sendo ratificado por 193 países. Estados Unidos e Somália, apesar de não ratificarem, assinaram a Convenção formalmente, demonstrando o futuro interesse de ratificá-lo⁷.

No Brasil, o Decreto Nº 99.719, do dia 21 de novembro de 1990, considerando a ratificação do Governo brasileiro e a posterior aprovação no Congresso Nacional, o então presidente Fernando Collor promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, comprometendo-se a executar inteiramente seu conteúdo⁸.

Importa destacar, que mesmo antes da ratificação, a Constituição de 1988, no artigo 227⁹, já havia incorporado os princípios básicos de proteção às crianças e adolescentes, e ainda o princípio da proteção integral.¹⁰

Cronologicamente, para Custódio e Veronese, a doutrina da proteção integral obteve seus primeiros indícios na Declaração de Genebra, de 26 de setembro de 1924. Esse documento internacional foi o que primeiro reconheceu os direitos da criança.¹¹

⁷ UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. UNICEF BRASIL. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

⁸ BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de Novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016.

⁹ Art. 227 (caput). É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

¹⁰ SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente**: Da vara de menores à vara da infância e juventude. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.. p. 77.

¹¹ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Esquecidas**: o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multimédia, 2009. p. 105.

Neste momento, a Declaração de Genebra reconhece a proteção da criança independente de qualquer discriminação de raça, nacionalidade ou crença. Afirma o dever de auxílio à criança com respeito à integridade da família e o oferecimento de condições de desenvolvimento de maneira normal, envolvendo as condições materiais, morais e espirituais. Além disso, recomenda que a criança deve ser alimentada, tratada, auxiliada e reeducada, refletindo a força do ideário higienista e positivista da época nos campos da educação e saúde, revelados pelos conceitos de tratamento e normalidade.¹²

Na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que reconhece em seu artigo 25 a importância da família, o direito a cuidados especiais da maternidade e na infância, destacando ainda que todas as crianças gozarão de proteção especial.¹³

Bobbio destaca que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é a maior prova de *consensus omnium gentium*¹⁴. Aduz o autor que a Declaração Universal é um fato novo na história, evidenciando que a humanidade, mais precisamente na segunda metade do século XX, estabelece um sistema de valores universais, sob os quais há um consenso declarado, dando a certeza de que a humanidade partilha de alguns valores comuns.¹⁵

¹² CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Esquecidas**: o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multimídia, 2009. p. 106.

¹³ “**Artigo 25.** 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. ASSEMBLÉIA Geral Das Nações Unidas. Declaração nº 13105, de 10 de dezembro de 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Resolução 217 A III**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁴ Para Bobbio há três modos de justificar um sistema de valores: deduzi-los de um dado objetivo, como a natureza humana; considera-las como verdades evidentes em si mesmas; e o terceiro modo, que teria como argumento o consenso, que o autor denomina como *consensus omnium gentium*. Porém, nem mesmo o fundamento histórico do consenso pode ser considerado absoluto. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 26-27.

¹⁵ *Ibidem*. p. 26-27.

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados.¹⁶

No entanto, esse consenso universal, foi obtido através de uma lenta conquista, onde se destaca ao menos três fases. A primeira é encontrada nas obras dos grandes filósofos, onde declaram que o homem por natureza tem direitos que o Estado não poderá subtrair ou alienar. Essas ideias foram elaboradas pelos chamados jusnaturalistas modernos, cujo pai foi John Locke. Mesmo que o homem tenha abandonado a hipótese do estado de natureza, a declaração positiva dessa ideia quando aduz que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direito”.¹⁷

O segundo passo, para esse consenso, é a passagem da teoria para prática, do direito pensado para o realizado, tonando-se concreto ao menos para os Estados que os reconheceram. Como exemplos destacam-se as declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa. No entanto, é nesse momento que os direitos deixam de ser universais, deixam de ser direitos dos homens e passam a ser direitos do cidadão.¹⁸

Por fim, o terceiro momento, a última fase, que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem, afirmando que os direitos nela contidos são: universais e positivo. Universal, no sentido de que os direitos não serão apenas dos cidadãos dos Estados que a ratificaram, tornando-se novamente o direito dos homens. Inclusive possibilitando que esses direitos sejam protegidos até mesmo contra o Estado. Positivo porque estão expressos, afirmados, declarados.¹⁹

Bobbio ainda descreve todo esse processo sob outro olhar, utilizando-se do direito natural e direito positivo:

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

¹⁷ *Ibidem*. p.28.

¹⁸ *Ibidem*. p.29.

¹⁹ *Ibidem*. p.30.

universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.²⁰

A Declaração Universal do Homem foi apenas um passo inicial, destacam-se as dificuldades de implementação para efetivar os direitos nela contidos, sendo que a comunidade internacional ainda não conseguiu o monopólio da força, que outrora os Estados Modernos conseguiram. Ainda, há de se considerar a emergência de novos direitos, como os direitos das crianças e adolescentes.²¹

Em 1959, o início da ruptura da doutrina da situação irregular começa a ganhar contornos mais precisos, diante da Declaração Universal de Direitos da Criança aprovada pela Assembleia Geral das Organizações Unidas. Vale destacar que o Brasil ignorou a Declaração, sendo que essa ruptura só acontece no país após a Constituição Federal de 1988. A Declaração é composta por dez princípios, que devem ser observados e concretizados a todas as crianças sem distinção. Destaca-se o direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico e mental.

Se diz que ‘a criança por sua imaturidade física e intelectual, necessita de proteção particular e de cuidados especiais’, deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados *iussingulare* com relação *aiuscommune*; o destaque que se dá a essa especificidade, através do novo documento, deriva de um processo de especificação do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*.²²

No plano internacional, a Declaração toma corpo a partir de 1979, quando se iniciam os estudos do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da ONU, objetivando a construção de uma Convenção Internacional do Direito da Criança. Assim, por mais dez anos de estudos, dos representantes de quarenta e três Estados-membros, no dia 20 de novembro de 1989, a Convenção é aprovada.²³

²⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.30.

²¹ Ibidem. p.30-34.

²² Ibidem. p. 34.

²³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos das crianças e adolescentes**. São Paulo: LTr, 1999. p. 96.

Com a ratificação a Convenção ganha força coercitiva e exige do Estado brasileiro um conjunto de deveres e obrigações, que vão além da não violação de direitos. A ratificação pelo Estado-Parte, “diversamente da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, que sugere princípios de natureza moral”, implica em uma postura prospectiva em promover direitos.²⁴

Já no preâmbulo, a Convenção reconhece que a dignidade é inerente a todos que fazem parte da família humana, reforçando sua fé na dignidade da pessoa humana, nos direitos fundamentais, e na liberdade que todas as pessoas possuem, independentemente de raça, crença, posição econômica, origem nacional ou social, ou de qualquer outra condição.

Reafirma a Convenção, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que dispense aos infantes direitos e cuidados especiais. Reforça a importância da família, lugar onde a criança prioritariamente deverá permanecer e crescer, cercada de felicidade, amor e compreensão. A criança deverá ser preparada para viver em uma sociedade livre e educada com ideais, como: paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.

Diante da falta de efetividade, o artigo 2º da Convenção exige que os Estados Partes respeitem e assegurem os direitos disposto no documento internacional, sem distinção alguma. No artigo 4º obrigam os Estados signatários, adotar medidas administrativas, legislativas, e demais que sejam necessárias para implementar os direitos ali disposto. Ainda, deverão utilizar o máximo de recursos disponíveis podendo inclusive contar quando necessário com ajuda da comunidade internacional.

Dentre os vários dispositivos que proporciona à criança uma proteção especial, destaca-se a parte onde essa proteção especial relaciona-se com a falta de maturidade física e mental, conferindo maior magnitude à devida proteção legal para preservação dos seus direitos.

A Convenção reforça a importância da preservação dos valores culturais e das tradições de cada povo, e por fim, conclama a cooperação internacional para a melhoria das condições da vida das crianças, principalmente para aquelas que vivem em condições difíceis. Para a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, criança é todo ser humano menor de 18 (dezoito) anos de idade. Exige dos Estados Partes o respeito a todos os dispositivos que deverão ser aplicados a todas as crianças, sem exceção e distinção de qualquer natureza.

²⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos das crianças e adolescentes**. São Paulo: LTr, 1999. p. 97.

Na Parte I, encontra-se o princípio do melhor interesse da criança, que deve ser observado em todas as ações relativas às crianças. Os Estados Partes deverão respeitar a vontade dos pais, no que se refere à instrução e orientação da criança, desde que essas estejam adequadas com sua evolução, e ainda, que nenhum direito previsto na Convenção seja infringido. Trata-se portanto, da autonomia familiar, sem esquecer que também serão responsáveis na falta ou na falha desses, a família extensa, a comunidade, a sociedade e o Estado.

A identidade da criança é amplamente preservada na Convenção, sendo que imediatamente após o nascimento deverá ser registrada para ser portadora de direitos como: nome, nacionalidade, conhecer seus pais, e de preferência ser cuidada por eles. Destaca-se também o direito da criança a convivência familiar, sendo a separação da criança dos pais, medida excepcional, somente quando prevalecer em tal atitude o melhor interesse da criança.

Sobre esse tópico, importa destacar que o preâmbulo da Convenção evidencia que a família deve ser o “grupo fundamental”, ou seja, o grupo prioritário, ganhando assim proteção para poder assumir suas responsabilidades para o crescimento saudável de todos os seus membros e em especial a criança.²⁵

Também é dada a criança ampla liberdade de associação e liberdade de expressão, tendo restrições apenas quando não respeitar os direitos ou a reputação dos demais, ou ainda, para a proteção: da ordem pública, segurança nacional, a saúde e a moral pública. É assegurada a criança o direito de expressar suas opiniões de assuntos de seu interesse, e tais opiniões deverão ser consideradas na medida do possível, respeitando logicamente a maturidade e a idade da criança.

Dentre os vários direitos assegurados pela Convenção, e infelizmente ainda não efetivados por aqui, encontra-se no artigo 17 que destaca a relevância do papel dos meios de comunicação no desenvolvimento das crianças e adolescentes. A importância para que as crianças tenham acesso a informações e materiais que “visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental”²⁶.

²⁵ UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. UNICEF BRASIL. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

²⁶ BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de Novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016

A Convenção explicitou a preocupação com a qualidade do material e informação produzida pelos meios de comunicação, para que esses contribuam com o desenvolvimento cultural das crianças, inclusive das que pertençam a grupos minoritários. Impõe aos Estados Partes dever de editar diretrizes para proteger as crianças de materiais que prejudiquem o bem-estar.

1.2 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A mudança de paradigma pautado na Doutrina da Proteção Integral incorporada no direito brasileiro, através do art. 227²⁷ da Constituição Federal de 1988, posteriormente estabilizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, traduz-se como uma das mais significativas conquistas do século XX. São marcos importantíssimos para o Direito da Criança e do Adolescente, consagrando a Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a Doutrina da Proteção Integral, toda criança e adolescente devem ser compreendidos como sujeitos de direito e não mais como objetos do sistema normativo. Encerra-se assim, ao menos teoricamente, o período da Doutrina da Situação Irregular, prevista no Código de Menores.

É certo que em cada momento histórico, os paradigmas explicam os fenômenos sociais no tempo e no espaço. Para compreender as políticas para infância brasileira é importante resgatar os processos destes fenômenos caracterizadores. Numa primeira dimensão está a doutrina menorista, na segunda, a doutrina da ambiguidade²⁸, e por fim o paradigma da teoria da proteção integral.²⁹

²⁷ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

²⁸ O paradigma da ambiguidade opera-se na centralidade das teorias menoristas e da proteção integral, por incapacidade de compreender o direito da criança e do adolescente como direito autônomo, como é o caso do Direito Penal Juvenil. Vide: SOUZA, Ismael Francisco. O

Além da sociedade brasileira, que estava em um período de grande mobilização social, visto a recente redemocratização do país na década de 1980, houve grande pressão internacional do Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF, para que o governo brasileiro realizasse essa mudança de doutrina.

No Brasil, esse período foi de extrema importância, onde vários movimentos sociais reivindicaram seus direitos. Ganha destaque nesse estudo, o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, que articulado com os demais movimentos “garantiu a inclusão do artigo 227, na Constituição Federal de 1988, baseado nos postulados da Declaração Universal de Direitos da Criança e da Convenção sobre os Direitos da Criança”.³⁰

Em uma mobilização popular inédita e sem precedentes no país, o dispositivo constitucional resultou na fusão de duas emendas populares que trouxeram ao Congresso as assinaturas de duzentos mil eleitores de todo o país e de mais de um milhão de duzentos mil cidadãos-crianças e cidadãos adolescentes, envolvendo milhares de crianças e jovens no Congresso e em várias capitais.³¹

A centralização do poder judiciário e o caráter filantrópico e assistencialista da Doutrina da Situação Irregular dão lugar a uma política pública, onde a criança e adolescente adquirem direitos subjetivos, isto é, são agora sujeitos de direito, dando início a Doutrina da Proteção Integral.

Portando, o Direito da Criança e do Adolescente tem no Estatuto a completa formação jurídico-protetiva para a infância brasileira. Rompe-se, pelo menos em âmbito formal, com a velha estrutura assistencialista que coisificava a infância e a enquadrava na situação irregular sob o rótulo da menoridade. É por meio do

Reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho (PETI): **Estratégias para a concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil**. 2016. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) - Direitos Sociais e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul.

²⁹ Ibidem.

³⁰ SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente**: Da vara de menores à vara da infância e juventude. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 77.

³¹ Ibidem. p. 77.

Estatuto da Criança e do Adolescente que pela primeira vez na história cria-se para esse público específico um conjunto de dispositivos legais cuja finalidade seja a promoção e efetivação dos seus direitos fundamentais.³²

Mas o que é ser sujeito de direitos? A definição de sujeito, segundo Dimoulis, possui dois sentidos. Primeiro o que deriva do latim *subjectus* “que indica o indivíduo ou grupo que é submetido ao poder de outrem”, designando submissão. Já na concepção da filosofia ocidental, adquire um novo sentido, quase oposto, que na relação com o objeto, passa a dominá-lo. Assim, sujeito de direito traduz de acordo com o segundo sentido apontado, “ou seja, a pessoa ou entidade que possui capacidade de adquirir um direito ou assumir obrigação, impondo sua vontade e preservando seus interesses”³³

O termo indica que ser sujeito de direito não “é um atributo natural do ser humano” e sim uma “qualidade conferida única e exclusivamente pelo ordenamento jurídico”. O termo ganha destaque nos ordenamentos jurídicos das sociedades capitalistas, onde suposta liberdade e igualdade das pessoas são requisitos fundamentais para realização das trocas econômicas. Já na sociologia e filosofia do direito, há uma crítica a esse novo sujeito de direito que nasceu para legitimar a sociedade capitalista, que “esconde as desigualdades sociais e a realidade de exploração, da dominação e da discriminação”.³⁴

Resumindo: no âmbito jurídico, o termo sujeito de direito indica as entidades às quais um ordenamento jurídico atribui a faculdade de adquirir e exercer direitos e também assumir e cumprir obrigações. Não podemos, porém, esquecer as críticas à função social desse conceito, feitas pelas disciplinas que realizam leituras externas ao direito.³⁵

³² LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 55.

³³ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 219.

³⁴ *Ibidem*. p. 219-220.

³⁵ *Ibidem*. p. 220.

Tratando de pessoa física, no direito moderno, todos os seres humanos são sujeitos de direito, o Código Civil brasileiro determina “que toda pessoa física é capaz de adquirir direitos e obrigações”, isto é, todos são dotados de personalidade ou capacidade de direito, desde o nascimento³⁶ até a morte. Porém a capacidade de exercício é conferida através das normas jurídicas de cada ramo do direito.³⁷

Importa fazer a diferenciação da expressão direito subjetivo que começou a ser construída pelos jusracionalistas da Idade Moderna, visto que a expressão até o final da Idade Média era desconhecida, pois, nessa época o ordenamento jurídico regulavam o direito de grupos e não com a visão individualista da era moderna.³⁸

O direito subjetivo comporta duas definições, a da teoria da vontade, associada a Savigny e a teoria do interesse, associada a Jhering. A primeira teoria destaca o conteúdo, a capacidade do indivíduo para fazer valer seu direito (objetivo), sendo mais aceita pela dogmática jurídica. Já a segunda teoria destaca a finalidade, o interesse juridicamente protegido, examinando a origem e a justificativa do direito, objeto de estudo da filosofia e sociologia.³⁹

Direito subjetivo de acordo com a dogmática jurídica, é “uma faculdade que o legislador confere a determinadas pessoas em determinadas situações”, definindo quem será o titular, qual o alcance e quais os requisitos necessários para seu exercício. Não esquecendo que o direito subjetivo só existe e depende do direito objetivo, que nada mais é do que o conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado espaço e momento.⁴⁰

Ainda, que a na sociologia e na filosofia, a expressão sujeito de direito seja condenada, entende-se que para a criança e o adolescente foi de extrema importância esse reconhecimento, iniciando assim, uma nova perspectiva, uma nova doutrina, ou melhor, um novo paradigma.

Para Veronese, o Estatuto da Criança e do Adolescente proporcionou um novo paradigma, referindo-se aqui ao paradigma de Kuhn que, como sinônimo de modelo, exige três suportes, a saber: a recepção da Doutrina da Proteção Integral pelo ordenamento jurídico internacional e nacional

³⁶ Dimoulis aduz que, antes mesmo a do nascimento, o ordenamento jurídico reconhece os direitos e obrigações do nascituro, que serão exercidos por seus representantes. Ver: DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 220.

³⁷ Ibidem. p. 220-222.

³⁸ Ibidem. p.226

³⁹ Ibidem. p.226.

⁴⁰ Ibidem. p.226-228.

(recepcionado normativamente); o caráter teórico da Doutrina, pois caráter interdisciplinar e é objeto de análise e desenvolvimento científico (elaboração doutrinária); e por último, não menos importante, a Doutrina da Proteção Integral possibilita ações concretas, não só por aqueles que atuam diretamente com as crianças e adolescente, mas também a família, a escola, e toda a sociedade, ensejador de novas práticas. O Estatuto, bem como a Constituição Federal de 1988, precisa ser visto como um novo paradigma, pois “pretendem a consolidação de um novo modelo social que priorize o desenvolvimento sadio de nossas crianças e adolescentes”.⁴¹

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento traz a criança e o adolescente como elemento para estabelecer direitos e políticas especiais e prioritárias. Essa peculiaridade resguardada a esse público está diretamente relacionada com a sua vulnerabilidade.⁴²

A Lei 8.069/1990, em seu artigo 1º, confirma a Doutrina da Proteção Integral à criança e ao adolescente, repetindo o princípio 9º da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, bem como o artigo 19 da Convenção Internacional do Direito da Criança.⁴³

No seu artigo 2º, o Estatuto considera criança toda pessoa com até doze anos incompletos, e adolescentes a pessoa com idade entre 12 a 18 anos incompletos. Diversamente trata desse tema a Convenção, que em seu artigo 1º considera criança todo ser humano com menos de dezoito anos.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988, inspirado na Convenção Internacional de Direitos da Criança, realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), conjuntamente com o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabeleceram a co-responsabilidade entre família, comunidade, sociedade e o Estado na busca da promoção das garantias e direitos das crianças e adolescentes.

O direito da criança e do adolescente constitui-se numa das inovações mais relevantes das modernas vertentes dos direitos humanos por tudo aquilo que permite, pressupõe e implica para estas novas subjetividades – crianças e adolescentes – tendo-se em conta, principalmente, a circunstância de que se

⁴¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**: Um novo paradigma. In: Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas. Josiane Rose Petry Veronese, Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Lépre (Org.). São Paulo: Saraiva, 2015.p. 36-37.

⁴² Vulnerabilidade essa diferente da que será tratada no Código de Defesa do Consumidor, em item específico.

⁴³VERONESE, Josiane Rose Petry. Op. cit. p. 36-37. p. 99.

encontra na condição humana peculiar de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, que, por isso, reclama respeito às suas liberdades públicas e substanciais para a formação de suas personalidades, consoantes as responsabilidades e os valores inerentes à dignidade da pessoa humana⁴⁴.

A proteção, como prioridade absoluta, não é mais uma obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social. “As crianças e aos adolescentes devem ser resguardados e defendidos por serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimentos”.⁴⁵ Além do artigo 227, CF/88 e do artigo 4º, ECA, encontra-se fundamento para esse princípio da prioridade absoluta também no artigo 100, II, da Lei 8.069/90.⁴⁶ Esse princípio estabelece a prioridade da criança e do adolescente em todas as esferas, seja “judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar”. Mesmo em relação ao idoso, pois a prioridade desde decorre de norma infraconstitucional.⁴⁷

Assim, se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e um abrigo para idosos, pois ambos necessários, obrigatoriamente terá de optar pela primeira. Isso porque o princípio da prioridade para os idosos é infraconstitucional, pois estabelecido no artigo 3º da Lei nº 10.741/03, enquanto a prioridade em favor da criança é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral.⁴⁸

⁴⁴ RAMIDOFF, Mario Luiz. **Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral**. Curitiba: Vicentina, 2008.p. 248.

⁴⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 760.

⁴⁶ “Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: II - **proteção integral e prioritária**: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁴⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 22.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 22.

Para Lima, o rol de que trata o artigo 4^o⁴⁹, ou seja, quais as prioridades que a criança possui, é um rol meramente exemplificativo, que não se esgota na lei, devendo, portanto, admitir outras situações em que o princípio da Prioridade Absoluta deverá ser observado.⁵⁰

Também deve ser extraído do artigo 227, da Constituição Federal de 1988, que a prioridade da criança e do adolescente é assegurada tanto pela família, pelo Poder Público e também pela sociedade em geral, incluindo a comunidade que são as pessoas mais próximas das crianças e adolescentes. Lima concorda com a posição de Dallari, que a “comunidade é um conceito que indica de forma mais precisa o ambiente social com o qual a criança e o adolescente têm a convivência direta, imediata”. Alerta que ali é que irão aparecer os resultados com a efetivação dos direitos, isto é, toda a comunidade será beneficiada. Para a família, além de impor um dever legal, “impõe-se um dever moral universalmente conhecido”. Para o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) impõe-se um “dever de agir”, para o bem de toda a sociedade brasileira, não se esquecendo da prioridade da criança e do adolescente na “efetivação de seus Direitos Fundamentais e pelo atendimento prioritário das necessidades básicas”. Para a sociedade cabe o “dever ético e social universal”, positivado pelo Direito Natural.⁵¹

Compreendeu-se que muitas soluções para problemas do “amanhã” devem ser pautados no “hoje” e no respeito a essa fase de desenvolvimento fundamental para a formação da personalidade da pessoa adulta.

Importante registrar que o Princípio da Prioridade Absoluta “além de ser uma construção filosófica que confere sentido garantista a esse novo Direito, é um comando da Constituição Federal”.⁵²

A Constituição Federal de 1988 garante uma série de “direitos públicos subjetivos”, porque, além de vincular os particulares, vincula o

⁴⁹ “Art. 4º. [...] Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵⁰ LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente**: fundamento para uma abordagem principiológica. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. p. 225

⁵¹ Ibidem. p. 217-223.

⁵² Ibidem. p. 232.

próprio Estado. Essas garantias fundamentais ocupam a escala mais alta da hierarquia das fontes do direito e não permitem restrição seja por parte da legislação ordinária, seja por parte da vontade das partes.⁵³ “Assim sendo, podemos definir os direitos fundamentais como direitos subjetivos garantidos na própria Constituição e, portanto dotados de supremacia jurídica. Os direitos fundamentais *limitam o poder do Estado no intuito de garantir a liberdade individual*”.⁵⁴

Para Dimoulis, as garantias fundamentais constitucionais têm como objetivo “prevenir e/ou reparar e castigar possíveis violações de direitos e deveres”, que a doutrina divide em garantias preventivas e garantias repressivas. Já a legislação infraconstitucional determina normas de sanção, como forma de garantir os direitos fundamentais.⁵⁵

Já para Machado, os direitos fundamentais elencados no artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segue a previsão constitucional de que esse público possui direitos fundamentais exclusivos, para além dos direitos fundamentais dos adultos. Destaca a autora, que a criança e o adolescente “gozam de maior gama de direitos fundamentais”. Além dos direitos individuais e sociais, a que todos têm direito (artigos 5º, 6º e 7º, CF/1988), o artigo 3º caput e inciso III, “à luz dos princípios fundamentais”, defeso é o preconceito em relação a idade, entre outros.⁵⁶

A criança e o adolescente têm direito “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”⁵⁷. Destaca-se aqui, a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental especial pela condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, contrapondo-se com as antigas políticas de institucionalização das crianças e adolescentes, quando vigia a doutrina da situação irregular.⁵⁸

⁵³ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 228.

⁵⁴ Ibidem. p. 228.

⁵⁵ Ibidem. p. 229-30

⁵⁶ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 151

⁵⁷ “Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵⁸ MACHADO, Martha de Toledo. Op. cit. p. 151.

Machado aponta ainda outros direitos fundamentais que seriam específicos das crianças e adolescentes. Relacionado ao trabalho destaca-se: o direito ao não trabalho (artigo 227, §3º, I, CF/1988), direito à profissionalização (relação com direito à educação, artigo 39 da LDB) e igualdade na relação trabalhista (artigo 7º, XXX, CF/ 1988). O direito à alimentação, positivado no artigo 227 da Constituição Federal, também pode ser considerado um direito fundamental especial, decorrente da vulnerabilidade dessa fase, onde todas as crianças e adolescentes possuem essa condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Ainda, entendendo que os direitos fundamentais possuem uma abertura material, a autora inclui no rol de direitos fundamentais o direito de brincar.⁵⁹

O direito de brincar pode ser extraído do artigo 31 da Convenção sobre os direitos das crianças, mais especificamente do seu artigo 31, que reconhece o direito de descanso, lazer, divertimento e atividades recreativas, sempre respeitando a idade das crianças. Ainda reforça o dispositivo, a importância da livre participação da criança vida cultural e artística. No ordenamento jurídico brasileiro, o direito de brincar foi positivado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 16, inciso IV, sendo um direito que advém do direito à liberdade.

O artigo 6º o Estatuto da Criança e do Adolescente destaca a condição peculiar, e por que não dizer especial da criança e do adolescente. O referido artigo é claro em determinar que em toda interpretação e em toda aplicação da lei, deve sempre ser aplicado o princípio constitucional da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Esse reconhecimento, portanto, não é somente de fato, mas de direito, previsto constitucionalmente.

Outro princípio que ganha destaque na normativa nacional, é o princípio do melhor interesse. A origem histórica do Princípio do Melhor Interesse advém do instituto *parens patriae*, onde o Rei e a Coroa Inglesa tinham como prerrogativa a proteção daqueles que necessitavam de auxílio. O Estado possuía essa autoridade, “outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados – menores e loucos”.⁶⁰

⁵⁹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003. p.173-198.

⁶⁰ LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: fundamento para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001 p. 23

No início do século XVIII, os ingleses diferenciam a proteção dada às crianças da proteção concedida aos loucos, sendo que, em 1836, esse princípio torna-se efetivo no direito anglo-saxônico.⁶¹

Na Declaração de Genebra de 1924 foi declarada a “*necessidade de proclamar à criança uma proteção especial*”. Coube, em 1959, a Declaração dos Direitos da Criança, reconhecer a importância do princípio *best interest*, sendo que no Brasil já estava presente no artigo 5º do Código de Menores, limitando-se às crianças e aos adolescentes em situação irregular.⁶²

Coube à Convenção Internacional dos Direitos da Criança aprovada, por unanimidade, na sessão de 20 de novembro da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, à época em que se comemorava os 30 anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança, a promulgação deste princípio como regra a ser imposta aos países ratificantes.⁶³

Ratificada pelo Brasil em 1990, e com a adoção da doutrina da proteção integral o princípio do melhor interesse ganha maior dimensão em sua aplicação. O princípio “melhor interesse da criança” deve ser compreendido em seu conteúdo qualitativo, e assim servir como princípio orientador para o legislador e aplicador do direito da criança e do adolescente. Infelizmente ainda não foi abandonada a prática paternalista e assistencialista, e a falta de clareza, principalmente na prática dos atos infracionais, pode gerar abusos por parte dos aplicadores, sendo o resultado diverso do almejado.⁶⁴

Do ponto de vista prático, a operacionalização do princípio do “interesse superior” constitui valioso instrumento metodológico para o estabelecimento de padrões objetivos de ordenação, avaliação e aprimoramento do Sistema de Direitos Fundamentais que são objeto central da Convenção e do Direito da

⁶¹ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 42-43

⁶² AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 33

⁶³ PEREIRA, Tânia da Silva. Op. cit. p. 45

⁶⁴ Ibidem. p.47-48.

Criança e do Adolescente. Através de sua correta interpretação e aplicação podem comprometer as políticas públicas, a prática administrativa, legislativa e judicial e a ação dos indivíduos na vida privada, com a prioridade ou primazia absoluta, pode-se assegurar a integralidade, a máxima operatividade e a mínima restrição dos Direitos que constituem sua razão social e jurídica de ser (*ratioessendi*). Por fim, podem-se fixar parâmetros teóricos adequados ao desenvolvimento de uma práxis social, jurídica e política comprometida com uma Política de Direitos, como base estruturada e determinada a funcionar a partir e através do contínuo aperfeiçoamento da vida democrática.⁶⁵

O princípio do melhor interesse está intimamente ligado com a peculiaridade de pessoa em desenvolvimento, que toda criança e adolescente possui, e em consequência merecem atenção especial. No entanto, Amim alerta para que o princípio não seja utilizado como um “salvo-conduto” para aqueles que ignoram a lei, mas que deve ser “o norte que orienta todos aqueles que se defronta com as exigências naturais da infância e juventude”.⁶⁶

1.2.1 Prevenção⁶⁷ é a melhor forma de proteção

A prevenção é matéria de suma importância para a proteção integral da criança e do adolescente. Há de se respeitar primordialmente a condição peculiar da criança e adolescente como pessoa em desenvolvimento, exigindo do legislador um cuidado especial, o qual criou um comando determinando que é obrigação de todos, prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e adolescente, art. 70⁶⁸. Esse dispositivo deixa claro que ninguém pode se eximir do dever de prevenção dos direitos

⁶⁵ LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente**: fundamento para uma abordagem principiológica. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001 p. 213.

⁶⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.p.35.

⁶⁷ Alguns artigos sobre prevenção foram intencionalmente mitigados, dando maior prioridade aos que mantém uma relação de maior afinidade com o tema.

⁶⁸ É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

da criança e adolescente, vindo ao encontro com o que preconiza a Constituição Federal em seu art. 227, reforçada pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Diante da simples ameaça de violação dos direitos de crianças e adolescentes, art. 93⁶⁹, podem-se aplicar medidas de proteção (art. 101), e ainda medidas aplicadas aos pais e responsáveis se necessário for (art. 129).

Foram incluídos recentemente os artigos 70-A⁷⁰ e 70-B⁷¹, pela Lei 13.010/2014, que ficou conhecida como a Lei do “Menino Bernardo”, em

⁶⁹ “Art. 93. As entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato em até 24 (vinte e quatro) horas ao Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de responsabilidade”. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁷⁰ “Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações: I - a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos; II - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente; III - a formação continuada e a capacitação dos profissionais de saúde, educação e assistência social e dos demais agentes que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente para o desenvolvimento das competências necessárias à prevenção, à identificação de evidências, ao diagnóstico e ao enfrentamento de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente; IV - o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente; V - a inclusão, nas políticas públicas, de ações que visem a garantir os direitos da criança e do adolescente, desde a atenção pré-natal, e de atividades junto aos pais e responsáveis com o objetivo de promover a informação, a reflexão, o debate e a orientação sobre alternativas ao uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante no processo educativo; VI - a promoção de espaços intersetoriais locais para a articulação de ações e a elaboração de planos de atuação conjunta focados nas famílias em situação de violência, com participação de profissionais de saúde, de assistência social e de educação e de órgãos de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente. Parágrafo único. As famílias com crianças e adolescentes com deficiência terão prioridade de atendimento nas ações e políticas públicas de prevenção e proteção”. *Ibidem*.

⁷¹ “Art. 70-B. As entidades, públicas e privadas, que atuem nas áreas a que se refere o art. 71, dentre outras, devem contar, em seus quadros, com pessoas capacitadas a reconhecer e comunicar ao Conselho Tutelar suspeitas ou casos de maus-tratos praticados contra crianças e adolescentes. Parágrafo único. São igualmente responsáveis pela comunicação de que trata este artigo, as pessoas encarregadas, por razão de cargo, função, ofício, ministério, profissão ou ocupação, do cuidado, assistência ou guarda de crianças e adolescentes, punível, na forma deste Estatuto, o injustificado retardamento ou omissão, culposos ou dolosos”. *Ibidem*.

homenagem a Bernardo Boldrini, de 11 anos, brutalmente assassinado em Três Passos, no Rio Grande do Sul.

Ainda, a prevenção geral tem como objetivo a garantia de direitos fundamentais e demais direitos estabelecidos no artigo 71⁷², como: “informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”. A disposição final do artigo demonstra a necessidade de produtos e serviços respeitarem a “peculiaridade de pessoa em desenvolvimento” isto é, o nível de maturidade da criança e adolescente, tarefa essa que cabe ao Poder Público, à família e à sociedade na proteção de possíveis prejuízos físicos e morais a esse público, e estão disciplinados nos artigos 81⁷³ e 82⁷⁴ do Estatuto.

Um dos grandes avanços nesse campo foi a Resolução do Conanda de número 163⁷⁵, aprovada por unanimidade em 13 de março de 2014, que considera abusiva a publicidade e a comunicação mercadológica que se dirige diretamente à criança.

Também no julgado, REsp 1.558.086⁷⁶, a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu pela proibição da publicidade de alimentos dirigida à criança. O caso em tela, de uma campanha da Bauducco chamada *É Hora de Shrek*, refere-se a relógios de pulso com a imagem dos personagens do desenho que poderiam ser adquiridos mediante a apresentação de cinco embalagens dos produtos “Gulosos” além de mais R\$5,00 (cinco reais). A decisão do colegiado foi unânime no sentido de caracterizar a publicidade como abusiva e venda casada, agravada por ter como público alvo a criança, ainda, acrescentaram os ministros, que a publicidade dirigida à criança afronta não só a Constituição, bem como também o atual Código de Defesa do Consumidor.

⁷² “Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”. MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003

⁷³ “Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de: I - armas, munições e explosivos; II - bebidas alcoólicas; III - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida; IV - fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida; V - revistas e publicações a que alude o art. 78; VI - bilhetes lotéricos e equivalentes”. *Ibidem*.

⁷⁴ “Art. 82. É proibida a hospedagem de criança ou adolescente em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congênere, salvo se autorizado ou acompanhado pelos pais ou responsável”. *Ibidem*.

⁷⁵ Esse tema será melhor abordado em item próprio ainda nesse capítulo.

⁷⁶ Esse julgado será melhor explorado no último capítulo em tópico próprio.

Quanto ao item informação, destaque importante deve ser dado ao papel dos meios de comunicação na formação das crianças e adolescentes. Convém mencionar, que a Convenção sobre o direito da criança, precisamente no artigo 17, exige que o Estado Parte reconheça essa importância, determinando o acesso à informação e materiais que promovam o bem-estar social, espiritual e moral, além da saúde física e mental das crianças. Dentre os incentivos destaca-se a difusão de materiais de interesse social e cultural, produção de livros infantis, cooperação internacional, além da proteção da criança de toda informação e material prejudiciais a seu bem estar e a consideração das necessidades linguísticas das crianças que pertençam a grupos minoritários, como os indígenas.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabelece em seu artigo 220 que é livre “a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação”, e completa no §3º, que cabe à lei federal regular as diversões públicas, bem como garantir que programas ou programações de rádio e televisão não contrariem o artigo 221, ou seja, dar preferência a programas e programações: com finalidades culturais educativas, informativas e artísticas; promover a cultura nacional e regional, estimulando inclusive a produção independente; a produção cultural, artística e jornalística regionalizada com os limites que a lei estabelecer e por fim, respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Percebe-se a preocupação não somente com o acesso à informação, cultura, espetáculos, entre outras atividades afins, mas também com a qualidade do conteúdo e a adequação para cada faixa etária, respeitando assim o desenvolvimento saudável da criança em um aspecto amplo, consubstanciado pela doutrina da proteção integral.

Neste sentido, deve-se entender que as informações publicitárias mercadológicas dirigidas para crianças e adolescentes estão inseridas na programação das emissoras de rádio e de televisão e que, sob estes aspectos devem apresentar conteúdo apropriado em consonância com o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. O que significa afirmar-se que inculcar valores consumistas nas crianças e adolescentes pela via da publicidade mercadológica fere os princípios constitucionais de proteção aos direitos de crianças e adolescentes.⁷⁷

⁷⁷ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese. **Publicidade e consumo precoce**: é possível garantir proteção à criança e ao adolescente pela via da autorregulamentação publicitária no Brasil? In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves;

O artigo 72⁷⁸ deixa claro que a prevenção especial não se esgota na Seção I, Capítulo II, Título III (artigos 74 a 80), sendo esse apenas uma síntese dos princípios adotados no artigo 227 da Constituição Federal. Essa prevenção é de responsabilidade da família, do Estado e da sociedade, de uma maneira geral, mas caberá aos pais decidir quais espetáculos e diversões serão mais adequadas a seus filhos.

No entanto, possível inobservância das normas de prevenção, tanto os pais, quanto qualquer outra pessoa física ou jurídica, ou mesmo ente político, deverão ser responsabilizados nos termos do artigo 73⁷⁹ do Estatuto. Essa inobservância “importa nos crimes e nas infrações administrativas previstas entre os artigos 228 e 258 da parte especial” do Estatuto.⁸⁰

Segundo a redação do artigo 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente, compreende-se que a criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos, além de acesso a produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Com o fim de tornar efetivas essas garantias, o Estado e as demais instituições devem tomar várias precauções dispostas a seguir.

A primeira delas trata da regulamentação das diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que se recomendem, bem como locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada, cabendo essa tarefa ao Poder Público, através de seu órgão competente, artigo 74⁸¹.

Na forma do artigo 21, XVI, da Constituição Federal, compete à União exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão, realizada pelo Ministério da Justiça,

LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 236.

⁷⁸ “Art. 72. As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados”. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁷⁹ “Art. 73. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei”. Ibidem,

⁸⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 164

⁸¹ “Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”. Ibidem.

através da Portaria nº 1.220/2007, sendo que ao responsável por diversão ou espetáculo público, caberá a responsabilidade de afixar em local visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informações sobre a natureza e a faixa etária especificada no certificado de classificação do espetáculo, no artigo 74, parágrafo único, sob pena de multa de três a vinte salários mínimos, aplicando-se o dobro nos casos de reincidência, artigo 252.

O Ministério da Justiça do Brasil, por meio do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação (DEJUS), classificam: filmes, jogos eletrônicos e programas de televisão no Brasil. Atualmente está em vigor a Portaria nº 1.220, de 11 de julho, de 2007, que revogou a Portaria 264/2007. A principal mudança com relação às portarias anteriores diz respeito à extinção de uma classificação prévia do conteúdo de determinado programa pelo Ministério da Justiça, ou seja, com a nova regulamentação cabe às próprias emissoras a incumbência de classificar sua programação, restando ao Ministério da Justiça o papel de verificar se a classificação etária realizada encontra-se de acordo com o conteúdo exibido ou se há necessidade de adequação de determinado programa quanto à idade e horário de transmissão.

Diante de tal conjuntura, é impossível não vislumbrarmos a inquestionável influência da mídia, não só como formadora de opinião de seus telespectadores, bem como, nesse caso, atuando na mobilização de diversos setores sociais contras os “excessos” da Portaria nº 264, a tal ponto de provocar a edição de uma portaria mais branda referente à classificação indicativa.⁸²

Os programas com apresentação ao vivo são dispensados de classificação, mas o titular da empresa, apresentador e equipe de produção serão responsabilizados em caso de transgressão das normas. Nos filmes, as embalagens terão que trazer a classificação de permissão à faixa etária em local de fácil visualização. Os filmes deverão ser enviados quinze dias antes da comercialização, veiculação ou locação para classificação no Ministério da Justiça.

O artigo 75⁸³ autoriza que todas as crianças ou adolescentes tenham acesso às diversões e espetáculos desde que esses estejam adequados a sua

⁸² VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 168

⁸³ “Art. 75. Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária. Parágrafo único. As crianças menores de dez

faixa etária, no entanto, é dever dos responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos não permitir o ingresso e a permanência de crianças menores de dez anos nos locais de apresentação ou exibição, quando desacompanhadas dos pais ou responsáveis.

Apesar da decisão do que é permitido ou proibido assistir estar nas mãos da família, recaindo essa decisão principalmente aos pais, o legislador deixou claro, a necessidade de providenciar antes da apresentação, exibição ou transmissão de espetáculos, o aviso de sua classificação, artigo 76, parágrafo único⁸⁴, pois o conhecimento prévio da classificação indicativa é pressuposto para o exercício do poder familiar (artigo 18, parágrafo único, I, Portaria nº 1220/2007).

Também a Constituição Federal de 1988 traçou as diretrizes fundamentais acerca da programação televisiva em seu artigo 221⁸⁵. Em que pese às disposições relativas à cultura regional e (regionalização), o legislador constituinte impôs de maneira cristalina um limite à produção televisiva: o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, estabelecendo ainda um norte a ser seguido: a “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”.

Cumprir verificar, ainda, que tal dispositivo não se trata de mais uma “norma programática”, haja vista a proteção expressa que lhe confere o artigo 220, § 3º⁸⁶ da Constituição da República. Da leitura do artigo

anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável”. Ibidem.

⁸⁴ “Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição”. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁸⁵ “Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. Ibidem.

⁸⁶ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 3º. Compete à lei federal: I – regular as disposições e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendam, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada. II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio

mencionado, resta evidente que qualquer argumento que vise defender um direito irrestrito à liberdade de comunicação constitui-se em uma falácia.

Os artigos 21, inciso XVI⁸⁷ e 220, § 3º, I,⁸⁸ da Constituição Federal combinados com os artigos 74⁸⁹ e 254⁹⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente, impõem mecanismos de controle dessas programações televisivas por parte do Estado, um dos três “pilares” da proteção integral de crianças e adolescentes, até porque as emissoras de televisão são concessionárias do Poder Público, ou seja, é esse quem cede espaço para aquelas exercerem a comunicação social e transmitirem suas imagens para toda a sociedade.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, na contramão da defesa dos direitos da criança e do adolescente, declarou a inconstitucionalidade do artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2404, do ano de 2001, promovida pelo partido PTB (Partido Trabalhista Brasileiro), questionava o trecho do artigo que diz “em horário diverso do autorizado”, que deve ser lido em conjunto com a classificação indicativa da Portaria 1.220/2007, aduzindo que contraria o texto Constitucional que prevê a liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX; 21, inciso XVI e 220 da Constituição Federal). Ainda, sustenta o PTB, que a competência da União estaria limitada à classificação para efeito indicativo de diversões públicas e programas de rádio e televisão. Que o parágrafo 3º do artigo 220 não autorizaria fixar horários de transmissão de espetáculos.⁹¹

ambiente. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

⁸⁷ “Art. 21. Compete à União: XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;” Ibidem.

⁸⁸ “Art. 220 [...] §3º, I – regular as disposições e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendam, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”. Ibidem.

⁸⁹ “Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”. Ibidem.

⁹⁰ “Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo **em horário diverso do autorizado** ou sem aviso de sua classificação: Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”. (grifo nosso). Ibidem.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Site do STF**. Notícias STF. Inconstitucional sanção a emissora por programa fora do horário indicativo, decide STF. 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324287>>. Acesso em: 01 mar. 2016

Vários defensores do direito da criança e do adolescente insurgiram-se contra a ADI 2404. Entre eles podemos citar: o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), e várias entidades da sociedade civil organizada. Campanhas foram lançadas para mobilização da sociedade, como: “Programa de adulto em horário adulto” e a petição online lançada em parceria com a Avaaz “STF: Proteja a infância, não derrube a Classificação Indicativa”. No entanto, infelizmente o Supremo Tribunal Federal, no dia 31.08.2016, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo questionado, deixando as empresas livres para seguir ou não o horário da indicação classificativa.

O julgamento foi realizado no dia 31 de agosto de 2016, e seguiu o entendimento de que a Constituição Federal apenas estabelece classificação indicativa para colaborar com as famílias e responsáveis, que a competência da União é meramente classificatória e não sancionatória.⁹²

Já se sabe que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o da liberdade de expressão. Apesar de sempre gerar certa polêmica quando se fala em limites para liberdade de expressão, esses limites existem sim, e ainda, não deve a liberdade ser superior à garantia da proteção integral da criança e do adolescente, também prevista constitucionalmente. A classificação indicativa não proíbe a veiculação do programa, indica apenas o horário adequado, assim a restrição seria mínima.

A liberdade de expressão e comunicação que são assegurados pela Constituição Federal têm o dever de observar os princípios do artigo 221. Esse tema gera muito debate, pois, “disseminou-se no imaginário das pessoas que a liberdade de expressão e de comunicação não deve sofrer interferências estatais, independentemente do meio em que sejam veiculadas as ideias ou informações, sob pena de se atentar contra a democracia”. As crianças e adolescentes têm direito à proteção integral, e os meios de comunicação, pela atividade pública que exercem, têm grande influência na formação moral e psíquica da população infanto-juvenil. Exposição à violência desmedida, incentivar o consumismo, divulgar modelos comportamentais que antecipem as fases de desenvolvimento, mensagens aterrorizantes, instigar a discriminação, afrontam o

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Site do STF*. Notícias STF. Inconstitucional sanção a emissora por programa fora do horário indicativo, decide STF. 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324287>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

desenvolvimento saudável e não devem estar acobertados pelo manto da liberdade de expressão.⁹³

Infelizmente a televisão, principal meio de comunicação, desrespeita tanto o que está prescrito no artigo 221, CF/88, quanto o que preconiza o artigo 76, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que está a toda hora sendo infringido, principalmente pelas emissoras de TV que apresentam em horário impróprio programação de cunho nada educativo.

Não é sem sentido, portanto, a previsão do artigo 76, do Estatuto da Criança e do Adolescente ao determinar que as emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário destinado ao público infantojuvenil, programas que tenham a finalidade educativa, artística, cultural e informativa, exigindo-se que as exibições sejam precedidas do aviso de classificação. Tal medida visa a prevenir situações que se mostram recorrentes, como a divulgação de conteúdo erotizado na televisão, cenas de violência intrafamiliar, comportamentos agressivos e de banalização das relações humanas, temas que, apesar de serem recorrentes na realidade, não carecem ser ainda mais difundidos, naturalizando algumas condutas que são contrárias aos direitos fundamentais.⁹⁴

Note-se que a Constituição Federal estabelece competência de lei federal para "estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão", artigo 220, §3º, II.

Essa defesa, ao menos no plano judicial, já conta com supedâneo infraconstitucional: a Lei nº 7.347/85 prevê ação civil pública para proteção de relevantes interesses metaindividuais, tanto aqueles já nominados, cite-se meio ambiente, consumidores, ordem econômica, ordem urbanística, como outros interesses coletivos e difusos (art. 1º, IV da Lei nº 7.347/85), nesta

⁹³ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da. O acesso à cultura, informação e entretenimento e as medidas de prevenção previstas no estatuto da criança e do adolescente. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, jan. 2009. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p299>>. Acesso em: 19 jan. 2017. doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2009v30n59p299>. p. 299-326.

⁹⁴ Ibidem. p. 299-326.

última rubrica encaixa-se a possibilidade de tutela dos interesses difusos da população em geral, em face de afronta aos princípios regedores da programação televisiva.

Quanto ao público infanto-juvenil, a Lei nº 8.069/1990 de igual modo prevê a ação civil pública, a qual pode ser interposta pelo Ministério Público, entes políticos e associações para apuração de “responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente referentes ao não oferecimento ou oferta irregular de certos benefícios nominados”, conforme artigo 208 e incisos, “sem exclusão de outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei”, artigo 208, parágrafo único.

Essa expectativa jurídica não enseja na impossibilidade de propositura de outras ações, artigo 212⁹⁵, caput, inclusive uma de cunho mandamental, pelo rito do mandado de segurança: “Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança”.

Trata-se, como podemos perceber, de uma área repleta de dispositivos de caráter cogente, em condições de produzirem efeitos tanto na esfera do controle administrativo quanto na instância judicial. Sendo a exploração da radiodifusão de sons e imagens um segmento empresarial claramente regrado por diretrizes cogentes, fixadas na Constituição Federal e na legislação ordinária, sendo da competência do Estado o exercício de controle e fiscalização da atividade, verifica-se a configuração de um direito subjetivo público em face desse mesmo Estado, ou, no mínimo, de um interesse difuso a que a programação oferecida atenda a um padrão básico de qualidade. Tendo em vista que o enquadramento da espécie como direito subjetivo público poderia porventura encontrar resistência no fato de a televisão comercial configurar atividade concedida à iniciativa privada, parece mais adequado enquadrar o valor em causa na categoria dos

⁹⁵ “Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes. § 1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil. § 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança”. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em 20 jan. 2017..

interesses difusos, que hoje já dispõem de conceito legal: "os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato" (art. 81, I, da Lei n. 8.078/90, aplicável às ações da Lei n.º 7.347/1985, mercê da extensão propiciada pelo art. 117 daquela Lei n. 8.078/1990). Com efeito, os telespectadores formam uma coletividade expandida, difusa, de sujeitos indeterminados, unidos entre si apenas pela circunstância fática de possuírem, por exemplo, um aparelho receptor de TV, e assim terem acesso à programação ofertada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe expressamente a venda dos seguintes bens e/ou prestação de serviços à criança e ao adolescente:

- a) armas, munições e explosivos (art. 81, D);
- b) bebidas alcoólicas (art. 81, II);
- c) produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida (art. 81, III);
- d) fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida (art. 81, IV);
- e) revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado (art. 81, V c/c art. 78);
- f) bilhetes lotéricos e equivalentes (art. 81, VI);
- g) hospedagem em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congêneres sem autorização ou desacompanhados dos pais ou responsável.

Apesar de conhecido os malefícios causados pelo uso indiscriminado de bebida alcoólica, esse produto pode ser encontrado e comercializado em locais mais diversos, inclusive em supermercados e na própria residência da criança e do adolescente. O legislador preocupado com esse fácil acesso à bebida alcoólica de crianças e adolescentes, resolver punir não só a venda, mas o simples "fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente", artigo 243, do Estatuto, qualquer produto que cause dependência química ou psíquica, aqui incluindo a bebida alcoólica que deve ser considerada droga lícita, art. 81, II e III, também do Estatuto.

Além de pretender dificultar o acesso a produtos nocivos ao desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, o legislador também fez questão de restringir a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas,

agrotóxicos, medicamentos e terapias, artigo 220, §4⁹⁶, Constituição Federal.

Como a Constituição “exigiu” a criação de lei federal para disciplinar o tema, foi editada a Lei 9.294 de 15 de julho de 1996. No que se refere às crianças e adolescente, o legislador preocupou-se em vetar a sua participação em comerciais e proibir a venda para menores de dezoito anos, dos produtos fumígenos e similares, nos artigos 3º e 3º-A.⁹⁷

Quanto à bebida alcoólica, a lei, no artigo 4⁹⁸, restringe a publicidade pelo horário que será veiculado, claramente para proteção da criança e do adolescente.

Porém, a Lei 9.294/1996, no artigo 1º, parágrafo único⁹⁹, classifica como bebida alcoólica somente as com teor alcoólico superior a 13% (treze por cento), como é o caso da maioria dos destilados, deixando a maioria das cervejas de fora da restrição da publicidade.

A indústria não mede esforços e nem recursos financeiros para seduzir o seu público a consumir seus produtos. Especificamente a publicidade de cerveja é altamente sedutora atingindo preferencialmente os adolescentes e jovens, e está diretamente relacionada com o aumento do

⁹⁶ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

⁹⁷ “Art. 3º É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2o, 3o e 4o deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo. VI – não incluir a participação de crianças ou adolescentes Art. 3o-A Quanto aos produtos referidos no art. 2o desta Lei, são proibidos: IX – a venda a menores de dezoito anos.” Ibidem.

⁹⁸ “Art. 4º Somente será permitida a propaganda comercial de bebidas alcoólicas nas emissoras de rádio e televisão entre as vinte e uma e às seis horas.” BRASIL. Lei nº 9294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁹⁹ “Art. 1º, parágrafo único. Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac”. BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. **Resolução 163**. Disponível em: <http://www.sinaprosp.org.br/visualizar_noticia.php?id_noticia=1678>. Acesso em: 20 jan. 2017

consumo. Diante desse fato, esta tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 564/2015, proposto pelo Deputado Vanderlei Macris (PSDB-SP) que visa diminuir o grau de concentração Gay-Lussac, considerando para todos os efeitos legais, bebida alcoólica, aquela cujo teor de álcool superior a meio grau Gay-Lussac, assim, incluindo as cervejas.

Infelizmente muitas vezes a prevenção é mitigada por uma série de razões que não priorizam a doutrina da proteção integral, não priorizam a criança e o adolescente. Essas mitigações ocorrem por uma série de fatores entre elas destacam-se as razões econômicas e a forte cultura da sociedade patriarcal de nossa sociedade, e ocorre em diversos campos, seja na família, na sociedade, no Estado. Passados muitos anos da promulgação do Estatuto, alguns tropeços ainda são dados, mas como visto, muito se tem avançado. Em matéria de prevenção destacamos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça para restringir a publicidade infantil, a Lei 13.106/2015 que criminaliza o fornecimento de bebidas alcoólicas à criança ou adolescente, a Lei 13.010/2014 que visa à educação sem violência.

1.3 O CONTROLE DA PUBLICIDADE¹⁰⁰ NO BRASIL

Na atual sociedade, com a massificação das informações pelos meios de comunicação, tanto o rádio na década de 1920, quanto o televisivo a partir da década de 1940, a publicidade, além de informar, adquire um novo formato, o da persuasão, do convencimento do consumidor.¹⁰¹ Após a Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento exponencial da indústria e dos meios de comunicação, a publicidade destaca-se como a principal “ferramenta para a dinâmica do mercado e para competição dos agentes econômicos”.¹⁰² No Brasil a publicidade é protegida constitucionalmente, fundamentada na liberdade de expressão; no entanto, seu exercício não é de forma alguma ilimitado, sendo inclusive restringida pela própria Constituição Federal.¹⁰³

Existem três sistemas de controle da publicidade em geral, o sistema estatal, o sistema autorregulamentar ou particular e o sistema misto. Um sistema de controle de publicidade é considerado estatal, quando somente o Estado pode ditar as regras e implantá-las, sendo que os envolvidos com a

¹⁰⁰ O termo publicidade ganha conceitos diversos na lei e deverá ser melhor abordado no capítulo 2.

¹⁰¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 27

¹⁰² *Ibidem*. p. 3

¹⁰³ *Ibidem*. p. 3

atividade não participam. Exclusivamente privado, particular ou também chamado de autorregulamentar, é assim definido, pois., ao contrário do primeiro, somente quem participa são os particulares envolvidos. Já o sistema misto, aceita e até incentiva as formas de controle estatal e autorregulamentar.

Muito se discute sobre a intervenção estatal na regulamentação da publicidade, onde o argumento principal para a não intervenção é a de que o mercado tem a capacidade de corrigir-se sozinho, por seus próprios meios. Nos raros casos em que a autorregulamentação fosse insuficiente, poderia o consumidor ir até o tribunal, sem qualquer participação do Estado.¹⁰⁴

Em um sistema exclusivamente privado, surgem alguns questionamento apresentados por Benjamim como os de que as “regras de autorregulamentação não são normas jurídicas”, ainda que regras “não vinculam todos os operadores”, apenas os que se vinculam voluntariamente. Ainda, que o sistema privado carece da autoridade que emana do Estado, sua força é meramente contratual, “inferior à do modelo público”.¹⁰⁵

O sistema misto parece ser a escolha feita no Brasil, conforme a maioria dos doutrinadores ¹⁰⁶, o sistema de controle de publicidade realizado no Brasil é realizado tanto pelos agentes privados através da autorregulamentação, quanto pelo Estado.

Para Benjamin, a opção pelo sistema misto foi a opção do Código de Defesa do Consumidor que, além de anuir a intervenção Estatal, também reconhece as normas instituídas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – CBAP.¹⁰⁷ Para o referido autor, o sistema misto é o ideal, pois abre espaço para que o Estado, seja através da administração público ou através do judiciário, realize tal controle, além dos organismos autorregulamentares.¹⁰⁸

¹⁰⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al (org.). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I. p. 318-319

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 318-319.

¹⁰⁶ Nesse sentido: Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim, Bruno Miragem, Claudia Marques, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, dentre outros. Em sentido contrário destaca-se Adalberto Pasqualotto que aduz que a partir do CDC a regulamentação da publicidade passou a ser exclusivamente estatal, não deixando margem para autorregulamentação. PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 69.

¹⁰⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *op. cit.* p. 320.

¹⁰⁸ *Ibidem*. p. 253.

1.3.1 O controle estatal da publicidade

O controle estatal da publicidade no Brasil pode ser realizado tanto pelo controle administrativo quanto pelo judicial. No controle judicial pode-se destacar o âmbito cível, que como consumidor, terá a proteção dos direitos garantidos no Código de Defesa do Consumidor, pelo controle da publicidade enganosa ou abusiva, e ainda no âmbito penal, através do Ministério Público, representante da coletividade na busca pela defesa dos direitos também nos termos do Código de Defesa do Consumidor.¹⁰⁹

Além das esferas judiciais, no âmbito cível ou penal, o consumidor tem um terceiro mecanismo à disposição para sua proteção no que se refere à publicidade, a aplicação das penalidades administrativas. Nesse sentido, cabe ao Poder Público, em seus mais diversos níveis e especializações, defender os direitos da população em geral, conferidos pelo Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁰ Ainda como controle administrativo, deve-se citar o controle autorregulamentar, realizado pelo CONAR, que será visto em um subitem separado para fins didáticos.

1.3.1.1 O controle judicial

A atividade da publicidade envolve a agência de publicidade, o veículo de comunicação e o principal responsável, o fornecedor-anunciante. A agência de publicidade ou agência de propaganda “é a empresa ou pessoa responsável em planejar, criar e distribuir a publicidade”. O veículo de comunicação “são os meios colocados à disposição do anunciante para divulgar a publicidade”. São conhecidos como mídia, e dividem-se em: mídia impressa (jornais, revistas e outdoor), mídia eletrônica (televisão, rádio e cinema) e mídia interativa (Internet). Por fim, o fornecedor-anunciante, que é a “empresa interessada em promover a venda de seu produto ou serviço”.¹¹¹

Uma das questões que preocupou o legislador foi a “extensão da responsabilidade dos sujeitos envolvidos na concepção, realização e

¹⁰⁹ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 100-106.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 108

¹¹¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 30-31

divulgação do anúncio publicitário”, como se verifica nos artigos 38¹¹² e 60, §1^{o113}, do Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁴

O fornecedor-anunciante sempre responde de forma objetiva pelo dano ocasionado. Igualmente responde às agências e veículos quando respondem pelos seus próprios serviços. No entanto, há divergência doutrinária acerca da responsabilidade de cada um, quando há “diferentes sujeitos envolvidos no processo de criação e difusão”. Segundo posição doutrinária de Fábio Ulhoa, fundamentando com artigo 38, CDC, é que “caberia apenas ao fornecedor-anunciante, e somente a ele, a responsabilidade pelos danos decorrentes da publicidade ilícita”.¹¹⁵

A segunda posição doutrinária, de Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, é a de que “as agências, os veículos e celebridades responderiam nos termos do direito comum”, não objetivamente, mas subjetivamente, indenizando os consumidores somente nos casos que “sua ação ou omissão, negligência ou imprudência, sobreviessem danos aos consumidores”.¹¹⁶

A terceira posição, da qual defende Scartezzini Guimarães, é que a responsabilidade da agência e do veículo, assim como o fornecedor-anunciante, é objetiva. O doutrinador reforça sua posição com o artigo 7º, parágrafo único, CDC, combinado com art. 25, caput e § 1º do CDC.¹¹⁷

Não obstante as divergências da doutrina, importa destacar que o consumidor tem a possibilidade de buscar judicialmente, indenização patrimonial moral pelos danos que tiver sofrido. Ainda, quando estiver em jogo o interesse de crianças e adolescentes, consubstanciado pelo princípio da prioridade absoluta, no que diz respeito à indisponibilidade dos direitos, o Ministério Público quando não for parte, obrigatoriamente deverá atuar na

¹¹² “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. . BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹¹³ “Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator. § 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva”. *Ibidem*.

¹¹⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 179

¹¹⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 299-300.

¹¹⁶ *Ibidem*. p.301.

¹¹⁷ *Ibidem*. p.301.

“proteção e defesa dos direitos e interesses individuais, coletivos ou difusos da criança e do adolescente como *custos legis*”¹¹⁸

O Código de Defesa do Consumidor deu maior ênfase à proteção coletiva do que a esfera individual. Na tutela individual deverão ser observados os dispositivos processuais do próprio Código de Defesa do Consumidor, como também no que couber o Código de Processo Civil. Já na tutela dos interesses coletivos, aqui reunindo tanto os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além do Código de Defesa do Consumidor, deverá ser utilizado em conjunto os dispositivos constantes na Lei da Ação Civil Pública.¹¹⁹

Para além do âmbito civil, o controle da publicidade no âmbito penal, constante no Código de Defesa do Consumidor, é realizado pelo Ministério Público. Os crimes estão tipificados nos artigos 67 a 69, quais sejam: fazer ou promover publicidade enganosa ou abusiva; fazer ou promover publicidade que seja capaz de induzir o consumidor a comportamento prejudicial à sua saúde ou segurança; deixar de organizar dados fáticos, técnicos ou científicos, que são bases da publicidade.

1.3.1.2 O controle administrativo estatal

Como já mencionado, o controle administrativo da publicidade em âmbito estatal, é realizado pelo Poder Público, assim também cabe à administração pública controlar e punir a publicidade enganosa e abusiva. No artigo 56 do Código de defesa do Consumidor, estão previstas as sanções administrativas, quais sejam, pena de multa e contrapropaganda, que podem ser aplicadas isoladas ou cumuladas.¹²⁰

Na esfera administrativa estatal o responsável pelos procedimentos administrativos, em nível federal, que darão efetividade às aplicações das sanções de multa e contrapropaganda, está definido no artigo 3º, X do Decreto 2.181, de 20.03.1997. Esse dispositivo aduz que compete à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça a coordenação de toda política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, sendo responsável pela fiscalização e aplicação das sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor. As aplicações de sanções referentes à publicidade enganosa ou abusiva caberão, assim, preferencialmente ao SENACON, órgão que atualmente coordena o Sistema Nacional de Defesa

¹¹⁸ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 103.

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 103-104.

¹²⁰ *Ibidem*. p. 108-109.

do Consumidor, que deverão seguir os termos do artigo 19¹²¹ do Decreto acima mencionado.¹²²

A contrapropaganda está prevista no artigo 56, inciso XII, do Código de Defesa do Consumidor que, além de sanção administrativa, também poderá ser utilizada na esfera judicial, que deverá ser custeada pelo anunciante, nos mesmos moldes da publicidade enganosa ou abusiva, isto é, mesmo veículo, mesmo tempo, horário, etc.

Henriques destaca que os anunciantes temem a contrapropaganda, por ter comprovada eficácia. No entanto, para fins de publicidade abusiva e enganosa que tem como destinatário criança ou adolescente, essa sanção não se mostra útil em reparar os danos ocasionados pela publicidade ilícita.¹²³

Apesar de todos os instrumentos e normas disponíveis, não há uma real atuação dos órgãos responsáveis no controle administrativo da publicidade ilícita. Entre 2002 a 2013 constam apenas onze intervenções do SENACON ou DPDC, mostrando assim a omissão e falta de efetividade¹²⁴ do controle administrativo federal.¹²⁵

Como controle administrativo estatal, também se destaca a Procuradoria de Defesa do Consumidor, mais conhecida como PROCON, fundação organizacional que media conflitos entre consumidores e

¹²¹ “Art. 19. Toda pessoa física ou jurídica que fizer ou promover publicidade enganosa ou abusiva ficará sujeita à pena de multa, cumulada com aquelas previstas no artigo anterior, sem prejuízo da competência de outros órgãos administrativos. Parágrafo único. Incide também nas penas deste artigo o fornecedor que: a) deixar de organizar ou negar aos legítimos interessados os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária; b) veicular publicidade de forma que o consumidor não possa, fácil e imediatamente, identificá-la como tal.” BRASIL. Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 mar. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017

¹²² PASQUALOTTO, Adalberto. AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto Azambuja. **A comédia da publicidade**: entre a sátira e o politicamente correto. In: Revista de Direito do Consumidor, ano 23, volume 96, Nov/Dez 2014. p. 101.

¹²³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 109-110

¹²⁴ Pasqualotto utiliza os termos omissão e falta de efetividade não somente para a esfera administrativa, mas também para esfera judicial, onde em pesquisa realizada no STJ, tanto na esfera civil quanto penal, o resultado foi de números poucos expressivos de julgados, considerando que o CDC está em vigor vinte e cinco anos. PASQUALOTTO, Adalberto. AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto Azambuja. Op. cit. p. 101.

¹²⁵ *Ibidem*. p. 101.

fornecedores, presentes em todos os Estados do Brasil, além de estar em vários municípios,. Em se tratando de publicidade ilícita, o consumidor lesado, pode denunciar ao PROCON mais próximo, antes de adentrar na esfera judicial.

Segundo Martinez, além da função preventiva, o PROCON, atua diante das reclamações individuais dos consumidores, por meio de procedimento conciliatório. Tem autoridade pública para aplicar sanções administrativas, nos casos de conflitos individuais, como impor publicidade corretiva além das pecuniárias. Tem legitimidade para propor ação coletiva, no entanto, não tem legitimidade para suspender a publicidade, mesmo as que violam o CDC, devendo destinar tal ação, ao poder judiciário.¹²⁶

1.3.2 O controle particular da publicidade¹²⁷

Além do controle estatal no Brasil, desde 1978 existe o controle autorregulamentar exercido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, que é formado por publicitários e profissionais da área, sendo enquadrado como uma entidade não-governamental, mantida por particulares. Esse controle tem como principal dispositivo o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – CBAP, aprovado no III Congresso Brasileiro de Propaganda.¹²⁸

O CONAR surge no momento em que o governo federal buscava criar “um sistema de censura prévia à publicidade”. Diante dessa ameaça, os profissionais do mercado publicitário resolveram implantar o sistema de autorregulamentação publicitária, para preservar os interesses dos profissionais mantendo a liberdade de expressão comercial, e dos consumidores através da defesa da ética na publicidade.¹²⁹

Esse conselho possui um código, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – CBAP, editado em 5 de maio de 1980, aprovado no III Congresso Brasileiro de Propaganda¹³⁰, um Regimento interno onde delimita todo o processo e julgamento das causas pelo

¹²⁶ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo & propedêutica do controle**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 186-189.

¹²⁷As informações sobre o CONAR foram obtidas em seu site, disponível em <http://www.conar.org.br/>, acessado no período de maio de 2016 a janeiro de 2017.

¹²⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 41.

¹²⁹ *Ibidem*. p. 41

¹³⁰ *Ibidem*. p. 41.

Conselho de Ética, que chegam através do CONAR. Também possuem seu rito processual, em que se autodenominam de eficiente e rápido, e suas súmulas, nos mesmos moldes das súmulas do judiciário, só que aqui, são aprovadas pelo Plenário do Conselho de Ética, ratificando as jurisprudências pacificadas.

As normas existentes no CBAP estão em perfeita harmonia com o CDC, e servem inclusive de “subsídios para o aplicador do direito, devido à completude e extensão do seu conteúdo em matéria publicitária (são 50 artigos e 20 anexos)”. Outra importância que ressalta Dias é a “agilidade de suas decisões”. No entanto, como se trata de controle particular, as decisões do CONAR não obrigam “todos os agentes do mercado” por carecer do “poder de polícia” exercido exclusivamente pelo Estado. Assim, a autorregulamentação mostra-se frágil para a “efetiva defesa dos consumidores”, não deixando dúvidas de que o sistema misto, adotado pelo Brasil após o CDC, é o mais eficaz.¹³¹

Em seu site na internet, o CONAR se auto-intitula ‘rápido inimigo do excesso de formalismo’ – em óbvia, porém sutil referência às notórias lentidão e burocracia do Poder Judiciário. Porém o CONAR é uma instituição criada e gerida por anunciantes, agências publicitárias e meios de comunicação, muitas vezes esses sujeitos da publicidade, mediante o argumento de haver violação aos direitos do consumidor em determinada publicidade, acirram sua concorrência em brigas cuja finalidade precípua não é a defesa do consumidor, mas a retirada de veiculação da publicidade do concorrente.¹³²

Será realizado a seguir um estudo pormenorizado dos principais artigos do CBAP, que devem ser respeitados por todos que estiverem envolvidos na atividade e no processo publicitário. Primeiramente destaca-se que as regras contidas no código, apesar de serem instrumentos de autodisciplina, conforme artigo 16¹³³, poderão ser utilizadas como fonte

¹³¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 43

¹³² HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 114

¹³³ “Art. 16, CBAP: Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam

subsidiária da legislação atual, quando demandas envolvendo publicidade chegarem até o Poder Judiciário.

O CBAP considera anúncio qualquer espécie de publicidade, e sua primeira regra é que todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro. Para ser honesto o anúncio, conforme artigo 23¹³⁴, não pode abusar da confiança do consumidor. Por outro lado, para ser verdadeiro deve apresentar características e dados reais, destacando-se os aspectos enumerados pelo artigo 27¹³⁵ como: descrição, não conter informações que levem o consumidor ao engano, deixar claro o valor, preço e condições do produto, somente utilizar a palavra “grátis” quando realmente o produto não tiver nenhum custo, cuidado em utilizar as expressões vendedoras (“direto do fabricante”, “preço de custo”, etc.), utilizar vernáculo gramaticalmente correto e zelar pela pronúncia correta da língua portuguesa, cuidados em utilizar pesquisa e estatísticas (identificáveis e não levar o consumidor a falsas conclusões). Quanto às informações científicas, só poderão ser utilizadas as informações pertinentes e defensáveis. Por fim, depoimentos testemunhais serão permitidos, devendo poder ser comprovado, sem induzir a erro o consumidor, não sendo possível utilização de sócias.

O Código ainda cuida da identificação publicitária, artigo 28¹³⁶, condenando as chamadas os efeitos “subliminares” sem se ocupar com a chamada “propaganda subliminar”, no artigo 29¹³⁷. Aceita a publicidade comparativa, desde que respeite certos princípios e limites elencados no artigo 32¹³⁸. Tem ainda preocupação especial no que diz respeito com a

afetadas pelo anúncio.” CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 03 fev. 2017

¹³⁴ “Art. 23. Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade.” *Ibidem*.

¹³⁵ “Art. 27. O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção.” *Ibidem*.

¹³⁶ “Art. 28. O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.” *Ibidem*.

¹³⁷ “Art. 29 - Este Código não se ocupa da chamada “propaganda subliminar”, por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente incontestada. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos “subliminares” em publicidade ou propaganda. Parágrafo único - Este Código encoraja os Veículos de Comunicação a adotarem medidas ao seu alcance destinadas a facilitar a apreensão da natureza publicitária da ação de “merchandising”. *Ibidem*.

¹³⁸“a) seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor; b) tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o

segurança e acidentes, condenando os anúncios que manifestem descaso a itens especificados no artigo 33¹³⁹. O código preocupou-se em proteger a intimidade das pessoas, artigo 34, principalmente quando o anúncio desrespeitar à dignidade da pessoa humana e à instituição familiar, Outro tema pertinente, é a preocupação com a poluição e a ecologia, visando à proteção do meio ambiente, artigo 36.

Na Seção 11, trata das crianças e jovens, e seguem os mesmos parâmetros do Estatuto da Criança e Adolescente, considerando criança as pessoas com até doze anos incompletos e adolescente até dezoito anos de idade. Destaca-se do artigo 37 ¹⁴⁰do Código, a afirmação que “nenhum anúncio dirigirá apelo imperativos de consumo diretamente à criança”. Essa imposição faz lembrar de campanhas publicitárias como a do chocolate Baton, da década de 1980, que repetia como um mantra a frase “compre baton, compre baton” e da bicicleta Caloi, do final da década de 1970, cujo slogan era “não esqueça da minha caloi”.

O Código de autorregulamentação é mais específico do que o CDC, contendo uma lista de abstenções que dá publicidade para este público, conforme art. 37, inciso I¹⁴¹. No artigo 37, inciso II¹⁴².traz uma lista do que o anúncio veiculado ao público infante-juvenil deve conter.

Consumidor; c) a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação; d) em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser e) caracterizado; não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes; f) não se caracterize concorrência desleal, denegrimto à imagem do produto ou à marca de outra empresa; g) não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros; h) quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.” CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

¹³⁹“a) manifestem descaso pela segurança, sobretudo quando neles figurarem jovens e crianças ou quando a estes for endereçada a mensagem; b) estimulem o uso perigoso do produto oferecido; c) deixem de mencionar cuidados especiais para a prevenção de acidentes, quando tais cuidados forem essenciais ao uso do produto; e) deixem de mencionar a responsabilidade de terceiros, quando tal menção for essencial; f) deixem de especificar cuidados especiais no tocante ao uso do produto por crianças, velhos e pessoas doentes, caso tais cuidados sejam essenciais.” Ibidem.

¹⁴⁰“Art. 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança.” Ibidem.

¹⁴¹“Art. 37 [...] I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação a segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de: a) desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente; b) provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto; c) associar crianças e

Em março de 2013, já pressionados pela sociedade civil organizada, o CONAR determina novas regras para publicidade infantil, incluindo mais três incisos no artigo 37¹⁴³, condenando assim a prática de merchandising para as crianças, a chamada publicidade indireta, seja em programas infantis ou mesmo em programas para adolescentes e adultos.

Ainda no artigo 37, em seu parágrafo 1^o¹⁴⁴, o CBAP preocupou-se com a participação das crianças, proibindo-as de figurar em anúncios de arma de fogo, bebidas alcoólicas, cigarros, fogos de artifícios, loterias e demais itens incompatíveis com a sua condição peculiar. Inclusive,

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”. CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 03 fev. 201.

¹⁴²“Art. 37,II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão: a) procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo; b) respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo; c) dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento; d) obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo; e) abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.” Ibidem.

¹⁴³“Art. 37,III - Este Código condena a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado.IV - Nos conteúdos segmentados, criados, produzidos ou programados especificamente para o público infantil, qualquer que seja o veículo utilizado, a publicidade de produtos e serviços destinados exclusivamente a esse público estará restrita aos intervalos e espaços comerciais.V – Para a avaliação da conformidade das ações de merchandising ou publicidade indireta contratada ao disposto nesta Seção, levar-se-á em consideração que: a) o público-alvo a que elas são dirigidas seja adulto; b) o produto ou serviço não seja anunciado objetivando seu consumo por crianças; c) a linguagem, imagens, sons e outros artifícios nelas presentes sejam destituídos da finalidade de despertar a curiosidade ou a atenção das crianças.” Ibidem,

¹⁴⁴ “Art. 37,Parágrafo 1ºCrianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição, tais como armas de fogo, bebidas alcoólicas, cigarros, fogos de artifício e loterias, e todos os demais igualmente afetados por restrição legal”. CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

conforme artigo 44, alguns desses itens, pela importância social e econômica, ganham regras específicas, chamadas de Anexos.

Ganha destaque para esse estudo, o Anexo H, que trata de alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas, como por exemplo os achocolatados, independentemente do público almejado, sem excluir demais exigências das legislações específicas, preocupando-se assim em manter um diálogo com as normas legais. No item 2¹⁴⁵ do referido anexo, o código protege de forma mais incisiva os anúncios desses produtos quando destinados à criança, inclusive adotando interpretação mais restritiva do código nesses casos.

Nesse mesmo sentido, quando qualquer outro produto anunciado for destinado ao consumo de crianças e adolescentes, as restrições técnicas e éticas recomendadas pelo código também deverão ser interpretadas da forma mais restritiva possível, conforme parágrafo 2^{o146} do artigo 37. Essa regra está em total consonância com os princípios que norteiam o direito da criança e do adolescente, entendendo que, pela condição peculiar em que se encontra esse público, é merecedor de maior e melhor proteção.

No capítulo IV, o código observa que caberá ao anunciante, a sua agência e ao veículo, a responsabilização pelo anúncio, sendo que a reponsabilidade total deverá recair somente ao anunciante. No capítulo V, estão elencadas as penalidades que os infratores estarão submetidos, começando pela advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendação ao veículo para sustar a divulgação e por último a divulgação da posição do CONAR frente aos envolvidos infratores, em face ao não cumprimento das medidas anteriores. Isso é, não há uma medida específica, confirmando assim, a tese de muitos autores que afirmam a fragilidade das penalidades do CONAR.

1.4 A PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nesse subitem será realizado um estudo de leis, regulamentações, referentes à publicidade, sempre com o foco na publicidade infantil. Convém destacar que o termo publicidade e propaganda, são utilizados pelo

¹⁴⁵ “Anexo H. 2. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis”. *Ibidem*.

¹⁴⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 510.

legislador como sinônimos. No entanto, há diferenças técnicas entre esses termos que serão abordadas no segundo capítulo desse trabalho.

1.4.1 A publicidade na Constituição Federal de 1988

Na atual Constituição brasileira o direito à publicidade não está expresso. Porém, os princípios contidos no art. 170¹⁴⁷ da Constituição, da livre iniciativa e da livre-concorrência, protegem a publicidade. Ainda, a publicidade também ganha proteção vista a partir da liberdade de expressão, também protegida constitucionalmente.¹⁴⁸

Nesse mesmo sentido, Bruno Miragem aduz que “a atividade publicitária é expressão da livre iniciativa econômica”, sendo atividade nuclear para o atual mercado de consumo. Mas o autor alerta, que o debate sobre o fundamento constitucional da publicidade na liberdade de expressão, comporta um menor destaque, “dada a evidente finalidade negocial da publicidade”.¹⁴⁹

Apesar de a publicidade envolver expressão, conceito e ideias dos publicitários e fornecedor que a desenvolve, no seu aspecto formal e informal, “não se pode desconsiderar que a publicidade distingue-se de modo decisivo das demais formas de expressão, sobretudo pela vinculação íntima da atividade publicitária a um fim eminentemente econômico”, não parecendo correto a aproximação entre a publicidade e a liberdade de expressão.¹⁵⁰

¹⁴⁷ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

¹⁴⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p. 37-39.

¹⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Instituto Alana: São Paulo, 2014. p. 6-8.

¹⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.267.

Debate há se a disciplina constitucional da publicidade concentra fundamento na livre iniciativa econômica ou na liberdade de expressão. E é natural que a identificação entre publicidade e a liberdade de expressão seja atraente aos fornecedores no mercado de consumo. Todavia, mesmo admitindo-se um duplo fundamento, em relação à liberdade de expressão, dada a evidente finalidade negocial da publicidade, a relação de identidade merecerá menor destaque.¹⁵¹

Ultrapassando esse debate, e admitindo o duplo fundamento da atividade publicitária, compreendendo que a liberdade de expressão mantém, mesmo que minimamente um ponto de contato com a atividade publicitária, pois também “é veículo, em alguma medida, de atividade intelectual, artística e de comunicação”, há de que se impor alguns limites e proporcionalidade dos critérios que fundamentem esses limites. Limites esses que são encontrados na “proteção a outros direitos e liberdades fundamentais assegurados pela própria Constituição”.¹⁵²

Corroborando com essas limitações Lucia Dias aduz que , fundada na liberdade de expressão, não deve ser entendida de forma ampla, pois a própria Constituição tratou de restringir a publicidade de produtos “prejudiciais à saúde e segurança dos consumidores (art. 220, § 3º) ou cujo uso presume efeitos nocivos”, como os produtos listados no art. 220, § 4º.¹⁵³ Importante destacar, que no caso dos produtos nocivos, além da Constituição, existe lei federal específica e regulamentada, a Lei 9.294/96.¹⁵⁴

Além dos limites legais de proteção de produtos e serviços acima mencionados, há de se evidenciar outros limites reconhecidos constitucionalmente “a partir da proteção a direitos fundamentais que eventualmente possam ser objeto de lesão por parte da própria mensagem

¹⁵¹ *Ibidem*. p. 8.

¹⁵² *Ibidem*. p. 8-11.

¹⁵³ “Art. 220, § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017

¹⁵⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p. 37-39.

publicitária e não dos produtos e serviços objeto aos quais ela se refira”, como a proteção dos consumidores, art. 5º, XXXII¹⁵⁵, e a proteção da criança e do adolescente, art. 227¹⁵⁶, da Constituição Federal.¹⁵⁷

Assim, o fundamento constitucional da atividade publicitária, apesar de não estar expresso, poderá ser extraído de outras normas constitucionais como: liberdade de expressão, art. 5º, IV¹⁵⁸, liberdade de comunicação, art. 5º, IX¹⁵⁹, liberdade de informação jornalística, art. 220¹⁶⁰ e das normas de livre iniciativa, art. 170¹⁶¹. No entanto, como todo direito, não é absoluto, encontrando limites na própria Constituição e em outros direitos fundamentais.

Ainda, a Constituição Federal preocupou-se com o tema publicidade do serviço público em seu artigo 37, § 1º¹⁶², no entanto, essa publicidade

¹⁵⁵ “Art. 5º. XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;” BRASIL. op. cit.

¹⁵⁶ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Ibidem.

¹⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Instituto Alana: São Paulo, 2014. p. 8-13

¹⁵⁸ “Art. 5º”, [...]. IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. [...]” BRASIL. op. cit.

¹⁵⁹ “Art. 5º [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;” Ibidem.

¹⁶⁰ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.” Ibidem.

¹⁶¹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

¹⁶² “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter

não será pormenorizada nesse trabalho, pois o tema refere-se exclusivamente a publicidade em termos comerciais com foco na publicidade infantil.

1.4.2 A publicidade no Código de Defesa do Consumidor

O Código e Defesa do Consumidor preocupou-se com as práticas comerciais, no Capítulo V, destacando que “sua visibilidade, complexidade e mutabilidade – informadoras da sociedade de consumo – representam um desafio extraordinário para o legislador”.¹⁶³ Como as práticas comerciais são extremamente mutantes diante da dinâmica do mercado atual, o Código estabeleceu “regras mínimas”, dando especial atenção à publicidade.¹⁶⁴

A função do Direito ao controlar o marketing é, portanto, a de estabelecer parâmetros mínimos de conduta, respeitando sempre – como o quer a Constituição Federal - a livre iniciativa. É por esse prisma que se deve buscar a compatibilização entre a “defesa do consumidor” e a “liberdade de marketing”. Seria tal objetivo um simples ideal? Acreditamos que não.¹⁶⁵

O legislador primeiramente preocupou-se em conceituar o consumidor, sendo que o conceito geral pode ser extraído do caput, do art.

caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”
Ibidem.

¹⁶³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al (org.). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I. p. 259-260.

¹⁶⁴ Ibidem. p.263-267.

¹⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al (org.). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I. p. 269.

2º¹⁶⁶, e os outros três conceitos complementares retirados no art. 2º, parágrafo único¹⁶⁷, art. 17¹⁶⁸ e art. 29¹⁶⁹.

Santos enumera as atividades que fazem parte do “composto promocional de marketing”, quais sejam: “a venda pessoal, a publicidade, a promoção de vendas, o merchandising e as relações públicas”. Ressalta que a mais importante é a publicidade, tanto que recebeu atenção especial no Código de Defesa do Consumidor.¹⁷⁰

Além da publicidade, constantes nos artigos 30, 35, 36 e 37, o Código de Defesa do Consumidor também cuidou de outros três institutos jurídicos ligados ao marketing, quais sejam, a oferta (art. 31, 32, 33 e 35), informação (art. 30 e 31) e apresentação (art. 31 e 35).¹⁷¹

Para Nunes, “oferta é um veículo, que transmite uma mensagem, que inclui informação e publicidade”. O autor destaca que o conceito de oferta do direito privado não pode ser confundido com esse criado para o Código de Defesa do Consumidor. A nova legislação consumerista é a mais adaptada ao novo tipo de sociedade contemporânea, que é da massificação da produção e prestação de serviço, “que pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e a standardização das relações jurídicas”. Bem diferente portanto, do modelo das relações privadas, que ainda acontecem entre particulares (pessoa x pessoa), que então deverá seguir o atual Código Civil, no artigo 427.¹⁷²

A apresentação é o serviço que o fornecedor presta ao consumidor quando informa os aspectos fundamentais do produto ou serviço. Constitui-se ato obrigatório, caso o fornecedor se abstenha de dar informação sobre

¹⁶⁶ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁶⁷ “Art. 2º [...] Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” *Ibidem*.

¹⁶⁸ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” *Ibidem*.

¹⁶⁹ “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.” *Ibidem*.

¹⁷⁰ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. (Biblioteca do direito do consumidor; v. 14). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.197-200.

¹⁷¹ *Ibidem*. p.134.

¹⁷² NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.p.466-468.

elementos essenciais. Poderá ser tipificado como crime de consumo sofrendo as sanções do artigo 66, caput do CDC. Assim, “a apresentação sempre será qualificada juridicamente como oferta, ou seja, vinculará o fornecedor em todos os seus aspectos”. A apresentação poderá ser realizada “por qualquer espécie de prática de marketing”, até mesmo pela publicidade.¹⁷³

Nunes destaca que há uma diferença entre publicidade e informação, sendo essa mais ampla que a publicidade, conclui o autor que “toda publicidade veicula alguma (algum tipo) de informação, mas nem toda informação é publicidade”.¹⁷⁴

Na visão de Santos, a informação não pode ser conceituada isoladamente, ela equipara-se à apresentação e à publicidade. “A informação é o conteúdo tanto da apresentação e publicidade como das outras técnicas de marketing”.¹⁷⁵

1.4.2.1 Princípios da publicidade

O Código de Defesa do Consumidor é considerado um microsistema que protege o consumidor, com regras e princípios próprios. Além dos princípios gerais do código, como o princípio da vulnerabilidade, o princípio da informação e transparência, o princípio da boa-fé objetiva, princípio da confiança, entre outros, há também os princípios direcionados à publicidade, sempre visando à proteção do consumerista, principalmente contra a publicidade ilícita.

Conforme Benjamin, os princípios gerais adotados pelo código são: princípio da identificação da publicidade, princípio da vinculação contratual da publicidade, o princípio da veracidade da publicidade, o princípio da não abusividade da publicidade, o princípio da inversão do ônus da prova, o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, o princípio da correção do desvio da publicidade, o princípio da lealdade publicitária e o princípio da identificação da publicidade.¹⁷⁶

¹⁷³ SANTOS, Fernando Gherardini. op. cit. p.134-135.

¹⁷⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. op. cit. p.468.

¹⁷⁵ SANTOS, Fernando Gherardini. op. cit. .p.135.

¹⁷⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamim, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 258-260.

Já Miragem identifica como princípios fundamentais da publicidade, o princípio da identificação, o princípio da veracidade e o princípio da vinculação¹⁷⁷, os quais se darão especial atenção nesse trabalho.

2.1.1.1.1 Princípio da identificação

O artigo 36 do Código de defesa do consumidor aduz que “a publicidade deve ser veiculada de tal de forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal”. Para Benjamim, o legislador quis com essa norma traduzir que a publicidade deve ter transparência e ser leal com o consumidor, não aceitando a publicidade clandestina e a publicidade subliminar.¹⁷⁸

Apesar de o princípio ser claro em seu objetivo, habitualmente vê-se a violação através da publicidade dissimulada, subliminar e clandestina. A publicidade dissimulada é aquela que travestida de informação, mais comum na mídia impressa e atualmente vem destacada por um aviso “informe publicitário”. A publicidade subliminar é aquela onde o consumidor é persuadido, manipulado, sobre a qualidade de determinado produto ou serviço e induzido ao consumo. Por fim, a publicidade clandestina é largamente utilizada no Brasil e denominada erroneamente de merchandising. Sua principal característica é o seu caráter de não ostentar que seja publicidade. Para que o merchandising não seja classificado como publicidade dissimulada deve seguir as normas das outras espécies de publicidade, inclusive o artigo 10, do CBAP reforça: “em especial da ostensividade e da identificação publicitária”.¹⁷⁹

O artigo 30, do CBAP, visando o combate da publicidade dissimulada, aduz que qualquer peça jornalística que for veiculada mediante pagamento, deverá ser identificada para não ser confundida com matéria editorial. A questão agrava-se quando a publicidade dissimulada é direcionada ao público infantil, que possui maior vulnerabilidade e requer maior proteção contra toda e qualquer publicidade que viola o princípio da identificação.

No artigo 9º, parágrafo único, o CBAP, está o conceito de outra interessante peça publicitária, o *teaser*, mensagens com grande apelo a curiosidade e expectativa, principalmente no que se refere à lançamentos de produtos. O *teaser* nada mais é do que o “anúncio do anúncio”, a

¹⁷⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 171-172.

¹⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. op. cit. p. 333.

¹⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 172-174.

“publicidade da publicidade”. A curiosidade é que, semelhante ao merchandising, na prática também não permite que se identifique como publicidade.¹⁸⁰

Esse princípio tem por principal objetivo assegurar o direito do consumidor de que aquela mensagem publicitária tem finalidade específica, qual seja, a venda do produto ou do serviço informado, não sendo assim dados e informações gratuitos.¹⁸¹

2.1.1.1.2 *Princípio da veracidade*

O princípio da veracidade preocupa-se com o conteúdo da publicidade, e está intimamente atrelado ao direito de informação do consumidor. Basicamente esse princípio consiste na vedação de veicular informações inverídicas, ou ainda fantasiosas, aproveitando-se da falta de conhecimento ou discernimento do consumidor para qual a mensagem está sendo veiculada.

No artigo 36, parágrafo único o CDC reforça este direito: “o fornecedor, na publicidade de seus produtos e serviços, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.¹⁸²

Existem certos consumidores que precisam de proteção especial, como as crianças e idosos. Bruno Miragem destaca que especialmente para as crianças, “que muitas vezes é endereçada publicidade com motivos fantasiosos ou irreais (personagens de desenhos fantasiosos, pessoas que voam entre outros)”. Estas técnicas não são proibidas, apenas que não se deve usar a falta de discernimento desse público, pois se isso ocorrer está caracterizado a publicidade abusiva e em consequência ilícita.¹⁸³

A publicidade enganosa, prevista no artigo 37, §1º¹⁸⁴, do CDC é resultado da violação do princípio da veracidade, bastando para isso a

¹⁸⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamim, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 339.

¹⁸¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentário ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 259.

¹⁸² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 174.

¹⁸³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 175.

¹⁸⁴ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados,

demonstração da violação do dever. Não há, portanto, a necessidade de reconhecimento do elemento subjetivo, dolo ou culpa, ou seja, tem caráter objetivo.¹⁸⁵

2.1.1.1.3 Princípio da vinculação

No Brasil, assim como em vários outros países, onde ocorreu a consolidação do direito do consumidor, a oferta passou a ser amplamente regrada. Destacam-se no CDC os artigos 30 e 35 que vinculam contratualmente a mensagem publicitária.¹⁸⁶ Conforme artigo 30¹⁸⁷ do CDC, são dois os requisitos para a pressuposta incidência do princípio da vinculação.

O primeiro está relacionado com o texto da mensagem publicitária, sendo que, quando o artigo descreve que a oferta deve ser “suficientemente precisa”, o legislador deixou claro que a informação deve ser e compreensível. No entanto, é permitido que o anunciante utilize-se de expressões exageradas, mais conhecidas como *puffing*, como “o mais saboroso”, “o melhor do mundo”. Nesses casos o critério da precisão será mitigado. Agora, quando na expressão contiver informações relativas ao preço, a regra é a vinculação. Para Benjamin não se trata de precisão absoluta, e sim “um mínimo de concisão”, ou seja, uma precisão mínima.¹⁸⁸

O segundo requisito é a oferta ser veiculada de tal forma que chegue até o consumidor. “É a veiculação que enseja a exposição do consumidor, nos termos do art. 29 do CDC, abrindo a malha protetória da lei especial”.¹⁸⁹

O princípio da vinculação determina que o fornecedor cumpra os termos do anúncio, ele vincula o que foi ofertado, oferta publicitária e

obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 175.

¹⁸⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamim, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 237-238.

¹⁸⁷ Art. 37, §1º do CDC. BRASIL op. cit.

¹⁸⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. op. cit. p. 239-240.

¹⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamim, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 239.

oferta de consumo, à entrega ao consumidor. Isso significa dizer que só depende do consumidor aceitar a oferta ao celebrar o contrato. O fornecedor só terá responsabilidade pré-contratual se revogar dolosamente a oferta ou se essa for abusiva. Já após a celebração do contrato, caso fornecedor não cumpra a oferta, o consumidor poderá escolher uma das pretensões elencadas no artigo 35¹⁹⁰ do CDC.¹⁹¹

Miragem destaca que esse princípio “estabelece o surgimento de eficácia vinculativa à publicidade”, uma das características mais importantes do regime jurídico da publicidade do Código de Defesa do Consumidor.¹⁹²

Além do fornecedor, anunciante direto, que trata o art. 35 do CDC, outros sujeitos podem ser responsabilizados pelo cumprimento do contrato como o anunciante indireto, o veículo, o fabricante e as celebridades. O anunciante indireto, ou seja, o comerciante, poderá ser responsabilizado quando se beneficia do anúncio do fabricante. O veículo, em três situações: nos casos evidentes de publicidade enganosa, quando previamente sabia que o anunciante não cumpriria o prometido ou no caso em que era diretamente interessado, como no exemplo de receber comissão com a venda do produto anunciado. Também se pode incluir nesse rol de responsabilidades o fabricante “pelos atos praticados por seus concessionários”. E por fim, as celebridades que “avalizam” produtos e serviços, ainda mais quando recebem porcentagens das vendas efetivadas.¹⁹³

¹⁹⁰ “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”. BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁹¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 176-177

¹⁹² Idem. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Instituto Alana: São Paulo, 2014. p. 175-176

¹⁹³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 240-241.

1.4.2.2 Publicidade ilícita

Conforme Miragem, a publicidade ilícita é a publicidade que viola algum dos deveres jurídicos constante no Código de Defesa do Consumidor, principalmente aquela que viola os princípios da publicidade tratados anteriormente.¹⁹⁴ O referido código divide a publicidade ilícita em três espécies: a publicidade clandestina, a publicidade abusiva e a publicidade enganosa.¹⁹⁵

A primeira modalidade, a clandestina, pode ser retirada de modo implícito do art. 36¹⁹⁶, sendo que as outras modalidades estão definidas no art. 37, §§ 1º e 2º. A publicidade clandestina é bastante utilizada no Brasil, principalmente na programação televisiva, e é chamada erroneamente de *merchandising*. Essa publicidade ocorre quando durante o programa associado ao roteiro, surgem situações de consumo e determinada marca ou produto são projetadas na tela, com objetivo de iludir o público. Essa aparição deve ser considerada intencional e para tanto deve ser remunerada. Mas nem todo *merchandising* deve ser considerado publicidade clandestina, o que diferencia as duas práticas é a possibilidade do consumidor identificar a mensagem como publicidade ou não. Assim, “quando se trata do que hoje vem se denominando ‘publicidade palco’, especialmente em programas televisivos, nos quais os apresentadores realizam durante a programação comum (e não nos intervalos), anúncios publicitários”, nesses casos não há violação do princípio da identificação e por consequência não há publicidade clandestina.¹⁹⁷

Para definição do que é publicidade enganosa, importante verificar o artigo 37, § 1º¹⁹⁸, do Código de Defesa do Consumidor. O legislador tentou

¹⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. op. cit., 2014. p. 177

¹⁹⁵ Ibidem. p. 16.

¹⁹⁶ “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 272-273.

¹⁹⁸ “Art. 37 [...] § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”. BRASIL. op. cit.

de todas as formas que o consumidor não seja enganado, assim teceu uma ampla rede de garantia.

Benjamin destaca dois tipos de publicidade enganosa, a comissiva e a omissiva. Quando o fornecedor induz o consumidor ao erro por algo que afirmou, está-se diante da publicidade enganosa comissiva. Já quando à indução ao erro decorre da falta de informação relevante, caracteriza-se publicidade enganosa por omissão.¹⁹⁹ A publicidade enganosa por comissão é aquela capaz de levar o consumidor comprar errado, “decorre de um informar positivo que não corresponde à realidade do produto ou serviço”, é mentirosa ou parcialmente falsa. Configura-se também enganosa quando a mensagem for ambígua, “mensagens com sentidos múltiplos”, pois por decorrência da lógica um dos sentidos é falso.²⁰⁰

Destaca Nunes, se o anúncio de forma proposital suscitar sentido ambíguo de seu texto propositalmente com o objetivo de confundir, “será enganoso se não puder ser entendido de num dos sentidos possíveis”.²⁰¹

A “modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário” que o artigo menciona, vai além das usuais veiculadas em rádios e televisão, incluindo demais informações que “tenham essa mesma finalidade de incentivar uma relação de consumo”. Como por exemplo: as promoções de vendas, as embalagens e rótulos.²⁰²

O Superior Tribunal de Justiça determinou que fornecedor cessasse a veiculação de slogan publicitário “diet por natureza” aposto em rótulo de água mineral por entender que esta expressão poderia induzir os consumidores a erro quanto às propriedades do produto. Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a veiculação de imagem de plantação de olivas aposta ao rótulo de óleo composto enlatado poderia induzir o consumidor a erro quanto à real composição do produto, acreditando tratar-se de azeite de oliva. De modo a evitar a sugestão enganosa contida na

¹⁹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al (org.). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I. p. 345.

²⁰⁰ *Ibidem*. p. 266.

²⁰¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 561.

²⁰² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 101-103.

embalagem, o TJSP determinou que se veiculasse no rótulo do produto os percentuais exatos de cada um dos seus ingredientes (i.e. óleo de soja, azeite e aroma) de modo a bem informar o consumidor a natureza mista do produto, com percentual de óleo de soja em quantidade superior ao de azeite de oliva.²⁰³

O exagero, conhecido como *puffing*, conforme já visto, muitas vezes é considerado inofensivo. No entanto, quando capaz de levar o consumidor ao erro ou “abusando dos valores sociais” deverá ser classificado como publicidade enganosa.²⁰⁴

Como exemplo, se o anúncio diz que aquela é “a pilha que mais dura”, o “isqueiro que acende mais vezes”, “o carro mais econômico da categoria”, não puder ser comprovado, esse “exagero” deverá ser considerado como publicidade enganosa.²⁰⁵

Outra forma de enganar o consumidor é o famoso “chamariz”, “uma maneira enganosa de atrair o consumidor”. Muito comum em épocas de liquidação, o consumidor é levado ao erro por achar que toda a loja está em promoção. Quando entra, há apenas uma prateleira. Depois de entrar no estabelecimento, muitas vezes por constrangimento acaba comprando.²⁰⁶

Assim, a publicidade enganosa por omissão difere da comissiva, pois essa diz algo falso e aquela não diz algo que precisaria ser dito. Deixando de constar informação essencial, a publicidade leva o consumidor ao erro, e está claramente conceituada no art. 37, § 3º²⁰⁷, do CDC.

O legislador mais uma vez preocupa-se com o fato de a publicidade poder levar o consumidor ao erro. Assim no dispositivo acima citado, enganosa por omissão será a publicidade que omitir dado essencial. Para

²⁰³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.103.

²⁰⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 266.

²⁰⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37.

²⁰⁶ *Ibidem*. p. 559.

²⁰⁷ “Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”. BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Benjamim, é “essencial aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo”.²⁰⁸

Nessa mesma esteira, Rizzatto Nunes considera que “essencial será aquela informação ou dado cuja ausência influencie o consumidor na sua decisão de comprar” e complementa “bem como não gere um conhecimento adequado de uso e consumo do produto”.²⁰⁹

A jurisprudência brasileira julgou haver enganiosidade por omissão em publicidade de aparelho de som por não ter sido veiculada a informação, nem na publicidade, nem nos manuais do aparelho de que, em caso de avaria, a peça de reposição custava o preço de uma peça importada, em valor tão alto, quase equivalente ao bem.²¹⁰

Uma questão importante a ser tratada na avaliação da publicidade enganosa, ou mesmo a abusiva, é o conceito de consumidor que terá a tutela coletiva e difusa dessa publicidade. Para Dias, “uma análise do padrão de discernimento do consumidor há de ser realizada pelo julgador, até mesmo para evitar situações de má-fé e enriquecimento ilícito”. Essa mesma autora afirma que apesar de reconhecer a diferença entre consumidor e fornecedor, reconhecer o consumidor como “incapaz”, nos dias atuais, seria um erro, como ainda fazem parte da doutrina e jurisprudência. Concorda com o caminho que vem sendo tomada (pela doutrina e jurisprudência), de “adotar a figura do consumidor como aquele dotado de um mínimo de crítica e atenção, isto é, como figura de mediana perspicácia: nem esperto nem provido de um mínimo de discernimento”.²¹¹

No artigo 37, § 2º²¹², do Código de Defesa do Consumidor, está a definição do que é publicidade abusiva. O artigo traz um rol

²⁰⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamim, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 267.

²⁰⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 571.

²¹⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.142.

²¹¹ *Ibidem*. p.111-112.

²¹².”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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá

exemplificativo de situações que configuram publicidade abusiva, deixando claro que comportará outras situações quando insere a expressão “entre outras”.

Os tipos de abusividades citadas no artigo 37, § 2º, do CDC, são: publicidade discriminatória; publicidade que incite violência, exploração do medo ou da superstição; publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência infantil; publicidade que desrespeite os valores ambientais; publicidade que induza o consumidor a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde ou segurança.

Podem os operadores do direito em determinadas situações constatarem a abusividade do anúncio publicitário, sem que a situação fática esteja descrita na lei, pois a sua definição é uma “espécie de conceito jurídico indeterminado”. O que irá determinar se é abusiva ou não, será a relação que se obtém da aplicação da norma ao caso concreto.²¹³

O referido § 2º não traz em seu texto normativo um conceito preciso de abusividade, mas, a partir das situações nele exemplificadas, pode-se definir como abusiva toda publicidade que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade, sobretudo nos mandamentos da Constituição Federal e das leis, tais como o valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CF), da paz social, da igualdade e não discriminação (arts. 3º, IV e 5º, caput, CF), de proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF) e ao idoso (art. 230, CF), da tutela à saúde (art. 196, CF) e ao meio ambiente (art. 225, CF), dentre tantos outros de importância para o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária.²¹⁴

O legislador preocupou-se não somente com o destinatário final da publicidade, mas sim com a sociedade e seus valores. A pretensão do aplicador do direito deve ser a repressão da publicidade que vai contra os princípios constitucionais, aos bons costumes aceitos por toda a sociedade. Essa tarefa não é simples, pois o que deve ser abusiva é a publicidade

outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017

²¹³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 180-181.

²¹⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.161.

“reprovável pelo Direito” e não aquela que “possa gerar certo desprezo ou incômodo para alguns”.²¹⁵

Nessa mesma esteira, Miragem aduz que os efeitos da publicidade abusiva vão além do consumidor diretamente ofendido pra alcançar toda a comunidade. Com isso, qualquer cidadão terá legitimidade para demandar eventuais prejuízos e não somente os afetados diretamente pela mensagem publicitária. O autor destaca “o caráter difuso inerente à ofensa decorrente dessa espécie de publicidade induz ao recurso da tutela coletiva, sem prejuízo da legitimidade individual para reclamar danos pessoalmente sofridos”.²¹⁶

A publicidade abusiva possui diversas modalidades; no entanto, possui uma coisa em comum, “não atacam o bolso do consumidor”, pode ser veraz e mesmo assim ser abusiva, diferentemente da publicidade enganosa. Seu conceito passeia pela “ideia de exploração ou opressão do consumidor”.²¹⁷

O conceito de publicidade abusiva, mais recente que o da publicidade enganosa, deixa, gradativamente, o terreno da concorrência desleal para inserir-se na área do Direito do Consumidor. Como bem demonstra Thierry Bourgoignie, hoje o mais completo e importante doutrinador do Direito do Consumidor em todo o mundo, a abusividade já não se mantém exclusivamente na órbita de interesses de concorrentes e, com o desenvolvimento do mercado e novos valores, passa a ganhar importância para o consumidor.²¹⁸

Como sanção imposta à publicidade ilícita, além da vedação da veiculação, o Código de Defesa do Consumidor prevê a imposição de contrapropaganda no artigo 56, XII e sanções penais conforme artigo 67. Ainda, há possibilidade de interpor ação com pretensões indenizatórias

²¹⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.164-166.

²¹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.181.

²¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Ada Pellegrini Grinover et al (org.). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I. p.355.

²¹⁸ *Ibidem*. p. 355.

pelas vítimas, a título individual, ou a título coletivo, quando for o caso, quando comprovados danos morais ou materiais.²¹⁹

1.4.3 A publicidade e a Resolução nº 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA é um órgão colegiado permanente de caráter deliberativo e possui composição paritária. O Conanda está previsto no artigo 88, II²²⁰, do Estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela Lei 8.242/1991. Dentre suas competências ganha destaque a prevista no artigo 2º, inciso I²²¹ da referida lei que o criou.

Em 13.04.2014, o Conanda publicou no Diário Oficial da União a Resolução 163, que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. O Conselho teve princípio basilar a proteção integral da criança e do adolescente prevista no artigo 227²²², da Constituição Federal, os dispostos nos artigos 2º²²³, 3º²²⁴, 4º²²⁵ e 86²²⁶ do Estatuto da Criança e do

²¹⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 177.

²²⁰ “Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais”. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

²²¹ “Art. 2º Compete ao Conanda: I - elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).” Ibidem.

²²² “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

²²³ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Adolescente, e ainda, o Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, em especial destaque o item 3.8 que trata da proteção da criança e adolescente frente às ameaças e violações de direitos facilitadas pelas Tecnologias de Informação e Comunicação.

A Resolução nº 163/2014 foi alvo de duras críticas dos setores atingidos, como o mercado publicitário, e debruçou-se sobre o fato “da regra advir de órgão normativo de proteção de direitos da criança e do adolescente, com efeito de disciplinar matéria pertinente ao mercado de consumo e, portanto, à atividade econômica”.²²⁷

Logo após a publicação da referida resolução, as principais entidades que compõem a categoria econômica da Comunicação Social, como a Associação Brasileira de Anunciantes – ABA, a Associação Brasileira de Agências de Publicidade – ABAP; a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT; a Associação Nacional de Jornais – ANJ, a Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA a Associação Brasileira de Rádio e Televisão – ABRATEL; a Associação Brasileira de TV por assinatura – ABTA, a Associação Nacional de Editores de Revistas – ANER; e, a Central de outdoor, manifestaram –se em nota pública²²⁸, reconhecendo o Poder Legislativo como único foro como legitimidade para legislar sobre publicidade comercial, e ainda afirmar que o CONAR detém maior eficiência, sendo o melhor caminho para combater as práticas de publicidade abusiva. Essas entidades deixam claro que não reconhecem a legitimidade do Conanda para legislar sobre a matéria e tratou a resolução apenas como uma mera recomendação.

²²⁴ “Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. *Ibidem*.

²²⁵ “Art. 4º [...]Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas ;d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.” *Ibidem*.

²²⁶ “Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios”. *Ibidem*.

²²⁷ MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Instituto Alana: São Paulo, 2014. p. 24

²²⁸ ASSOCIAÇÃO Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão. **Nota Pública - Publicidade Infantil**. Disponível em: <<http://www.abert.org.br/web/index.php/notmenu/item/22580-nota-publica-publicidade-infantil>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

Quanto à competência regulamentar, por ser órgão do Poder Executivo²²⁹, o CONANDA, apesar de não ter legitimidade para elaborar normas que se equiparam às leis, tem legitimidade para deliberar por meio de resoluções²³⁰.

O CONANDA é órgão deliberativo (art. 88, II, do ECA), com a competência normativa (art. 2º, I, da Lei 8.242/1991), vinculado à política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente. Esta política de atendimento, segundo se percebe, envolve prestações materiais do Estado, em especial para acolhimento, educação e formação de crianças e adolescentes, gestão dos respectivos fundos públicos de promoção dos direitos, bem como ações visando prevenir sua violação.²³¹

Para aqueles que defendem que a atividade publicitária tem duplo fundamento constitucional, o da livre iniciativa e a liberdade de expressão, as limitações impostas à publicidade só poderão advir de lei em sentido formal da palavra. Para Bruno Miragem, esse argumento faz sentido, já que na própria Constituição está expresso em seu artigos 220, §3º, inciso II²³², a exigência de lei federal.²³³

No entanto, Miragem destaca que o artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor é uma espécie de lei em sentido formal, e claramente traz a abusividade da publicidade quando essa aproveita-se da *deficiência de julgamento e experiência da criança*. Assim a grande questão que se impõe é saber se a Resolução “pode ser compreendida, deste modo, como uma espécie de regulamentação da disposição de lei, uma vez

²²⁹ Lei 8.242/1991. Art. 1º, § 1º Este conselho integra o conjunto de atribuições da Presidência da República.

²³⁰ PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **A comédia da publicidade**: entre a sátira e o politicamente correto. In. Revista de Direito do Consumidor, Ano 23, - 96, Nov/Dez 2014, p. 89-105. Revista dos Tribunais, 2014. p. 91.

²³¹ MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Instituto Alana: São Paulo, 2014. p. 26.

²³² “Art. 220 [...] § 3º Compete à lei federal: II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”. BRASILE. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

²³³ MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 27-28.

que especializa seu conteúdo, no exercício da competência regulamentar que lhe outorga a Lei 8.242/91”.²³⁴

A Resolução nº 163/2014 possui quatro artigos. No artigo 1º, §1º²³⁵ a resolução define o âmbito de abrangência e trata de conceituar comunicação mercadológica e publicidade, sendo que acertadamente considera a publicidade como uma espécie de comunicação mercadológica. A resolução inova em ampliar o conceito de publicidade, adaptando a comunicação mercadológica e ainda em não se ater à comunicação mercadológica realizada pelos meios de comunicação, pois incluem também shows, banners, embalagens, apresentações, entre outros, conforme artigo 1º, §2º²³⁶.

Especificamente nesse ponto da resolução, no que diz respeito à ampliação das práticas não especificadas na lei, ou seja, das outras comunicações mercadológicas além da publicidade, Bruno Miragem questiona se “pode a norma regulamentar dizer mais do que a lei?”. A resposta do doutrinador consumerista é afirmativa, pois é justamente essa a função, a utilidade do regulamento, e não a mera reprodução do texto da lei.²³⁷

No caput do artigo 2º²³⁸, a resolução considera abusiva o direcionamento de publicidade e comunicação mercadológica à criança, que

²³⁴ MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Instituto Alana: São Paulo, 2014. p. 28.

²³⁵ “Art. 1º [...] §1º Por ‘comunicação mercadológica’ entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado”. BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. **Resolução 163**. Disponível em: < http://www.sinapros.org.br/visualizar_noticia.php?id_noticia=1678 >. Acesso em: 20 jan. 2017.

²³⁶ “Art. 1º [...] §2º A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas”. *Ibidem*.

²³⁷ MIRAGEM, Bruno. *op. cit.* p. 40.

²³⁸ “Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos: I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; III - representação de criança; IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; V - personagens ou apresentadores infantis; VI - desenho animado ou de animação; VII - bonecos ou similares; VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil”. BRASIL. *op. cit.*

tenha como intenção a persuasão para o consumo do produto ou serviço ofertado, já nos incisos desse mesmo artigo, destaca alguns artifícios frequentemente utilizados pelo mercado publicitário. Nos parágrafos 1º²³⁹ e 2º²⁴⁰ do artigo 2º, o CONANDA mostra a preocupação em ampliar os espaços possíveis de ação da publicidade e comunicação mercadológica, excetuando no §3º²⁴¹, do rol de abusividade, as campanhas de utilidades públicas que não configurem estratégias publicitárias e sim informações para o melhor desenvolvimento da criança.

Segundo Pasqualotto, “há uma nítida convergência entre a atribuição do CONANDA e a forma de garantia do princípio da prioridade absoluta”. Claramente o objetivo da resolução é “evitar a exploração comercial da deficiência de julgamento e experiência da criança”.²⁴²

Já para a publicidade e comunicação mercadológica direcionada ao adolescente, a resolução traz alguns princípios a serem observados, no artigo 3º²⁴³, além daqueles previstos na Constituição Federal. Assim,

²³⁹ “Art. 2º [...] §1º O disposto no caput se aplica à publicidade e à comunicação mercadológica realizada, dentre outros meios e lugares, em eventos, espaços públicos, páginas de internet, canais televisivos, em qualquer horário, por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto.” BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. **Resolução 163**. Disponível em: < http://www.sinaprosp.org.br/visualizar_noticia.php?id_noticia=1678 >. Acesso em: 20 jan. 2017.

²⁴⁰ “Art. 2º [...] §2º Considera-se abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de creches e das instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos.” Ibidem.

²⁴¹ “Art. 2º [...] §3º As disposições neste artigo não se aplicam às campanhas de utilidade pública que não configurem estratégia publicitária referente a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social.” Ibidem.

²⁴² PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **A comédia da publicidade**: entre a sátira e o politicamente correto. In. Revista de Direito do Consumidor, Ano 23, - 96, Nov/Dez 2014, p. 89-105. Revista dos Tribunais, 2014. p. 93.

²⁴³ “Art. 3º São princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes: I - respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais; II – atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente e sua condição de pessoa em desenvolvimento; III – não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior; IV - não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade; V - não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço; VI - não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades ilegais. VII – não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência; VIII – a

“enquanto o art. 2º da Resolução n. 163, do CONANDA, estabelece limites à publicidade direcionada à criança, seu art. 3º enuncia princípios gerais que devem ser aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente”²⁴⁴

Frisa-se que todos os incisos do artigo 3º da Resolução, guardam correspondência com a lei formal, como pode-se verificar a seguir: inciso I reproduz o conteúdo normativo do art. 1º, III e art. 5º, X, da Constituição Federal; inciso II, tem fundamento nos artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente; inciso III tem fundamento nos artigos 16, V e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente; inciso IV tem fundamento nos artigos. 3º, IV, e 227, caput da Constituição Federal e ainda artigos 5º e 16, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente; inciso V tem fundamento nos artigos 3º, 4º, 5º e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente; inciso VI tem fundamento nos artigos 286 e 287 do Código Penal e artigos 3º, 15, 17 e 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente; inciso VII tem fundamento nos artigos 5º, caput e 227 da Constituição Federal, art. 37 do Código de Defesa do Consumidor e ainda artigos 3º, 4º, 15, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente; inciso VIII, apesar do erro material do texto, entende-se que faltou a proibição da conduta descrita, assim tem seu fundamento no art. 225, caput, e §1º, VI da Constituição Federal e art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor e por fim, inciso IX fundamentado nos artigos 31 e 37, §1º do Código de Defesa do Consumidor.²⁴⁵

A Resolução nº163/2014, do CONANDA, define critérios para a interpretação do artigo 37, §2º e artigo 39,IV, do Código de Defesa do Consumidor, levando em conta a proteção especial conferida a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 227, da Constituição Federal. Ainda, conclui o autor em seu parecer, que a resolução atende “à exigência de proporcionalidade da regulamentação dos limites previstos em lei” sendo, portanto, constitucional.²⁴⁶

qualquer forma de degradação do meio ambiente; e IX – primar por uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina”.
BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA.
Resolução 163. Disponível em: <
http://www.sinaprosp.org.br/visualizar_noticia.php?id_noticia=1678 >. Acesso em: 20 jan. 2017

²⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Instituto Alana: São Paulo, 2014. p. 32.

²⁴⁵ Ibidem. p. 33-35.

²⁴⁶ Ibidem. p. 43-47.

Percebe-se, a meu ver, que não se tem demonstrado que a Resolução n. 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – tendo sido editada por órgão competente, regulamentando limites à atividade publicitária e negocial definidos em lei, extravasa a exigência de proporcionalidade que se exige da norma limitadora. Ademais, considerando que os critérios que pronuncia conformam o sentido que a lei confere à liberdade de iniciativa econômica e de expressão publicitária, cuja conciliação com a defesa do consumidor e dos direitos da criança e do adolescente é impositivo constitucional.²⁴⁷

Na prática, nada mudou, apesar da convergência existente entre a Resolução e o CBAP, não há consenso, o CONAR continua a defender que a publicidade tem garantias constitucionais fundamentados na liberdade de expressão, o CONANDA procura efetivar o princípio constitucional da proteção integral. Pasqualotto denuncia que “há um confronto ideológico”. Todas as proibições que vem do Estado são repelidas pela autorregulamentação, pois, são contrárias à liberdade, e o Estado mostra-se ineficiente na aplicação das normas existentes. O problema não é a falta de normas, ou de regulamentações e sim a falta de efetividade.²⁴⁸

1.4.4 A publicidade e a Lei 13.527/2016

No dia 08 de março de 2016 foi aprovada a Lei 13.527, que dispõe sobre políticas públicas para a primeira infância. A lei é fruto de um trabalho de vinte anos de pesquisa, fundamentado em evidências científicas:

Nos últimos anos, as descobertas científicas de assistentes sociais, economistas, educadores, neurocientistas, nutricionistas, pediatras, psicólogos, psiquiatras, evidenciaram que o período mais estratégico para promoção do desenvolvimento humano, social e econômico é o período inicial da vida (Heckmann, 2006; Shonkoff e Phillips, 2000;

²⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Instituto Alana: São Paulo, 2014. p. 47.

²⁴⁸ PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto**. In. Revista de Direito do Consumidor, Ano 23, - 96, Nov/Dez 2014, p. 89-105. Revista dos Tribunais, 2014. p. 103-104.

Bowlby, 1998; Young, 2014; Victora, 2013; Tremblay, Gervais e Petitclerc, 2008; Barros e Mendonça, 1999, entre outros).²⁴⁹

A lei vem para detalhar o Estatuto da Criança em alguns temas específicos para um estágio de desenvolvimento que requer ações para o agora, e não para o amanhã. A primeira infância compreende os primeiros seis anos da vida da criança. Esses primeiros anos são fundamentais para a construção saudável da estrutura psíquica e física de todo ser humano. As experiências, as frustrações, os traumas, as relações sociais da criança com todos que participam dessa fase, influenciam os infantes para a vida toda. Sabe-se que toda criança é vulnerável. No entanto, sem dúvida, a primeira infância é a fase mais vulnerável, devendo ser mais cuidadosamente protegida, como é o objetivo dessa Lei.

Destaca a pesquisadora Young três fatores essenciais para compreender o Desenvolvimento da Primeira Infância: “o poderoso papel da vida familiar e dos primeiros anos de vida na configuração das capacidades dos adultos”, as “múltiplas capacidades configuram a habilidade dos indivíduos a funcionarem em sociedade” (capacidades cognitivas e não cognitivas) e que “a formação de capacidades é sinérgica, isto é, uma capacidade favorece outra”.²⁵⁰

No Brasil, há aproximadamente vinte milhões de crianças de zero a seis anos de idade, sendo que a lei tem como principal objetivo a formulação de políticas públicas mais efetivas, visando superar a segmentação das ações do Estado.²⁵¹

A referida lei alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente e outras demais leis e decretos, sendo interesse desse estudo especificamente o artigo 5º, que dispõe sobre as áreas prioritárias onde se devem concentrar as políticas públicas para a primeira infância, como: a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o

²⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. **Avanços do Marco Legal da Primeira Infância**. Brasília, 2016, p. 13. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/altosestudios/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

²⁵⁰ YOUNG. Mary. Por que investir na primeira infância. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. **Avanços do Marco Legal da Primeira Infância**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/altosestudios/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>>, acesso em: 23 nov. 2016. p.21-22.

²⁵¹ BRASIL. op. cit.

espaço e o meio ambiente. Ainda inclui, nesse referido artigo, quais as proteções especiais que essa fase da infância deve ter.

Dentre as conquistas trazidas pela lei destaca-se a ampliação da licença-paternidade para vinte dias, a importância do brincar, do lúdico para o desenvolvimento saudável da criança, o aumento da oferta da educação infantil para as crianças de zero a três anos de idade, a importância reservada a convivência familiar, implementando inclusive os serviços de acolhimento em famílias como política pública, entre outras.

Destaca-se ainda a proteção contra toda forma de violência, proteção que ganhou forças com a Lei 13.010/2014, que ficou conhecida como a Lei do “Menino Bernardo”. Muitos foram os questionamentos, quando da tramitação da lei, se o Estado não estaria desautorizando as famílias no que tange à educação dos seus filhos.

No entanto, nos ensina Veronese, que a nova lei, a Lei do “Menino Bernardo”, traduz-se em uma nova cultura, a cultura da não violência, que deve atingir não só a família, nuclear ou ampliada, também os agentes públicos executores de medidas socioeducativas, e ainda a todos responsáveis que têm o dever de cuidar e educar as crianças. Acrescenta a autora que essa mudança de cultura é “algo aparentemente simples e ao mesmo tempo tão difícil numa sociedade que, por um lado, coisificou a infância e, por outro, cultuou o domínio da violência, pois é necessário, imprescindível, educar a família a educar”.²⁵²

A prevenção contra acidentes também ganha destaque na referida lei, que infelizmente são comuns nessa fase da vida, sendo a principal causa morte das crianças dessa faixa etária. O artigo 5º²⁵³ traz expressamente a preocupação com esse tema e impõe que as políticas públicas que previnam acidentes, devem ser prioritárias.

O marco regulatório da primeira infância, no seu artigo 5º, ainda inclui com todas as letras que se deve proteger as crianças da “pressão consumista” além de evitar a “exposição precoce à comunicação mercadológica”. Esse artigo que destaca as áreas prioritárias de políticas públicas teve um cuidado especial com a publicidade mercadológica, ou seja, de não se fazer publicidade sem os cuidados e o respeito que cada faixa etária requer.

²⁵² VERONESE, Josiane Rose Petry. Lei “Menino Bernardo”: por que o educar precisa de emprego da dor? In: VERONESE, Josiane Rose Petry. ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo (Coord.). **Estatuto da Criança e Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 602.

²⁵³ PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. In: **Revista de Direito do Consumidor**, Ano 23, - 96, Nov/Dez 2014, p. 89-105. Revista dos Tribunais, 2014. p. 103-104.

Assim, a preocupação do Marco Legal da Primeira Infância acertadamente entra no debate contra a abusividade da publicidade infantil, incluindo entre as áreas prioritárias de ação do Estado, a proteção contra pressão consumista e a exposição precoce da comunicação mercadológica.

1.4.5 A publicidade e a Nota Técnica²⁵⁴ nº 3/2016 do SENACON

No dia 12.05.2016, a Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, Coordenação Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado - CGEMM, lançou a nota técnica nº3/ 2016, que trata da abusividade da publicidade infantil em ambientes escolares e de alimentos ultraprocessados. A nota foi fruto de um estudo realizado em parceria pelo SENACON com a Universidade Federal do Ceará, pelo Grupo de Pesquisa da Relação de Infância, Juventude e Mídia.

No ano de 2010, a SENACON e a Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) firmaram parceria de cooperação técnica, onde foram investidos R\$ 3,5 milhões, para a criação de uma base tecnológica, educacional e metodológica para reunir em uma plataforma os problemas experimentados pelos consumidores, nascendo assim o Consumidor.gov. Além do maior controle e da centralização, que possibilitou uma melhor gestão no enfrentamento dos problemas de massa, abriu-se uma ampla discussão acerca da publicidade infantil.²⁵⁵

Quanto à publicidade dirigida às crianças nos ambientes escolares, o estudo aduz que as crianças, além de representar um mercado futuro que, “se conquistadas durante a infância, seguirão sendo fiéis ou bem relacionadas com as marcas que se comunicarem satisfatoriamente com elas”, também esse público é visto como um mercado primário ou direto, pois “possuem uma renda própria que administram o que é proveniente de seus pais, familiares ou responsáveis”. Os principais produtos consumidos pelos infantes são produtos de pequeno valor, como: bala, picolé,

²⁵⁴ Nota Técnica é um documento elaborado por técnicos especializados em determinado assunto e difere do Parecer pela análise completa de todo o contexto, devendo conter histórico e fundamento legal, baseados em informações relevantes. É emitida quando identificada a necessidade de fundamentação formal ou informação específica da área responsável pela matéria e oferece alternativas para tomada de decisão. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Notas Técnicas**. Disponível em: <www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/notas-tecnicas>. Acesso em: 2 jan. 2017.

²⁵⁵ O GLOBO. **Senacon e Unesco lançam balanço social de políticas de defesa do consumidor**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/senacon-unesco-lancam-balanco-social-de-politicas-de-defesa-do-consumidor-19161843>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

refrigerante, figurinhas, sendo a maioria desses produtos consumidos nas cantinas e lanchonetes da escola.²⁵⁶

A publicidade em ambientes escolares aproveita a credulidade da criança realizando campanhas travestidas de “supostas temáticas educativas”, tornando-as ainda mais vulneráveis. Os pais, nesses ambientes e situações, ficam impossibilitados de exercerem seu poder familiar pelo comportamento de seus filhos enquanto consumidores. Assim o estudo, e a nova técnica, mostrou-se favorável à necessária restrição da publicidade infantil em ambientes escolares, fundamentando a restrição na prioridade de preservar os direitos das crianças contidos no art. 227 da Constituição Federal, bem como pela prática abusiva que esse tipo de publicidade representa, conforme artigos 39, IV e 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor.²⁵⁷

Na questão da publicidade infantil de alimentos, principalmente nas escolas, o SENACON justifica sua intervenção através da referida nota técnica, com sugestões e reflexões sobre o tema, devido primeiramente à “violência simbólica das publicidades dirigidas às crianças em condição e ambiente que lhe impede a proteção plena de suas vontades naturais”, bem como ao combate à obesidade e sobrepeso que atinge cada vez mais essa faixa etária.²⁵⁸

Na mira da discussão inclui-se a publicidade de alimentos ultraprocessados, alimentos e bebidas com alto teor de açúcar e sódio, além da publicidade desses produtos aliados à oferta de brindes às crianças, quando “a situação torna-se mais agressiva, pois gera na criança a necessidade de consumir o alimento para ganhar o brinde”, geralmente um brinquedo licenciado de personagem do universo infantil.²⁵⁹

Em conclusão, o SENACON recomenda a leitura da Nota Técnica a todos os órgãos que compõem o seu sistema, para que sirva de subsídios para o combate à prática e publicidades abusivas. A Nota Técnica esclarece que há elementos suficientes e incontrovertidos para que se definam os limites da publicidade infantil, tomando como fundamento os artigos 37, §2º e 39, IV do Código de Defesa do Consumidor. E ainda, que a

²⁵⁶ BRITO, Igor Rodrigues. **Nota Técnica nº 3/2016/CGEMM/DPDC/SENACON**, 2016, p. 3-4. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nt-003-2016.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nt-003-2016.pdf>. p. 3-4.

²⁵⁷ *Ibidem*. p. 5.

²⁵⁸ *Ibidem*. p. 3-4.

²⁵⁹ *Ibidem*. p. 6-7.

publicidade abusiva deve “ser objeto de monitoramento e atuação dos órgãos de defesa do consumidor”.²⁶⁰

1.4.6 Publicidade de alimentos não saudáveis, uma questão de saúde.

Uma das questões mais debatidas acerca dos impactos negativos gerados pela publicidade infantil, é o aumento exponencial da obesidade infantil. No Brasil, apesar da evolução no combate à desnutrição, um novo problema de saúde pública mundial invade o universo local, a obesidade infantil.

O tema ganhou ainda mais destaque no cenário nacional com o documentário “Muito Além do Peso”, da cineasta Estela Renner, patrocinado pelo Instituto Alana²⁶¹. O documentário foi lançado em novembro de 2012 e conseguiu seu objetivo, que era propor um amplo debate acerca da qualidade da alimentação das crianças brasileiras e o questionar o papel e o peso que a comunicação mercadológica de alimentos não saudáveis possui nesse contexto.²⁶²

Dados de 2004 do Ministério da Saúde no Brasil e no mundo demonstram que anualmente mais de 200 mil mortes são em decorrência das Doenças Crônicas Não Transmissíveis (DCNT)²⁶³, sendo a falta da alimentação saudável e adequada um dos grandes motivos para o aumento dessas doenças.²⁶⁴

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, por meio de Consulta Pública n. 71/2006, protagonizou no cenário nacional um amplo debate com ampla participação, com objetivos como: controlar a publicidade de alimentos prejudiciais à saúde, proteção especial para as

²⁶⁰ BRITO, Igor Rodrigues. **Nota Técnica nº 3/2016/CGEMM/DPDC/SENACON**, 2016. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nt-003-2016.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016. p. 11

²⁶¹O Instituto Alana é uma organização sem fins lucrativos, da sociedade civil, criado em 1994, que tem como missão “honrar a criança”. Dentre os programas do instituto encontra-se o programa Criança e Consumo que tem como objetivo principal divulgar e debater ideias acerca da publicidade infantil. In: INSTITUTO ALANA. **Sobre nós**. Disponível em: <<http://alana.org.br>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

²⁶² MUITO além do peso. Site. Disponível em: <<http://www.muitoalemdopeso.com.br/>>. Acesso em: 20 out. 2016

²⁶³As Doenças Crônicas Não Transmissíveis (DCNT) mais comuns são hipertensão, diabetes, doenças cardiovasculares e obesidade e suas complicações.

²⁶⁴ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Detalhes da Consulta Pública nº 71/2006 - Alimentos**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/propaganda/consulta_71_2006.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017.

crianças, veiculação de mensagens no sentido de orientar a população para esse problema, proibição de brindes, brinquedos, figuras, desenhos, celebridades utilizados com o objetivo de cativar o público infantil.²⁶⁵

Em dezembro de 2008, o Conselho Nacional de Saúde - CNS, por intermédio da Resolução nº 408/2008, aprovou diretrizes tentando reverter a epidemia de sobrepeso e obesidade dos brasileiros, sendo que “1 em cada 4 adultos encontra-se com excesso de peso e 1 em cada 10 já está obeso e entre crianças e adolescentes a prevalência de excesso de peso chega a 12% e de obesidade 6%”²⁶⁶, tonando-se assim um grave problema de saúde pública. A resolução prevê alimentação saudável nas escolas, incluindo ainda educação alimentar no currículo escolar, sobre o assunto do presente estudo, destacam-se os itens 8 e 9 da resolução:

8) Regulamentação da publicidade, propaganda e informação, direcionadas ao público em geral e em especial ao público infantil, coibindo práticas excessivas que levem a esse público a padrões de consumo incompatíveis com a saúde e que violem seu direito à alimentação saudável.9) Regulamentação das práticas de marketing de alimentos direcionados ao público infantil, estabelecendo critérios que permitam a informação correta à população, a identificação de alimentos saudáveis, o limite de horários para a veiculação de peças publicitárias, a proibição de oferta de brindes que possam induzir o consumo e o uso de frases de advertência sobre risco de consumo excessivo entre outros.²⁶⁷

²⁶⁵ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Detalhes da Consulta Pública nº 71/2006 - Alimentos**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/propaganda/consulta_71_2006.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017.

²⁶⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução CNS nº 408, de 11 de dezembro de 2008. Aprova diretrizes para a promoção da alimentação saudável com impacto na reversão da epidemia de obesidade e prevenção das doenças crônicas não transmissíveis. **Diário Oficial da União**. Brasília, 9 mar. 2009. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2010/img/211_ro/Reso408.pdf>. Acesso em: 20. out. 2016.

²⁶⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução CNS nº 408, de 11 de dezembro de 2008. Aprova diretrizes para a promoção da alimentação saudável com impacto na reversão da epidemia de obesidade e prevenção das doenças crônicas não transmissíveis. **Diário Oficial da União**. Brasília, 9 mar. 2009. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2010/img/211_ro/Reso408.pdf>. Acesso em: 20. out. 2016.

O setor regulado dois meses antes da expedição da minuta da consulta pública da Anvisa, antecipou medidas para regular a propaganda de “alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas” alterando o Anexo H do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Também deu nova redação ao artigo 37, seção 11, capítulo 2 do código, no sentido de que não provocar discriminação ou associação de superioridade por consumir determinado produto e ainda da proibição do anúncio utilizar-se de imperativo de consumo. Os grupos empresariais também procuraram levar seu interesse ao poder Executivo com visitas ao Ministério da Saúde e da Casa Civil, com intuito de “pressionar a Anvisa mais diretamente”. Ainda acionaram o poder legislativo, mobilizando deputados e senadores a dissuadir a Anvisa da ideia da regulação, tentando convencê-los de que a agência estaria usurpando prerrogativa do Congresso de legislar sobre o tema.²⁶⁸

O jogo político obteve como resultado a extensão do processo regulatório e a realização de uma Audiência Pública. Assim, para o fechamento da consulta, foi realizada a Audiência Pública em agosto de 2009, para a discussão da nova proposta de regulamentação da publicidade de alimentos não saudáveis, incluindo alimentos com elevadas taxas de açúcar, gordura, sódio e bebidas de baixo valor nutricional.²⁶⁹

O debate ganhou forças e foi altamente polarizado, de um lado os que apoiavam a regulamentação estatal (sociedade civil organizada, universidades, órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo Federal), e do outro lado o setor regulado em prol da autorregulamentação.²⁷⁰

Apesar do número de manifestações gerais de rejeição à resolução ser praticamente idêntico ao seu oposto, a força do empresariado aparece escondida no grupo de quase 80% de manifestações pontuais sobre o regulamento. O que esse número esconde é que há centenas de manifestações extremamente elaboradas do setor privado contra a resolução. São pareceres

²⁶⁸ MARTINS, Ana Paula Bortello (Org.). **Publicidade de alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. Série Alimentos – Volume2. São Paulo: Idec, 2014. p.24-25.

²⁶⁹ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. **Detalhes da Consulta Pública nº 71/2006 - Alimentos**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/propaganda/consulta_71_2006.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017

²⁷⁰ HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Publicidade dirigida a crianças: ambiente jurídico-regulatório. In: HENRIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet. **Publicidade de alimentos e crianças**: regulação no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32-33.

técnicos e jurídicos extremamente embasados criticando ponto a ponto a resolução. Apenas a título de exemplo, 11 pareceres jurídicos de renomados juristas, como José Afonso da Silva e Tercio Sampaio Ferraz Junior, foram elaborados a pedido do CONAR para subsidiar o debate. É interessante destacar a crítica feita por um procurador entrevistado, para quem não seria ético que esses pareceres fossem assinados por juristas na sua dupla condição de professores universitários e advogados. Afinal, se eles foram contratados por privados, não teria por que assinarem como professores universitários, emprestando o prestígio da instituição e sua neutralidade científica a um documento que defenda os interesses de um lado da causa.²⁷¹

Os argumentos em prol à regulação fundamentam-se no artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe a publicidade abusiva e na proteção integral da criança e adolescente prevista na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Já o setor regulado, utilizou como base da sua argumentação contra a regulação, os artigos 22 e 220 da Constituição Federal. O primeiro destacando que é competência privativa da União legislar sobre propaganda comercial, e o segundo, utilizando-se da liberdade de expressão como fundamento para a liberdade de propaganda.²⁷²

Um dos aspectos que merece destaque foi a alteração considerável do texto da proposta de regulamento técnico de 2006 e o texto aprovado pela ANVISA em 2010. “A mudança deve ser explicada a partir de dois fatores: o parecer exarado pela AGU a respeito da regulação da propaganda de medicamentos pela Anvisa e a mudança na direção da Procuradoria da Anvisa entre 2008 e 2009”.²⁷³

A resolução aprovada, Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 24 de 15 de junho de 2010²⁷⁴, não distingue o público para qual a

²⁷¹ MARTINS, Ana Paula Bortello (Org.). **Publicidade de alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. Série Alimentos – Volume2. São Paulo: Idec, 2014. p. 19.

²⁷² Ibidem. p.20-23.

²⁷³ Ibidem p. 27.

²⁷⁴ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Resolução nº 24 de 15 de junho de 2010**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33864/284972/RDC24_10_Publicidade%2Bde%2Balimentos.pdf/c406d0df-e88b-407a-9c0f-30da652f4a44>. Acesso em: 20 dez. 2016.

mensagem é endereçada, ou seja, não faz distinção entre o público adulto e infantil, mas impõe que a publicidade desses alimentos não saudáveis deverão vir com informes sobre os riscos do consumo excessivo desses alimentos. O resultado, apesar de estar em total desacordo com o que foi discutido, trouxe como ponto positivo o amplo debate social sobre o tema.²⁷⁵

Em contraste com o texto aprovado na referida audiência pública, a Anvisa publicou em 29 de junho de 2010 a Resolução n. 24 (RDC n. 24/2010) em uma versão bastante diferente e com significativas alterações em relação a proposta original – como o fato de o novo documento não abordar a temática do *marketing* infantil, contemplada na proposta de texto anterior ou mesmo a distribuição de ‘brindes’ juntamente com ‘promoções’ de alimentos ultrprocessados.²⁷⁶

Com a aprovação da RDC n. 24/2010 muitos foram os protestos dos dois lados que se defrontaram com a resolução da ANVISA. De um lado, a sociedade civil organizada protestava contra o conteúdo pouco incisivo; do outro lado, o empresariado, maior prejudicado, acionou novamente a Advocacia Geral da União (AGU), além do lançamento de um manifesto por representantes das indústrias de alimentos afetadas. A Consultoria-Geral da União respondeu em apenas dois dias recomendando a suspensão da resolução, o que não foi aceito pela ANVISA. Fato curioso é que o parecer da AGU não aponta qualquer irregularidade da resolução, apenas busca impedir sua aplicabilidade. Após a decisão de manter a regulamentação, o setor regulado passou para a batalha judicial, para os juízes havia uma indefinição do Executivo.²⁷⁷

É interessante notar que, dos 11 processos correndo na Justiça, dez já tiveram decisão em primeira instância, sendo sete favoráveis à indústria e três favoráveis à Anvisa. Frise-se que, até o momento,

²⁷⁵ HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Publicidade dirigida a crianças: ambiente jurídico-regulatório. In: HENRIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet. **Publicidade de alimentos e crianças**: regulação no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

²⁷⁶ *Ibidem*. p. 33

²⁷⁷ MARTINS, Ana Paula Bortello (Org.). **Publicidade de alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. Série Alimentos – Volume 2. São Paulo: Idec, 2014. p.31-34.

nenhum processo já transitou em julgado, ou seja, chegou a uma decisão definitiva em que recursos não são mais possíveis. Em que pese o maior favorecimento à causa do setor regulado, destaca-se que a norma não é ponto pacífico no Poder Judiciário. De maneira geral, quando os magistrados julgam procedentes as ações, decidindo, portanto, em favor da indústria, os argumentos de inconstitucionalidade e ilegalidade são aceitos. Nas ações favoráveis à Anvisa, os juízes costumam focar o grave problema de saúde que são as doenças crônicas não transmissíveis, afirmando que a regulação poderia ser feita pela agência, pois não caberia à lei chegar a esse nível de detalhamento.²⁷⁸

A ANVISA fragilizada politicamente, após a judicialização da resolução, já deixou claro que não fará mais esforços para o tema avançar. A agência, após pressão do empresariado na campanha presidencial de 2010, conta com um novo diretor que ficou responsável por estabelecer um diálogo entre o setor regulado.²⁷⁹

Para o novo diretor, a agência teria errado no cálculo político em torno da RDC nº24, de tal modo que o empresariado foi bem-sucedido em seu intento de sustar a norma. Como resultado, a Anvisa não teria mais como fazer o tema avançar, a não ser, no máximo, via Congresso Nacional. Esse retraimento da Anvisa está claramente expresso na reestruturação que foi levada a cabo na gerência da agência responsável pela regulação da propaganda. A GPROP foi alterada por meio da Portaria no422/2012, passando a fazer parte de uma área mais ampla, a Gerência-Geral de Inspeção, Monitoramento da Qualidade, Controle e Fiscalização de Insumos, Medicamentos e Produtos, Propaganda e Publicidade (GGIMP) (Brasil, 2012). Com isso, a Anvisa perde uma gerência com atribuição específica de formular uma política de regulação da propaganda.²⁸⁰

²⁷⁸ MARTINS, Ana Paula Bortello (Org.). **Publicidade de alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. Série Alimentos – Volume 2. São Paulo: Idec, 2014. p.34-35.

²⁷⁹ *Ibidem*. p.35-36.

²⁸⁰ *Ibidem*. p.36.

A iniciativa da revisão da regulamentação foi proposta no final de 2013, quando se optou por novamente fazer um chamamento público para a discussão do tema. No entanto, as esperanças do setor favorável à regulamentação mais restritiva da publicidade são fracas, já que a ANVISA saiu dessa disputa enfraquecida, inclusive no caráter interno. O mais provável é que o Poder Legislativo tome frente nesse tema, o qual enfrentará as mesmas resistências e os mesmos jogos políticos.²⁸¹

Espera-se que a sociedade amadureça no sentido de fomentar e engrandecer o debate de questão tão importante como essa, sem dúvida o respaldo social é de suma importância no combate a esse grave problema de saúde pública, que cada vez mais afeta não só os adultos, mas principalmente o público infantil. A publicidade infantil de produtos não saudáveis não é a única responsável pelo aumento da obesidade infantil, mas sem dúvida é uma das mais importantes.

²⁸¹ MARTINS, Ana Paula Bortello (Org.). **Publicidade de alimentos não saudáveis**: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil. Série Alimentos – Volume 2. São Paulo: Idec, 2014. p.36.

2. PUBLICIDADE INFANTIL, CONSUMO E VULNERABILIDADE

Neste capítulo, estudar-se-á a sociedade de consumo²⁸² bem como a publicidade, pela importância que ela exerce na construção e manutenção desse tipo de sociedade. Ainda, ganha destaque a criança, vista como consumidora, sendo que cada vez mais esse público é alvo da publicidade.

2.1 A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO

Muitos são os termos utilizados que buscam analisar e entender a sociedade contemporânea. Claro que além de diferenças de expressões existem também diferenças conceituais e filosóficas. No entanto o que parece ser de comum acordo entre vários autores, é a tentativa de entender a sociedade contemporânea e dentro dessa perspectiva entender o quanto o consumo influencia sua construção.

A sociedade atual é uma sociedade de consumidores onde se consomem não só produtos, mas estilos de vida e valores. “Os consumidores são primeiro e acima de tudo acumuladores de sensações; são colecionadores de coisas apenas num sentido secundário e derivativo”.²⁸³

Primeiramente é importante e necessária realizar a devida diferenciação entre consumo e consumismo. O consumo é algo inerente a todo ser humano, pois é necessário para sua própria sobrevivência, todo ser humano tem essa característica e ocupação como indivíduo. Assim como na sociedade de produtores, o trabalho era a principal força propulsora da sociedade, o consumismo é da sociedade de consumo, tornando o consumo o principal atributo da sociedade.²⁸⁴

A sociedade de consumo é diferente de todas as demais já existentes, que “promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeitam todas as opções culturais alternativas”, ela “representa um conjunto peculiar de condições existenciais em que é elevada a probabilidade de que a maioria dos homens

²⁸² Bauman utiliza a expressão sociedade de consumidores, já Jean Baudrillard utiliza a expressão sociedade de consumo. Ambos os autores destacam que na sociedade pós-moderna a cultura que sobrevive é a cultura do consumo, ou dos consumidores. Nesse trabalho as expressões sociedade de consumo e sociedade de consumidores serão utilizadas como sinônimos.

²⁸³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed.1999. p. 91.

²⁸⁴ Idem. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.p. 41.

e das mulheres venha abraçar a cultura consumista em vez de qualquer outra”.²⁸⁵

Para ser consumista, estratégias de treinamento iniciam-se ainda na infância, assim cultura do consumo tem papel central na formação das pessoas, inclusive na administração de seus espíritos. O consumo é ao mesmo tempo um direito e um dever de todos sem exceção, que se baseia em desempenhos individuais.²⁸⁶

Não se trata de dizer que não existem necessidades e utilidade natural, etc.- trata-se de descobrir que o consumo, enquanto conceito específico da sociedade contemporânea, não consiste nelas. Tal constatação é válida para todas as sociedades. O que para nós tem significado sociológico e que fixa a nossa época sob o signo do consumo é precisamente a reorganização generalizada deste nível primário em sistema de signos que se revela como um dos modos específicos, talvez o modo específico de passagem da natureza à cultura da nossa época.²⁸⁷

Na sociedade de produtores a posse, a apropriação dos bens, era extremamente importante para a segurança e a estabilidade que essa sociedade buscava. Esse modelo de sociedade foi o principal modelo do que Bauman chamou de “fase sólida da modernidade”²⁸⁸

Nesse tipo de sociedade quanto maior melhor, “o tamanho é poder”, havia uma necessidade de organização, de regularidade, de confiança, de duradouro, assim surgindo “estratégias burocráticas e panópticas de dominação”. O indivíduo deveria ser disciplinado, o comportamento deveria ser padrão, a rotina deveria ser seguida, sem questionamentos. A satisfação maior dos indivíduos era “a promessa de segurança a longo prazo, não no desfrute imediato de prazeres”.²⁸⁹

Para estancar as motivações individuais, a sociedade de produtores desvalorizava o já o agora e valorizava a posterior gratificação. Também

²⁸⁵BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.p. 70-71.

²⁸⁶ Ibidem. p. 72-73.

²⁸⁷ Ibidem. p. 72-73.

²⁸⁸ Ibidem. p. 41-42.

²⁸⁹ Ibidem. p. 42-43

pregava o sacrifício individual para poder se alcançar no futuro “uma vida melhor para todos”.²⁹⁰

Numa sociedade de produtores, o longo prazo ganha prioridade sobre o curto prazo, e as necessidades de todos suplantam as necessidades de suas partes – assim, as alegrias e satisfações derivadas de valores “eternos” e “supraindividuais” são consideradas superiores aos efêmeros arroubos individuais; e a felicidade de um maior número de pessoas é posta acima dos problemas de um número menor.²⁹¹

O discurso da felicidade é o parâmetro absoluto da sociedade de consumo, que advém do mito da igualdade da sociedade moderna, a felicidade é, portanto a nova salvação. “Toda a virulência política e sociológica, com que este mito se encontra lastrado desde a Revolução Industrial e as Revoluções do século XIX, foi transferida para a Felicidade”. Para conseguir mensurar a felicidade é importante que o *bem-estar* seja mensurado por *objetos* e signos do conforto, distanciando-se da coletividade e ganhando força a felicidade individual, reforçada pela Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadãos que reconhece ao indivíduo o direito a Felicidade.²⁹²

Aliado ao mito da felicidade, encontra-se o mito da necessidade, que é solidário ao mito do *bem-estar*. A necessidade reforça a igualdade universal, na medida em que perante ela e o princípio da satisfação todos os homens são iguais, já que todos os homens diante do valor de uso dos bens também são iguais. Outra constatação importante da sociedade de consumo é o mito da abundância, sendo que os mais eufóricos diriam que a abundância produz crescimento que produz igualdade. Já para Baudrillard, “o crescimento em si é função da desigualdade. A necessidade que a ordem social *desigualitária*e a estrutura de privilégio têm de se manter é o que produz e reproduz o crescimento como seu elemento estratégico”.²⁹³

No final da década de 1920, em um estágio incipiente, inicia-se a passagem da sociedade de produtores para a sociedade de consumidores.

²⁹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível no mundo de consumidores**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.p.153.

²⁹¹ *Ibidem*. p.154.

²⁹² BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Reimp. Lisboa, Portugal: Edições 70 LDA., 2011.p. 49-50.

²⁹³ *Ibidem*. p. 51-56.

Meio século depois, Bauman destaca que Jurgen Habermas anunciava o fim da sociedade de produtores.²⁹⁴

Ele apontou que, se a reprodução da sociedade capitalista é obtida mediante encontros transnacionais interminavelmente repetidos entre o capital no papel de comprador e o trabalho no de mercadoria, então o Estado capitalista deve cuidar para que esses encontros ocorram com regularidade e atinjam seus propósitos, ou seja, culminem transações de compra e venda.²⁹⁵

Na primeira fase do capitalismo o operário deveria receber somente para suprir suas necessidades básicas, para continuar produzindo. A partir do momento em que se inicia o excedente de mercadorias, onde há um aumento significativo na produção, a classe dominante precisa de “colaboradores” para consumir o excesso, disfarçado agora de “consumidor”.²⁹⁶

Para Lipovstky, do final de 1880 até a Segunda Guerra Mundial, inicia-se a fase I do consumo de massa, onde surgem grandes mercados nacionais, tanto pelo aumento de produção quanto pelo aumento da velocidade em que as mercadorias eram transportadas. A expansão da produção obtém-se pela reestruturação das fábricas, um chassi do modelo “T” da Ford que levava doze horas e 28 minutos para ser montado em 1910, passou para uma hora e 33 minutos em 1914.²⁹⁷

No fim dos anos 1880, nos Estados Unidos, uma máquina já podia fabricar 120 mil cigarros por dia: trinta dessas máquinas bastavam para saturar o mercado nacional. Máquinas automáticas permitiam que 75 operários produzissem todos os dias 2 milhões de caixa de fósforos. A Procter & Gamble fabricava 200 mil sabonetes Ivory.²⁹⁸

²⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 13-14

²⁹⁵ *Ibidem*. p. 14

²⁹⁶ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 31.

²⁹⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 26-27.

²⁹⁸ *Ibidem*. p. 39-50.

Nesse mesmo sentido Baudrillard destaca que o sistema precisa de homens trabalhadores, economizadores e cada vez mais como consumidores, assim o consumo é o novo trabalho, o trabalho social. Na sociedade de consumo o consumidor é o novo trabalhador e o consumo torna-se um poderoso elemento de dominação do indivíduo.²⁹⁹

Mas não eram somente as indústrias que se modernizam, a distribuição também se reestrutura, para assim entra em cena a fase II do capitalismo (1950-1970), segundo Lipovetsky. “Se a fase I começou a democratizar a compra de bens duráveis, a fase II aperfeiçoou esse processo, pondo à disposição de todos, ou quase todos”. Na fase II, fase da “lógica da quantidade”, ocorreu o que foi chamado de “milagre do consumo”, reforçado pela difusão do crédito, onde o poder de compra discricionário amplia-se, dando a massa acesso material antes só permitido as elites sociais.³⁰⁰

A partir de 1970 entra a fase III do capitalismo, a fase de uma “nova relação emocional dos indivíduos com as mercadorias”, onde a publicidade desempenha um grande papel, pois não apenas informa sobre os produtos, mas difunde valores, a imagem criativa das marcas. A publicidade fala de tudo exceto do produto. Nessa fase surge o fetichismo das marcas, o luxo, o hedonismo individual, o hiperconsumo, a ansiedade, o consumo emocional, dando início ao que Lipovetsky cunhou de sociedade do hiperconsumo³⁰¹, terceira etapa do capitalismo.³⁰²

2.2 A TRANSFORMAÇÃO DO INDIVÍDUO EM MERCADORIA, REFÉM DO SISTEMA PRODUTIVO

A comodificação e recomodificação do consumidor têm como objetivo tornar os indivíduos em mercadorias a serem consumidas, é isso na verdade, que define a sociedade de consumidores. Cada membro precisa ser altamente vendável e essa tarefa é difícil e assusta as pessoas. Esse medo é

²⁹⁹ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Reimp. Lisboa, Portugal: Edições 70 LDA., 2011.p. 99-100.

³⁰⁰ LIPOVETSKY, Gilles. op. cit. p. 32-33.

³⁰¹ Para Lipovetsky, na segunda metade do século XX (mais exatamente no final de 1970), sob as novas orientações do capitalismo que constrói dois novos atores: o acionista e o consumidor, uma nova sociedade desponta juntamente com a “civilização do desejo”. Aparentemente nada mudou, mas com o sistema fordista de produtos padronizados, novas estratégias de marketing, com a política de marca, sistema de fidelização, a segmentação do mercado, surge o que o autor chama de sociedade de hiperconsumo. Vide. LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

³⁰² *Ibidem*. p. 32-33.

utilizado pelas empresas para que essas pessoas se aliem aos produtos para combatê-lo. Quantas vezes troca-se de roupa várias vezes até sentir-se confiante para ir em certos lugares. Homens, mulheres, adolescentes, crianças precisam atender certas condições, consumir determinados objetos para serem aceitos.³⁰³

O processo de consumo pode ser analisado, segundo Baudrillard, sob dois aspectos fundamentais, o processo de significação e de comunicação e o processo de classificação e de diferenciação social. Nesse último, os objetos ou signos, ordenam-se por códigos existentes em seu interior e também como “valores estatutários no seio de uma hierarquia”.³⁰⁴

Isso significa, que na sociedade de consumo não são exatamente os objetos e serviços que são consumidos, ou o seu valor de uso, e sim os seus signos. O consumidor torna-se refém do sistema produtivo, é a “ditadura total da ordem de produção”:

Na perspectiva inversa, torna-se claro que todo o aparelho económico e psico-sociológico de estudos de mercado e de motivações, etc., por cujo intermédio se pretende fazer reinar no mercado a procura real e as necessidades profundas do consumidor, existe apenas o fito de induzir tal procura para saída dos produtos, mascarando, porém, o processo objetivo com a encenação do processo inverso. O homem não se tornou objecto de ciência para o homem senão a partir do momento em que os automóveis se tornaram mais difíceis de vender que fabricar.³⁰⁵

A produção determina a necessidade, e as pessoas devem consumir necessidades para serem aceitas em suas classes. É o que Baudrillard chama de “feira das necessidades”. Isso significa que as necessidades e satisfações selecionam a sociedade. “Tanto é assim que as necessidades das classes médias e inferiores são sempre, como os *objectos*, passíveis de atraso e deslocamento no tempo e no plano cultural, em relação às classes superiores”.³⁰⁶

³⁰³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.p. 76-78.

³⁰⁴ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Reimp. Lisboa, Portugal: Edições 70 LDA., 2011.p. 66.

³⁰⁵ *Ibidem*. p. 82.

³⁰⁶ *Ibidem*. p. 69.

Essas necessidades, denominadas para Debord como pseudonecessidade, são criadas para manter a nova sociedade. O excesso de mercadoria gerado pelas forças produtivas precisa ser consumido, “a mercadoria abundante aí está como a ruptura absoluta do desenvolvimento orgânico das necessidades sociais”. O desejo criado é um desejo artificial onde “a força cumulativa de um artificial independente provoca por toda parte a falsificação da vida social”.³⁰⁷

Não se trata de satisfação de necessidades, mas de um sistema de necessidades, criadas pelo sistema produtivista. Esse sistema de necessidades é previamente definido. “Há necessidade de tal ou tal objecto e a psique do consumidor reduz-se a simples vitrina ou catálogo”, “tudo se explica se se admitir que as necessidades e o consumo constituem de facto uma extensão organizada das forças produtivas”.³⁰⁸

Hoje o poder soberano encontra-se nas mãos do mercado de bens de consumo, a falácia da liberdade de escolha pode ser traduzida como um dever de escolha. E quem não estiver apto a ser consumidor será desclassificado e ignorado. Os pobres, pessoas que não possuem poder de compra, que não possuem cartão de crédito, são considerados como “consumidores falhos”, por consequência, são desnecessários e são indesejados. Assim, devem ficar longe das vistas da sociedade, melhor ainda é trancafiá-los em prisões, em lugares onde não perturbem e não coloquem em perigo a atual sociedade.³⁰⁹

Essa incapacidade para o consumo dos que desejam e não podem consumir, resulta em um aumento da criminalidade que Bauman aponta como um dos produtos da sociedade de consumo. As promoções e tentações das novidades lançadas no mercado atingem não somente quem pode adquirir, mas também chegam aos ouvidos daqueles que não podem consumir.³¹⁰

2.3 IMPACTOS NEGATIVOS GERADOS PELA PUBLICIDADE INFANTIL ABUSIVA

São inegáveis os impactos negativos gerados pela publicidade ao público infantil. O maior prejuízo é em relação à formação da personalidade

³⁰⁷ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.p. 45-46.

³⁰⁸ BAUDRILLARD, Jean. op. cit. 2011.p. 85-88.

³⁰⁹BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.p. 159-162.

³¹⁰ Ibidem. p. 164-165.

da criança, além, é claro, dos perigos à saúde e à integridade física.³¹¹As principais consequências apontadas como: mudanças do comportamento, transtornos alimentares e obesidade, erotização precoce, estresse familiar, violência e delinquência e também alcoolismo.

2.3.1 Mudanças do comportamento

Como a criança ainda não possui total capacidade compreensiva para entender as mensagens publicitárias, e muitas vezes pensam ser real tudo a que assistem, a publicidade faz com que o público infantil acredite que, para encontrar a felicidade, é necessário comprar o produto anunciado. A criança “passa a condicionar seu estado de espírito ao consumo, tonando-se compulsivo”.³¹²

Nesse sentido, pode-se dizer que “a publicidade forja um conceito vazio de felicidade” e passa a consumir e descartar, e novamente consumir, pois nunca conseguirá preencher o vazio e obter satisfação através de nenhum objeto.³¹³

Publicidades geram, no final das contas, tristezas, decepções e frustrações por motivos fúteis e banais-tais como o de não possuir determinado produto ou de não usufruir determinado serviço – que nunca seriam dessa forma vivenciados pela criança. Ou, quanto pior, geram inveja, ganância, gula e um consumismo despropositado.³¹⁴

Imerso na compulsão que leva ao consumismo, a criança passa a valorizar mais o “ter” do que o “ser”. O marketing infantil que estuda o comportamento da criança sabe que elas necessitam ser aceitas socialmente e utilizam essa fragilidade para criarem “máscaras” que serão utilizadas por elas para que sejam aceitas. Assim, “as relações afetivas passam a ser

³¹¹ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p.188.

³¹² LESSA, João Marcos Gomes. A regulação da publicidade dirigida a crianças e adolescentes. In: Projeto Criança e Consumo. Instituto Alana (Org.). **Infância e Consumo, estudos no campo da comunicação**. Brasília: Instituto Alana, 2011. p.22.

³¹³ INSTITUTO Alana. **Projeto Criança e Consumo**. Por que a publicidade faz mal para as crianças. Instituto Alana. 2. ed. 2009. p. 17.

³¹⁴ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. op. cit. p.188.

medidas pelas relações de consumo”; por isso; elas adaptam-se rapidamente aos modismos criados pela publicidade.³¹⁵

A publicidade massifica a vontade das crianças. Para serem aceitas, precisam adquirir o produto do momento, retirando sua criatividade e diversidade, “verdadeira riqueza humana”, levando ao encurtamento da infância. Também prejudica a criatividade brinquedos com ideias prontas, ideias muitas vezes geradas pelos comerciais com efeitos especiais. As crianças necessitam relacionar-se com seus brinquedos para o desenvolvimento da sua afetividade, e o descarte de brinquedos prejudica a construção de relações mais sólidas.³¹⁶

A publicidade, muitas vezes, coloca em risco a segurança da criança, pois ela não consegue diferenciar a realidade da fantasia, e os efeitos especiais de muitos comerciais podem não ser compreendidos apesar do alerta “não tente fazer isso em casa”, que é traduzido, muitas vezes, pela criança como “faça isso em casa”.³¹⁷

2.3.2 Transtornos alimentares e Obesidade

Segundo os números do Projeto Criança e Consumo, 30% das crianças brasileiras estão acima do peso, contra 35% (trinta e cinco por cento) em nível mundial. Do total de publicidade dirigida à criança, 50% (cinquenta por cento) são de alimentos e desse percentual 80% (oitenta por cento) são de alimentos não saudáveis.³¹⁸

No entanto, a própria publicidade, que incentiva a criança a comer produtos que os tornam obesos, apresenta como padrão de beleza, pessoas magras. “O bombardeio das publicidades é ambíguo: tanto incentiva comer quanto condena quem não é magro e esbelto ao enaltecer essas características nos personagens das publicidades”. Como visto anteriormente, a criança e o adolescente procuram aceitação social imitando o padrão de comportamento de seu grupo, assim muitas irão sofrer de bulimia e anorexia, para tornarem-se magras e esqueléticas conforme padrão exigido.³¹⁹

³¹⁵ INSTITUTO Alana. **Projeto Criança e Consumo**. Por que a publicidade faz mal para as crianças. Instituto Alana. 2. ed. 2009. p. 17-18.

³¹⁶ *Ibidem*. p. 18-19.

³¹⁷ *Ibidem*. p. 20-21.

³¹⁸ *Ibidem*. p. 23.

³¹⁹ *Ibidem*. p. 23-24.

A obesidade infantil e os transtornos alimentares, como anorexia e bulimia, também são problemas que podem surgir com a banalização do consumo prejudicial à criança e adolescente. Boa parte da publicidade voltada às crianças nos meios de comunicação acessíveis a elas são de alimentos, sendo que predominam os anúncios de *fastfoods*, de modo que a criança é exposta a um excesso de anúncios voltados ao consumo de alimentos pobres em nutrientes e que, em demasia, são nocivos à saúde.³²⁰

Há uma oferta desmedida de alimentos, e isso gera uma compulsão por comer. Além disso, muitas empresas em seus apelos promocionais incentivam o consumo através de prêmios, como brinquedos. É importante que a criança não confunda a hora de comer com a hora de brincar, e mais, que ela não se condicione à comida (no caso de baixo valor nutritivo) com a gratificação (brinquedo). A memória alimentar é construída desde a infância; por isso, é importante que as crianças experimentem alimentos naturais e saudáveis. “Quanto mais células gordurosas uma criança adquirir na infância, mais difícil será, para ela, estar no peso ideal na idade adulta”.

³²¹

Virgílio Afonso da Silva aponta que existem posições contrárias como a do presidente do CONAR, Gilbert Leifert, que defende que a obesidade infantil como outros problemas relacionados com a alimentação não podem ter um único culpado, no caso a publicidade. Mas Virgílio alerta:

É claro que a publicidade de alimentos de baixo teor nutritivo, com excesso de sal, açúcar ou gordura, não pode ser considerada única responsável por nada. Muito menos é possível ver algum nexo de causalidade entre publicidade e obesidade. Mas isso não porque a publicidade não tem nenhum papel nesse problema de saúde pública, mas apenas porque “nexo de causalidade” é uma expressão tão sem sentido nesse contexto que é necessário desmistificá-la desde já. O que pode *causar* obesidade é a ingestão

³²⁰ LESSA, João Marcos Gomes. A regulação da publicidade dirigida a crianças e adolescentes. In: Projeto Criança e Consumo. Instituto Alana (Org.). **Infância e Consumo, estudos no campo da comunicação**. Brasília: Instituto Alana, 2011. p.22.

³²¹ INSTITUTO Alana. **Projeto Criança e Consumo**. Por que a publicidade faz mal para as crianças. Instituto Alana. 2. ed. 2009. p. 25-27.

desmedida de produtos com alto teor de gordura e açúcar, por exemplo... Neste sentido, a publicidade obviamente não *causa* nada. Mas ela é um fator – não o único, saliente-se também – que pode influenciar alguém em seus hábitos de consumo de alimentos com alto teor de açúcar ou gordura, então ela é uma variável nesse problema complexo que é a obesidade infantil.³²²

O Ministério Público vem atuando conforme seu dever, no que tange a denúncias de publicidades abusivas que incentivam o consumo de alimentos e bebidas com baixo valor nutritivo. São consideradas abusivas “porque atentam contra saúde da criança”. Empresas como Coca-Cola, AMBEV, McDonald’s, são exemplos de alvos do Ministério Público. Um dos pedidos do Ministério Público em suas petições iniciais é “que fossem proibidas as publicidades que associem o consumo de produtos em questão a uma vida saudável”, outro pedido é “que fossem as empresas condenadas a não promover concursos, nem distribuir brindes ou prêmios para incentivar o consumo dos produtos questionados”. Algumas ações foram consideradas improcedentes, outras parcialmente procedentes, sendo que uma lei federal específica sobre a publicidade infantil seria a forma mais acertada de resolver esses conflitos.³²³ Alguns resultados foram obtidos e serão relatados no terceiro capítulo.

2.3.3 Erotização Precoce

A criança, por volta dos seis anos de idade, segundo teoria psicanalítica, entra em uma fase de latência, onde deve permanecer para que se desenvolva corretamente até o início da adolescência. Nessa fase, a criança irá construir “barreiras psíquicas que ajudarão, mais tarde, a conter e administrar o instinto sexual”. Porém, se ela for despertada poderá em consequência apresentar vários distúrbios.³²⁴

A publicidade infantil, inúmeras vezes, oferta produtos incompatíveis com a idade da criança, atropelando a infância. Dentre esses

³²² SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil**. Instituto Alana. São Paulo. 2012. p.15.

³²³ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2006. p.192-195.

³²⁴ INSTITUTO Alana. **Projeto Criança e Consumo**. Por que a publicidade faz mal para as crianças. Instituto Alana. 2. ed. 2009. p. 30-31.

produtos ofertados que encurtam a infância podem-se citar: bonecas com corpo de mulher sensual e resolvida (ao invés de bebês), batom, roupas sensuais, sapatos de salto. “Antecipar a fase adulta desvaloriza o gosto de ser criança”.³²⁵

Como a criança ainda não possui estrutura física e nem psicológica para decifrar as mensagens que chegam através da publicidade, que inclui a criança no mundo adulto, o resultado é a perda de valores e a erotização precoce.³²⁶ “A exploração sexual infantil, a gravidez precoce, a violência, o mercantilismo sexual e a perda da autoestima são alguns dos retornos negativos que os altos investimentos da publicidade que explora a erotização na infância podem causar”.³²⁷

2.3.4 Estresse Familiar

Na sociedade de consumo exige-se que as pessoas sejam consumidores exemplares e não consumidores falhos. Para conseguir adquirir os produtos anunciados e satisfazer os desejos dos filhos, que viram necessidades, muitos pais se ausentam de casa, deixando as crianças expostas aos diversos apelos publicitários. Os pais, diante de apelos insistentes de seus filhos por produtos anunciados, muitas vezes acabam cedendo e consumindo, até para fugir de lhes dizerem “não” incansáveis vezes.³²⁸

Apesar de proibido pela autorregulamentação (CONAR), os comerciais induzem as crianças a serem persistentes na hora de pedir aos pais que compre o produto anunciado. Como a lógica da sociedade atual é o consumismo extremo, as crianças e os pais acreditam que só conseguirão ser felizes e incluídos na sociedade quando consumir os produtos “da moda”.³²⁹ Como já citado anteriormente quase metade das mães (48,5%) admitem que seus filhos não desistem até a realização da compra³³⁰, que

³²⁵ INSTITUTO Alana. **Projeto Criança e Consumo**. Por que a publicidade faz mal para as crianças. Instituto Alana. 2a. ed. 2009. p. 31-33.

³²⁶ LESSA, João Marcos Gomes. A regulação da publicidade dirigida a crianças e adolescentes. In: Projeto Criança e Consumo. Instituto Alana (Org.). **Infância e Consumo, estudos no campo da comunicação**. Brasília: Instituto Alana, 2011.p.22.

³²⁷ INSTITUTO Alana. op. cit. p. 29.

³²⁸ Ibidem. p. 35-36.

³²⁹ Ibidem. p. 41-43.

³³⁰ Ibidem.

são muitas vezes de itens supérfluos, comprometendo o orçamento familiar, gerando a inadimplência e por consequência um estresse familiar.³³¹

A pesquisa revela que 36,7% das mães já ficaram endividadas pelas compras que fazem para os filhos. É um percentual expressivo e que demonstra, na prática, os prejuízos causados pelo consumo infantil nas finanças familiares. As consequências do consumo infantil também envolvem o excesso de trabalho: 22,7% das mães dizem trabalhar mais que o necessário para manter o padrão de vida do filho. Ao lado disso, o estudo mostra que as compras feitas para as crianças podem ser motivo de brigas com os cônjuges (11,1%) e fonte de estresse e angústia (9,6%). Finalmente, observa-se que há uma relação entre desequilíbrio financeiro e mães que encaram o consumo como meio de proporcionar felicidade aos filhos: entre as mães que acreditam que dar todos os brinquedos e passeios fará a criança mais feliz, 30,9% estão no vermelho, contra 15,8% entre as que não pensam desta forma. Também há maior proporção de mães endividadas entre as que costumam dar tudo que os filhos pedem: 26,1%, contra 15,5% entre as mães que não agem assim.³³²

Refém da publicidade abusiva, as crianças entram em conflito com autoridade paterna, pois são insistentes causando estresse e desgaste familiar. Muitos conseguem o que querem pelo esgotamento dos pais, retirando a autoridade dos mesmos, causando sérias consequências para a própria criança, além de desestabilização de toda a família.³³³ A publicidade faz com que a presença dos pais na educação das crianças pareça ser desnecessária. Ela diminui e “menospreza a competência dos pais em educar os filhos”.³³⁴

³³¹ *Ibidem*. INSTITUTO Alana. Projeto Criança e Consumo. **Por que a publicidade faz mal para as crianças**. Instituto Alana. 2. ed. 2009. p. 39-40.

³³² SPC Brasil. **Consumo Infantil**. set. 2015. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/analise_consumo_infantil_setembro_20151.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

³³³ LESSA, João Marcos Gomes. **A regulação da publicidade dirigida a crianças e adolescentes**. In: Projeto Criança e Consumo. Instituto Alana (Org.). Infância e Consumo, estudos no campo da comunicação. Brasília: Instituto Alana, 2011. p.23.

³³⁴ INSTITUTO Alana. **Projeto Criança e Consumo**. Por que a publicidade faz mal para as crianças. Instituto Alana. 2. ed. 2009.p. 45-47. op. cit. p. 41-42.

Um exemplo desta manobra foi veiculado, há pouco tempo, em um comercial mostrando dois automóveis, sendo um equipado com um aparelho de DVD e outro não. Para vender o produto, a mensagem mostra que, no carro sem o aparelho, os pais estão desesperados por não saberem como conter os conflitos entre os filhos. Já no carro equipado com o aparelho, o clima é de total tranquilidade. Além de desmerecer a competência dos pais em educar os filhos, a mensagem sugere que o comportamento das crianças quietinhas frente à tela do DVD – e isoladas entre si – é um exemplo de conduta a ser seguida.³³⁵

As relações sociais cada vez mais sofrem influências do consumismo. É importante que a família tenha um diálogo aberto, e as crianças sejam educadas desde pequenas para que a influência da publicidade prejudique o mínimo possível seu desenvolvimento. Só que a realidade da família brasileira é bem diferente da ideal, geralmente os pais estão ausentes de casa para conseguir mais dinheiro para satisfazer seus desejos e de seus filhos. Não têm um diálogo aberto, não têm educação e argumentos e são manipulados como as crianças. O ciclo nunca se fecha, gerando um estresse cada vez maior, para poder adquirir os produtos anunciados e para conseguir negar aos filhos o que não podem adquirir.

2.3.5 Violência e Delinquência

A publicidade seduz tanto quem pode quanto quem não pode comprar os produtos anunciados. Para maioria das crianças o desejo despertado pela publicidade deve ser atendido, tornando-se cada vez mais intolerantes com as negativas que recebem. Essa frustração gerada por não poder adquirir os produtos, pode contribuir para a decisão de obter o produto à força, pois como todos, as crianças desejam ser incluídas na vida social. Por isso, “o roubo é também uma busca pela inclusão social”.³³⁶

Pesquisa realizada pela Fundação Casa revela o que muitos adolescentes recolhidos até 2006 objetivavam com o ato infracional equiparado ao roubo:

³³⁵ *Ibidem.* p. 42.

³³⁶ *Ibidem.* p. 45-47.

A crença de que poderão ser inseridos socialmente se puderem possuir os mesmos objetos que outros cidadãos mais afortunados possuem, é muito forte entre eles. A apuração final da pesquisa revelou que, dentre todos os delitos, a maior incidência é a de roubos qualificados, ou seja, 53,35% enquanto os crimes contra a vida oscilam na faixa dos 10%. Portanto, além das justificativas dadas por eles para as infrações cometidas, o tipo de delito predominante na pesquisa confirma que a razão de roubarem é, antes de tudo, a convicção de que as pessoas são tão valiosas quanto os objetos que podem comprar.³³⁷

Ainda sobre a relação entre o ato infracional e o desejo de consumo, vale mencionar resultado da pesquisa contratada pela Fundação Procon-SP, realizada pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção de Delitos e Tratamento de Delinquentes - ILANUD sobre consumo, violência e juventude, em 2010, que entrevistou 129 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa e 81 adolescentes residentes em alta (Brasilândia) e baixa vulnerabilidade (Perdizes). Um dado interessante revelado na pesquisa, é que os adolescentes entrevistado não possuem o hábito de ler, sendo os meios de comunicação mais utilizados são a TV como 43% e a internet com 32%. “Juntos, televisão e internet, criam poderosos padrões de necessidades, desejos, sentimentos e comportamentos, levando, muitas vezes, à frustração, insatisfação e baixa autoestima dadas as dificuldades em alcançar a felicidade e sucesso veiculadas nesses meios de comunicação, muito atreladas à imagem e condição social.”³³⁸

Os produtos mais consumidos tanto pelos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa quanto os de Brasilândia e Perdizes, roupas e sapatos são os principais itens de consumo. Dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativas quando questionados sobre a motivação para a prática do ato infracional pelo qual foram acusados, 48% apontam como justificativas questões relacionadas

³³⁷ INSTITUTO Alana. Projeto Criança e Consumo. **Por que a publicidade faz mal para as crianças**. Instituto Alana. 2. ed. 2009.p. 45-47. p. 46-47.

³³⁸ ILANUD. **Consumo, Violência e Juventude**, 2010. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_sumário_executivo_ilanud_2010.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017

aos bens de consumo³³⁹e 19% apontam questões relacionados à identidade³⁴⁰.

Assim, as motivações para a prática de atos infracionais relacionados aos bens de consumo corroboram com a hipótese de que a cultura de consumo, de maneira mais geral, e o desejo de possuir determinados bens, de forma específica, são fatores que, a despeito de não serem necessariamente únicos ou de maior relevância, integram as dinâmicas da violência.³⁴¹

Pode-se concluir que muitos atos infracionais equiparados a furtos ou roubos são praticados por adolescentes como tentativa de inclusão social. As crianças e adolescentes necessitam serem aceitas, e por consequência da publicidade, necessitam daquele produto que foi anunciado. Como muitas famílias não possuem condições financeiras para satisfazer as necessidades do adolescente, esses muitas vezes optam pelo “caminho mais curto”.

2.4 SOCIEDADE DE EXCESSOS E O SUPERENDIVIDAMENTO DAS FAMÍLIAS

Uma das características da síndrome cultural consumista está em valorizar a novidade acima da permanência, envolvendo sempre o excesso e o desperdício de maneira veloz, encurtando cada vez mais o tempo entre a satisfação e o depósito de lixo.³⁴²

Para ser eficaz, a tentação de consumir, e de consumir mais deve ser transmitida em todas as direções e dirigida indiscriminadamente a todos que se disponham a ouvir. No entanto, o número de pessoas

³³⁹ Foram 129 entrevistados, sendo que o resultado dos motivos ligados à bem de consumo foram: queria muito o objeto (1), comprar moto (3), comprar drogas (5), vontade de ter coisas mais rapidamente sem trabalhar (9), comprar roupas e tênis (20), ter dinheiro (17) e comprar bebidas em festas/baladas (7).

³⁴⁰ Foram 129 entrevistados, sendo que o resultado dos motivos ligados à identidade: independência (4), causar impressão com as meninas (4), provocações e brigas entre grupos (7), dar um rolê de carro ou moto (2), influência de amigos (8).

³⁴¹ ILANUD. **Consumo, Violência e Juventude**, 2010. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_sumário_executivo_ilanud_2010.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

³⁴² *Ibidem*. p. 159-162.

capazes de ouvir é maior do que daquelas que podem reagir da maneira pretendida pela mensagem sedutora. Os que não podem agir de acordo com os desejos induzidos são apresentados todos os dias ao olhar deslumbrado daqueles que podem. O consumo excessivo, aprendem eles, é sinal de sucesso, uma auto-estrada que conduz ao aplauso público e à fama. Eles também aprendem que possuir e consumir certos objetos e praticar determinados estilos de vida são condições necessárias para a felicidade.³⁴³

A filosofia da sociedade de consumo é evitar que as necessidades sejam satisfeitas, sempre induzindo a demanda pela oferta, inclusive de sociedades financeiras. “No que diz respeito à filosofia dos negócios os empréstimos não são exceção: a oferta de empréstimos deve criar e ampliar a necessidade de empréstimos”.³⁴⁴

Um dos problemas mundiais contemporâneos é o superendividamento do consumidor. O superendividamento, também conhecido como falência ou insolvência, ocorre quando o devedor não consegue pagar suas dívidas, ao menos momentaneamente. Frisa-se que o superendividamento pode atingir tanto a pessoa física quanto a jurídica, nesse trabalho o foco está no superendividamento do consumidor como pessoa física e em consequência a problemática que isso ocasiona nas relações familiares.

São várias as razões apontadas para a ocorrência do superendividamento. O excesso de crédito e a sua concessão indiscriminada e irresponsável é apontado como o principal motivo para a falência do consumidor, pois sem veria o consumo. O cartão de crédito é apontado em estudos nos Estados Unidos como um dos mais importantes fatores para a ocorrência do superendividamento do consumidor, potencializando o risco.³⁴⁵

A introdução dos cartões de crédito foi um sinal do que viria a seguir. Foram lançados no ‘mercado’ cerca

³⁴³ ILANUD. **Consumo, Violência e Juventude**, 2010. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_sumário_executivo_ilanud_2010.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017. p. 165.

³⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citali Rovirosa-Madrazo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010. .p. 29.

³⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. LIMA, Clarissa Costa de. **Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família**: estudo sobre as repercussões do superendividamento sobre as relações familiares. Revista de Direito do Consumidor. Ano 23, V,1, Jan/Fev, 2014. p. 98-99.

de 30 anos atrás, com o slogan exaustivo e extremamente sedutor de ‘Não adie a realização do seu desejo’. Você deseja alguma coisa, mas não ganha o suficiente para adquiri-la? Nos velhos tempos, felizmente passados e esquecidos, era preciso adiar a satisfação (e esse adiamento, segundo um dos pais da sociologia moderna, Max Weber, foi o princípio que tornou possível o advento do capitalismo moderno): apertar o cinto, privar-se de certas alegrias, gastar com prudência e frugalidade, colocar o dinheiro economizado na caderneta de poupança e ter esperança, com cuidado e paciência, de conseguir juntar suficiente para transformar sonhos em realidade.³⁴⁶

Pode-se citar outros fatores para o crescente superendividamento das famílias, como a impulsividade, a falta de educação financeira, o hiperconsumo.³⁴⁷ No entanto o crédito ainda é apontado como o principal fator, já que sem ele não há consumo. O que as sociedades financeiras não declaram em sua publicidade, é que não querem que seus devedores paguem seus débitos, pois são justamente os débitos, e os juros exorbitantes, que dão lucro aos bancos credores. Assim quanto maior a contratação de crédito, mais sucesso terão os bancos.³⁴⁸

O crédito desempenha papel fundamental na sociedade de consumo, pois sob o manto da gratificação, abundância, mentalidade hedonista, constitui-se como “um processo disciplinar de extorsão da força de trabalho” que “liberta dos velhos tabus da poupança”.³⁴⁹

O superendividamento atinge países com economias, culturas e características diferentes, sendo que “a desregulamentação dos mercados de crédito, mediante redução dos mecanismos de controle pelos bancos centrais do nível de crédito ao consumo e da abolição do teto de juros”, são razões apontadas para esse problema.³⁵⁰

³⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citali Rovirosa-Madrazo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010. .p. 30.

³⁴⁷ MIRAGEM. Bruno. LIMA, Clarissa Costa de. op. cit.. p.96-99.

³⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. op. cit. .p. 30.

³⁴⁹ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Reimp. Lisboa, Portugal: Edições 70 LDA., 2011.p. 96.

³⁵⁰ MIRAGEM. Bruno. LIMA, Clarissa Costa de. **Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família**: estudo sobre as repercussões do superendividamento sobre as relações familiares. Revista de Direito do Consumidor. Ano 23, V.1, Jan/Fev, 2014. p.97.

Nos Estados Unidos, o próprio Estado participou da criação de novos créditos, foi o presidente Clinton que autorizou as hipotecas *subprime*, o endividamento médio das famílias cresceu “22% nos últimos oito anos”, “a soma total das aquisições com cartões de crédito não ressarcidas cresceu 15%”.³⁵¹ “A cooperação entre o Estado e mercado no capitalismo é a regra: conflito entre eles, quando acontece, é exceção”³⁵²

A falência do Estado de Bem-Estar Social também é apontada como fator que contribuiu para o superendividamento, em que não há mais oferta de educação, assistência médica, segurança de qualidade, e ainda pelos cortes nos gastos com programas ou benefícios sociais.³⁵³ Bauman denuncia que os indivíduos estão cada vez mais abandonados em termos de recursos, e que problemas socialmente concebidos carecem de recursos e habilidades particulares.³⁵⁴ As incertezas e as vulnerabilidades trazidas com o livre mercado são apontadas hoje como problemas e falhas individuais, e são os indivíduos que devem enfrentar seus problemas com seus próprios recursos.³⁵⁵

Também a impulsividade aparece como uma das razões do superendividamento das pessoas físicas. A compulsão por compras, ou a oniomania, foi descrita pela primeira vez por um psiquiatra alemão, Emil Kraepelin, em 1915. Foi somente após os anos de 1990 que a doença passou a chamar a atenção dos estudiosos inclusive no Brasil, mas seus estudos ainda se encontram na fase embrionária.³⁵⁶

A compulsão por compras tem sempre uma conotação patológica e pode receber outras designações, como oniomania, transtorno do comprar compulsivo ou *compulsive buying* (em inglês). Caracteriza-se por um estado constante no qual o indivíduo tem a mente dominada por pensamentos intrusivos (que entram e tomam conta de sua cabeça) e repetitivos relacionados à necessidade de adquirir diversos produtos ou mercadorias. Esses pensamentos

³⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citali Rovirosa-Madrado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010. p. 32.

³⁵² *Ibidem*. p. 39.

³⁵³ MIRAGEM, Bruno. LIMA, Clarissa Costa de. op. cit.. p.98.

³⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. op. cit. p.59-60.

³⁵⁵ *Ibidem*. p.112.

³⁵⁶ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas**: do consumismo à compulsão por compras. São Paulo: Globo, 2014. p. 47-48.

se tornam obsessivos, e o ato de comprar adquire caráter de urgência que tem o intuito de aliviar o terrível mal-estar interno gerado por tais pensamentos. Esse estado interno de desespero é vivenciado com níveis imensuráveis de ansiedade e angústia e recebe o nome de fissura. E a presença dela é a condição essencial para que o diagnóstico de compulsão por compras seja realizado. O estado de fissura, sem tratamento adequado, só encontra alívio no ato de comprar. A questão é que, com o passar do tempo, a sensação de alívio tensional obtido com as compras vai diminuindo a sua duração, e o comprar acaba tomando todo o tempo do indivíduo. Isso promove uma verdadeira destruição em sua vida e na dos familiares.³⁵⁷

A necessidade de consumir somente não basta, deve ser transformada em “compulsão ou vício”, para resolver seus problemas, para o alívio de suas dores, as pessoas deverão por hábito procurar apenas as lojas. A permanente insatisfação, a desvalorização do produto logo após sua aquisição, é o que faz a sociedade de consumo prosperar.³⁵⁸

No Brasil, em pesquisa realizada pelo Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo no ano de 2000, revelou que 3% dos brasileiros sofriam com essa doença. Isso é equivalente a 6 milhões de pessoas, sendo que a maioria delas era de mulheres. Já em 2012, o SERASA³⁵⁹ apontou que 7,9% da população brasileira estaca no quadro de inadimplentes, isso em números totaliza 14 milhões de brasileiros.³⁶⁰

As transformações familiares, como a influência e participação das crianças e adolescentes no consumo familiar, é um fator que não pode

³⁵⁷ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas**: do consumismo à compulsão por compras. São Paulo: Globo, 2014. p. 46-47.

³⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível no mundo de consumidores**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

³⁵⁹ Serasa Experian, ora denominada apenas de Serasa (Serviços de Assessoria S/A), foi criada pela Associação de Bancos do Estado de São Paulo (Assobesp) juntamente com a Federação Brasileira das Associações de Bancos (Febraban) para centralizar as informações de créditos para pessoas jurídicas. Hoje é uma das maiores empresas cadastrais do mundo, e é líder mundial em serviços de informações, que também atua em serviços de marketing e atendimento a pessoa física. SERASA Experian. **Breve histórico**. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/quem-somos/institucional/historico/>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

³⁶⁰ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas**: do consumismo à compulsão por compras. São Paulo: Globo, 2014. p. 48-50.

passar despercebido. As crianças e adolescentes estão cada vez mais expostos aos apelos mercadológicos, cada vez mais interferem nas decisões de consumo da família. No passado essa pressão consumista não era exercida de forma tão violenta. Os filhos participam das decisões de consumo junto com seus pais, e muitos, mesmo com dificuldades econômicas, por culpa e vergonha, tentam manter o mesmo padrão de vida, agravando mais a situação financeira da família.³⁶¹

O superendividamento repercute diretamente nas relações familiares. O estresse financeiro desencadeia uma série de sentimentos negativos como insegurança, culpa, raiva, vergonha, podendo inclusive a romper relações conjugais e atingindo de maneira direta os filhos.³⁶²

O estresse e a tensão decorrentes dos problemas financeiros repetiram-se para alguns consumidores brasileiros que participaram do Projeto de Tratamento das Situações de Superendividamento no Poder Judiciário do RS. O consumidor Antônio tomou conhecimento do Projeto de Tratamento do Superendividamento no consultório médico, quando buscava ajuda para as dores de cabeça e enjoos decorrentes do estresse e da tensão gerados pela cobrança das dívidas que se acumulavam em razão dos altos juros. A consumidora Marisa, em razão dos problemas financeiros, ficou sem energia elétrica por mais de um ano em sua residência e dependia do auxílio dos vizinhos para sustentar os três dependentes. A consumidora Silvia estava em aparente sofrimento psíquico por temer que o marido soubesse que estava superendividada com o cartão de crédito, narrando que ‘ele não pode saber que estou devendo’, ‘não sei esconder, se ele descobre que não fui ao trabalho e estou vindo aqui’, ‘se meu esposo souber ele vai me matar’. O consumidor Tadeu tinha quase todo o salário descontado pelo empréstimo consignado, restando-lhe somente R\$ 30,00, o que inviabiliza o sustento da família e sobretudo, o

³⁶¹ MIRAGEM. Bruno. LIMA, Clarissa Costa de. **Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família**: estudo sobre as repercussões do superendividamento sobre as relações familiares. Revista de Direito do Consumidor. Ano 23, V,1, Jan/Fev, 2014. p.102-105.

³⁶² *Ibidem*. p.103-104.

pagamento dos remédios para o filho que sofria de paralisia cerebral e epilepsia.³⁶³

A família é protegida constitucionalmente no Brasil pelo art. 226³⁶⁴ da Constituição Federal, seus membros têm dever mútuo de assistência, inclusive no sustento dos filhos, conforme o art. 229³⁶⁵ da Constituição Federal. No entanto, a legislação brasileira ainda carece de mecanismos para conter o superendividamento do consumidor, a exemplo de outros países, como Dinamarca, França, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Alemanha, Albânia, Áustria, Estônia, Holanda, Finlândia, Noruega, Suécia, Nova Zelândia, Reino Unido, Canadá e Estados Unidos, que passaram a regulamentar em seus ordenamentos o tratamento do fenômeno do superendividamento.³⁶⁶

Outro ponto que merece destaque e que reflete diretamente nas relações familiares dos dias atuais, é a “culpa” que os pais carregam por estar sempre ausentes. O consumismo exacerbado, “atua para manter a contrapartida emocional do trabalho e da família” é um ciclo que se repete. Os trabalhadores são “bombardeados” por três horas diárias com publicidades que impõem certas necessidades que precisam ser satisfeitas e que custam dinheiro. Para ter mais dinheiro é necessário que se trabalhe mais, e assim as pessoas ficam cada vez mais ausentes de suas casas. Essa ausência é recompensada através de presentes, que também precisam de dinheiro para serem adquiridos, assim “materializam o amor”.³⁶⁷

Entre mães que acreditam que o consumo traz felicidade e por isso compram todos os brinquedos e passeios que a criança pede, 30,9% estão endividadas, já que não sobra dinheiro para os outros compromissos. Já as mães que não acreditam no mito da felicidade divulgado pela publicidade, esse número cai para 15%.³⁶⁸

³⁶³ MIRAGEM, Bruno. LIMA, Clarissa Costa de. **Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família**: estudo sobre as repercussões do superendividamento sobre as relações familiares. Revista de Direito do Consumidor. Ano 23, V.1, Jan/Fev, 2014. p.104-105

³⁶⁴ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017

³⁶⁵ “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Ibidem.

³⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. LIMA, Clarissa Costa de. op. cit. p.109.

³⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.p. 153.

³⁶⁸ SPC Brasil. **Consumo Infantil**. set. 2015. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/analise_consumo_infantil_setembro_20151.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Cada vez mais os familiares evitam o confronto, as longas e tortuosas discussões para resolver seus desentendimentos e discordâncias. Habilidades como o diálogo, empatia dão lugar à materialização do amor e dos cuidados amorosos, que se intensificam com o estímulo dado pelas mensagens publicitárias. Além de ser menos desgastante, economiza tempo, e tempo é dinheiro.³⁶⁹

Para reflexão! Reportagem da Folha de S. Paulo, em 20.12.2016, realizada por Rosely Sayão, psicóloga e consultora em educação, com vinte crianças de idade entre cinco e onze anos, revela que no Natal todas esperam receber presentes, mas também foram unânimes em evidenciar o fato de estar com a família extensa reunida. Inclusive várias gostariam que esse momento, de estar juntos, realizar refeições juntos, pudesse ser repetido mais vezes ao ano.³⁷⁰ Estar presente é o melhor presente para as crianças.

2.5 O PAPEL DA PUBLICIDADE NA SOCIEDADE ATUAL

Na atual sociedade, com a massificação das informações pelos meios de comunicação, em especial o televisivo a partir da década de 40, a publicidade, além de informar, adquire um novo formato, o da persuasão, do convencimento do consumidor, principalmente pelos “recursos especiais e do enaltecimento dos benefícios e vantagens de produtos e serviços anunciados”.³⁷¹

Importante primeiramente fazer a diferenciação entre publicidade e propaganda, já que muitos utilizam essas palavras como sendo sinônimas. Há entre elas uma diferenciação técnica, sendo que a publicidade tem objetivo comercial e a propaganda tem objetivo diverso.³⁷²

2.5.1 Publicidade e propaganda, qual a diferença?

O termo propaganda é proveniente do latim *propagare*, que significa difundir, propagar. Assim, da origem da palavra torna-se possível extrair o

³⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. op. cit. p. 153-154.

³⁷⁰ SAYÃO, Rosely. **As crianças querem presentes, mas também estar com a família reunida.** Folha, 20 dez. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/roselysayao/2016/12/1842959-as-criancas-querem-presentes-mas-tambem-estar-com-a-familia-reunida.shtml>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

³⁷¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez Magalhães. **Publicidade e direito.** São Paulo: Editora e Revista dos Tribunais, 2010.p. 27.

³⁷² GUIMARÃES, 2007. p.97.

conceito de propaganda, consistindo essa em toda atividade que vise a difundir ideias. A propaganda surgiu na Igreja Católica, mais precisamente por volta de 1630, para “difundir a fé cristã pelo mundo”. Havia um departamento especializado que realizava a “Congregação para a propagação da fé”, que logo se tornou um sucesso. Devido ao êxito obtido com a propaganda na Igreja Católica, a mesma foi utilizada na Primeira Guerra Mundial a pedido do presidente dos Estados Unidos e idealizada pelo jornalista Walter Lippman e o psicólogo Edward Bernays, onde se iniciou o seu estudo pela primeira vez como uma ciência.³⁷³

Ainda, depois da Primeira Guerra, a propaganda foi amplamente utilizada na Segunda Grande Guerra, tanto por Hitler e o partido nazista, quanto pelas forças Aliadas. No entanto, a propaganda de Hitler foi identificada como enganosa e serviu para identificar o “poder e a influência que tal técnica pode exercer sobre o seu interlocutor”.³⁷⁴

Já a publicidade é praticada desde a Roma antiga; no entanto, sua técnica iniciou o desenvolvimento a partir da revolução industrial e comercial. As cidades ficaram cada vez maiores, impossibilitando o contato direto entre as pessoas, e a publicidade passou a ter o papel de informar os consumidores sobre os produtos e serviços ofertados. Com o surgimento da sociedade de massa, com a crescente concorrência, a publicidade passa a desempenhar um novo papel, de incutir nos consumidores a “necessidade de aquisição desses bens e serviços”.³⁷⁵

A propaganda e a publicidade chegaram ao Brasil com a Família Real. Com a Independência, a publicidade gira em torno dos escravos que eram negociados como “mercadorias”. Com a Abolição da Escravidão o modelo europeu tomou conta da vida dos brasileiros e a publicidade volta-se aos produtos importados, ensinando como deveria formar-se o padrão de vida moderno.³⁷⁶

Apesar das diferenças conceituais, a Constituição Federal do Brasil de 1988 não faz distinção entre os termos publicidade e propaganda. “Assim, por exemplo, ela fala em “propaganda” (art. 220, § 3º, II), “propaganda comercial” (art. 22, XXIX, e § 4º do art. 220 da CF/88),

³⁷³ SPERANZA, Henrique de Campo Gurgel. Publicidade Enganosa e Abusiva. In: Revista **Síntese Direito Civil**. Nota: Continuação de Revista IOB Direito Civil e Processual Civil. V.12, n.83, mai/jun. 2013, p.34-62. Síntese – IOB. São Paulo – SP..p. 36-38.

³⁷⁴ *Ibidem*. p. 37-38.

³⁷⁵ GUIMARÃES, 2007. p.95-96.

³⁷⁶ SPERANZA, Henrique de Campo Gurgel. *op. cit.* p. 38.

“publicidade dos atos processuais” (art. 5º, LX), “publicidade” (art. 37, caput e § 1º)”.³⁷⁷

Dias também aponta o equívoco existente na legislação brasileira no que tange à distinção conceitual entre publicidade e propaganda, citando além da confusão feita na Constituição brasileira, os arts. 56, XII e 60 do Código de Defesa do Consumidor, que impõe a “contrapropaganda”, resultante da publicidade enganosa ou abusiva.³⁷⁸

Corroborando com essa posição, Antônio Herman Benjamin também aponta que há diferenças dos conceitos de publicidade e propaganda, no entanto “os termos são utilizados indistintamente no Brasil”, e habitualmente os dois termos são utilizados como sinônimos, inclusive pelo Código de Defesa do Consumidor”.³⁷⁹

A distinção, em verdade, não é percebida muitas vezes nem pelo próprio legislador, ou mesmo pelo constituinte. A própria Constituição brasileira, ao prever restrições à publicidade de produtos perigosos, utiliza-se a expressão propaganda, como se percebe do seu art. 220, §4º³⁸⁰. Contudo, para o propósito do exame que ora faz, a distinção é de grande utilidade por destacar o aspecto essencial da atividade publicitária, que é sua finalidade predominantemente econômica.³⁸¹

Conclui-se que, apesar de tecnicamente existir diferença entre os termos, vê-se que não somente para o legislador, mas de maneira geral, convencionou-se que publicidade e propaganda são sinônimas, mas para o

³⁷⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p.510.

³⁷⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora e Revista dos Tribunais, 2010.p. 24.

³⁷⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 254.

³⁸⁰ “Art. 220 [...] § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

³⁸¹ MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Instituto Alana: São Paulo, 2014. p. 4-5.

estudo da abusividade da publicidade infantil é necessário que se tenha em mente que a publicidade tem sempre finalidade econômica.

2.5.2 O papel da publicidade na atual sociedade de consumo

A história da publicidade inicia-se na metade do século XIX e coincide-se com o desenvolvimento industrial e o consumo de massa. Foi a partir dos anos de 1880 que agências especializadas criam as primeiras campanhas nacionais de marca. Mas é pós 1920 que os anúncios exploram “temáticas e registros inéditos”, como elogios a mulher, culto a auto-realização, conforto, lazer, valorização da juventude.³⁸²

Com o advento da sociedade de consumo, dos meios de comunicação e do aumento da concorrência, a partir do século XX, além da função de informativa a publicidade passa a ter a finalidade de persuadir o consumidor. “Tornou-se, assim, fundamental ferramenta para busca de novos clientes”, também alterou sua linguagem tornando-a “cada vez mais atrativa e dotada de apelos lógicos e emocionais”.³⁸³

Como sociedade de consumo, ou seja, nas sociedades com alto desenvolvimento industrial capitalista, onde diante do excedente de produção o consumo passa a ser massivo, torna-se mais difícil vender do que produzir. O excesso de oferta e a diversidade de bens e serviços postos à disposição do consumidor levam as estratégias de *marketing*, da qual a publicidade é uma delas, tornarem-se extremamente agressivas e sedutoras.³⁸⁴

O mercado segue a lógica da oferta e demanda, e para impulsionar o mercado é necessário estimular a demanda. Essa função é destinada ao *marketing*, que trabalha basicamente em quatro pontos, chamados de composto de *marketing*: produto, preço, ponto e promoção. A publicidade insere-se no composto da promoção sendo essencial para o marketing. Ela tem papel decisivo no mercado e é responsável pelo sucesso o insucesso de uma empresa no mercado através do estímulo da demanda.³⁸⁵

³⁸² LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 173.

³⁸³ DIAS, Lucia Ancona Lopez Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora e Revista dos Tribunais, 2010. p. 27-28.

³⁸⁴ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In. PASQUALOTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 115.

³⁸⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez Magalhães. op. cit. p. 27-28.

As práticas comerciais, incluindo a publicidade que é uma das técnicas de marketing, servem para aproximar o consumidor do produto ofertado. Como na sociedade atual, as práticas comerciais estão inseridas em um novo modelo econômico social, assim como o fenômeno de massa, sem elas não existiria a sociedade de consumo.³⁸⁶

A proliferação social da publicidade, atingindo a maioria absoluta dos homens, torna inegável ser o instituto poderoso instrumento de influência do consumidor, com atuação direta nas fases de convencimento e de decisão de consumir, afetando sobremaneira a relação de consumo.³⁸⁷

Estudiosos da publicidade destacam cinco tarefas que o anúncio publicitário deve resolver: “1) chamar a atenção; 2) despertar o interesse; 3) estimular o desejo; 4) criar convicção e 5) induzir a ação.”³⁸⁸ Mas como visto, há muito mais por trás da publicidade, que ultrapassa a fronteira de induzir e criar desejos.

Baudrillard denuncia que, além do sentido convencional da publicidade, a função da mesma, como meio de comunicação de massa, não advém de seu conteúdo, da informação do objeto real, e sim de signo para signo, de objeto para objeto, de consumidor para consumidor. Apesar da importância do mundo concreto, do público real, “cada imagem e cada anúncio impõe o consenso de todos os indivíduos virtualmente chamados a decifrá-los, ou seja, depois de descodificarem a mensagem, aderir automaticamente ao código em que ela for codificada”.³⁸⁹

A publicidade criativa, no entanto, requer um público mais ativo, assim “o objetivo da publicidade não é mais dirigir mecânica ou psicologicamente um consumidor rebaixado à condição de objeto, mas estabelecer uma relação de convivência”, acessar o emocional, criar um laço de cumplicidade, “compartilhar um sistema de valores”.³⁹⁰

³⁸⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al (org.). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I...p.262.

³⁸⁷ TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. **Delitos publicitários**. Curitiba: Juruá, 2007. p.51.

³⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.. 265.

³⁸⁹ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Reimp. Lisboa, Portugal: Edições 70 LDA., 2011.p. 161-162.

³⁹⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 181-182.

A influência da publicidade faz-se cada vez mais presente, há uma inflação publicitária, “um indivíduo vê agora, aos que nos garantem, mais de 2500 anúncios publicitários por dia”. A onda publicitária não deixa espaços livres à presença das marcas, dos signos comerciais, “não se trata mais de apenas de estimular necessidades e reflexos condicionados, mas de criar laços emocionais com as marcas”.³⁹¹

No estágio III, a publicidade se ismiscui em todos os interstícios da vida, inunda todos os continentes, apodera-se de todos os referenciais, tira partido de todos os registros. Mesmo que o “fora das mídias” reestruture as políticas de comunicação, o certo é que a publicidade parece mais onipresente e instrutiva do que nunca, não apenas pelo expansionismo das marcas, mas também em razão das políticas de sinergia comercial e do alongamento do tempo médio passado diante da tela da televisão. Quanto a isso, o importante não é tanto que a publicidade clássica seja suplantada por outras estratégias de comunicação, mas que se desenvolva um processo de promoção de marcas por todos os meios, fazendo a forma ou a lógica da publicidade – muito além, do fato, da publicidade canônica – entrar numa dinâmica diversificada, ininterrupta, hipertrófica.³⁹²

A publicidade é elemento principal para que a relação de consumo aconteça, é “um grande instrumento da atividade econômica”, ela deve motivar, educar e orientar o consumidor.³⁹³ A publicidade, além de ser essencial na relação de consumo, também exerce uma grande influência sobre a coletividade, precisando ser controlada administrativa e judicialmente. Reforçando essa ideia o próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu artigo 7º assim dispõe: “de vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população”.³⁹⁴

³⁹¹ *Ibidem*. p. 175-177.

³⁹² *Ibidem*. p. 177.

³⁹³ TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. **Delitos publicitários**. Curitiba: Juruá, 2007. p.52-54.

³⁹⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. - 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.p. 529-530.

Não há dúvidas que a publicidade funciona. As histórias de sucesso são contadas à exaustão dentro da indústria. Na metade do século, a frase “Diamantes são eternos” foi tão bem-sucedida em alavancar um mercado de diamantes titubeante que, em 1951, 80% dos casamentos americanos começaram com um anel de diamantes. Em meados da década de 1950, somente 7% de mulheres tingiam os cabelos; seis anos após o lançamento de uma campanha da Clairol, “Does she or doesn’t she?”, um estudo revelou que 70% de todas as mulheres americanas pintavam os cabelos. Em 1970, pouco antes do McDonald’s dizer que as mães mereciam um descanso (“You deserve a break today”), as vendas anuais eram de US\$ 587 milhões; em 1974, após quatro anos de jingle difícil de esquecer, as vendas anuais dispararam para US\$ 1,9 bilhão.³⁹⁵

Apesar de saber que o principal objetivo da publicidade é vender o produto anunciado, ou a marca, ela faz esse trabalho de modo sutil, de modo que as pessoas não percebam o seu forte apelo emocional. Como controlar esta manipulação é tarefa árdua para o Direito. Não existiria sociedade de consumo sem publicidade, por isso a importância da discussão em torno da sua regulamentação e o assunto torna-se ainda mais importante, quando se trata da publicidade infantil.

³⁹⁵ LINN, Susan. **Crianças do Consumo**: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006. p.22.

2.6 A CRIANÇA NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Nesse tópico será dado destaque a criança enquanto consumidora, tanto no aspecto de ser um novo mercado, quanto por ser um alvo mais vulnerável, aspectos esses explorados pela publicidade que invade o mundo infantil.

Para Pereira, “um dos aspectos de maior importância na formação e desenvolvimento da criança e do jovem é a influência dos meios de comunicação”, que as crianças enquanto pequenas “acreditam ser real tudo aquilo a que assistem”³⁹⁶. Nesse contexto se faz importante conhecer a importância da criança na sociedade de consumo bem como suas características de vulnerabilidade e a deficiência da criança diante da publicidade infantil.

2.6.1 Publicidade infantil, a importância da criança para o mercado de consumo

Foi a partir dos anos de 1920 que a publicidade inicia o processo de exaltação da juventude, e “que de um lado, as maneiras de consumir são cada vez mais marcadas pelas diferenças da idade; do outro, não há mais nenhuma categoria idade – ainda que seja na primeira infância – que não participa plenamente da ordem de consumo”. Mas foi entre os anos de 1950 a 1960 que crianças e adolescentes começam a surgir como consumidores “autônomos”, influenciando inclusive as decisões de comprar dos pais. O modelo autoritarista, o filho “mudo”, está desqualificado, entra em cena o filho que se comunica e que tem voz na sociedade do hiperconsumo.³⁹⁷

Mas assim como o mercado vem sendo segmentado, além no aumento da quantidade de investimento em comunicação (nos anos de 1980 as despesas com publicidade triplicaram em nível mundial), há também uma reestrutura dos princípios da publicidade, pautados pela lógica da diversificação e da renovação perpétua. A publicidade não deseja apenas vender, mas criar uma relação afetiva entre consumidor e marca e para isso “a publicidade divide suas campanhas, fragmenta-se em múltiplas aplicações e estilos diversificados”.³⁹⁸

³⁹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.762-763.

³⁹⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 119-120.

³⁹⁸ *Ibidem*. p. 95-96.

No Brasil, foi nos anos de 1960 e 1970 que se inicia o desenvolvimento de produtos para crianças, a princípio adaptando os existentes para os adultos. Mas foi a partir da década de 1980 que a criança ganha importância como mercado perante as empresas e dos profissionais de marketing.³⁹⁹

A partir da segunda metade do século XX, o aumento da concorrência entre as empresas transformou a classe média⁴⁰⁰ no principal alvo da publicidade. Em 1970, 75% (setenta e cinco por cento) das famílias já possuíam um aparelho televisivo em casa. Questões como a impossibilidade de a criança brincar nas ruas nos grandes centros, bem como a necessidade de as mulheres (mães) saírem para o mercado de trabalho, oportunizou a televisão tornar-se a principal forma de diversão e de construção de “valores morais, éticos e políticos” do universo infantil. Em consequência disso, instituições como escola, família e a igreja, passaram a influenciar cada vez menos na formação dos ideais de uma criança a partir de 1990.⁴⁰¹

Somado à entrada da mulher no mercado de trabalho está o fenômeno correlato da diminuição das famílias. Ambos eventos criaram a situação em que o domicílio de maior renda disponível, os pais estão ausentes e sofrem com o sentimento de culpa, e o número de crianças é menor. Isso direciona, direta e indiretamente, uma parcela cada vez maior da renda do casal para poucas crianças que habitam o domicílio. Parte dessa renda é utilizada com a compra de presentes para diminuir a culpa que os pais sentem, outra parte é utilizada nos poucos momentos de convivência familiar.⁴⁰²

³⁹⁹ VELOSO, Andres Rodriguez, HILDEBRAND, Diogo, CAMPOMAR, Marcos Cortez. **Marketing e o mercado infantil**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 5-6.

⁴⁰⁰ “Em 2012, os gastos dos brasileiros com brinquedos devem atingir aproximadamente R\$ 6 bilhões. Desse total, a classe B deve ser responsável por 46,5% do consumo no País. A classe C aparece em segundo lugar, com potencial para 34,64% dos gastos. E as classes A, D e E são responsáveis por 13% e 5,8% das compras, respectivamente”. IBOPE. **Mercado de brinquedos movimenta cerca de R\$6 bilhões em 2012**. 11 out. 2012. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/113778542/Mercado-de-brinquedos-movimenta-cerca-de-R-6-bilhoes-em-2012>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁴⁰¹ LIMEIRA, Tania M. Vidigal. **Comportamento do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008.p.167-168.

⁴⁰² VELOSO, Andres Rodriguez, HILDEBRAND, Diogo, CAMPOMAR, Marcos Cortez. op. cit. p. 6.

Para tornar-se consumidora, a criança passa por quatro fases, a saber: a primeira inicia-se no primeiro ano de vida quando é levada até os estabelecimentos comerciais juntamente com os pais, e passa a observá-los. A segunda começa aos dois anos de idade, quando a criança começa a relacionar os produtos ofertados nas mensagens publicitárias com os produtos postos à venda nas lojas. Nessa fase, a criança percebe que pode persuadir seus pais, apontando para o produto desejado. Na fase seguinte, que se inicia entre os três a quatro anos, elas já reconhecem marcas, entendem a relação entre o desejo e a satisfação do consumo e entendem a relação publicidade, produto e loja. A última fase inicia-se quando a criança passa a poder adquirir o produto desejado com seu próprio dinheiro, transmitindo uma sensação de autonomia.⁴⁰³

O processo de socialização do consumidor, também pode ser visto sob outro olhar, onde variáveis como classe social, sexo, idade e as relações da criança com seus agentes socializadores ganham atenção, sendo que três processos deverão ocorrer para a criança tornar-se consumidora: processo de observação, processo de imitação e processo de reforço. De acordo com o aumento da idade, cresce o número de interações principalmente com colegas e professores, destacando-se a importância da escola, como agente socializante, nesse papel transformador. Os colegas influenciam fortemente a criança no processo de socialização, e no tocante ao consumo, “trará importantes influências sobre o comportamento, principalmente se a categoria do produto em questão for relevante ao para o grupo”.⁴⁰⁴

Para compreender o universo infantil, as agências de marketing investem mais recursos do que muitas universidades, quantidade considerável das pesquisas sobre a vida das crianças são realizadas por e para grandes corporações. Infelizmente, nenhum desses estudos questiona a ética, os impactos psicológicos, à vulnerabilidade das crianças, os efeitos que imagens para gerar insegurança geram nos pré-adolescentes, muito pelo contrário, os profissionais de marketing acham todas essas preocupações um tanto que exageradas.⁴⁰⁵

⁴⁰³ ALVES, Mónica Almeida. Marketing infantil: estudo sobre a influência da publicidade televisiva nas crianças. Universidade Coimbra: 2011. p. 14. APUD McNeal, J. U. (1992): **Kids as Customers**—A Handbook of Marketing to Children. Lexington Books Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/112438901/Marketing-infantil-um-estudo-sobre-a-influencia-da-publicidade-televisa-nas-criancas>>. Acesso em 02 jan. 2017.

⁴⁰⁴ VELOSO, Andres Rodriguez, HILDEBRAND, Diogo, CAMPOMAR, Marcos Cortez. **Marketing e o mercado infantil**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 31-41.

⁴⁰⁵ LINN, Susan. **Crianças do Consumo**: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006. p.49-50.

Em recente pesquisa realizada pela Universidade Federal do Ceará (UFC), em cooperação com o Ministério da Justiça (MJ) do com crianças de 9 a 11 anos de idade, demonstram que o caráter persuasivo da publicidade estimula o desejo das crianças e que os novos produtos são informados principalmente pela publicidade na televisão e internet. Os amigos são apontados como os maiores influenciadores dos desejos infantis, sendo que na sociedade de consumo os bens adquirem um papel classificatório de inclusão ou exclusão em determinados grupos sociais, onde a publicidade é apontada como a responsável por divulgar o valor da aprovação social de determinados bens consumidos. Os bens ofertados na publicidade, que serve como vitrine para criar desejos, mediam as relações entre as crianças e seus pares. Muitos foram os relatos de que a publicidade infantil influencia no consumo familiar, pois as crianças tem o hábito de pedir aos pais os produtos ofertados, mesmo não sendo para consumo da própria criança. Algumas crianças admitiram que a insistência ultrapassando o bom senso, e relatam que choram, faz chantagem, imploram para conseguir os produtos. Independente do nível econômico e contexto social da criança a publicidade provoca desejos que quando não atendidos trazem frustração, tristeza, e até raiva. A frustração é potencializada pela exclusão promovida pelos colegas, sendo que muitas vezes desperta sentimentos como raiva, inveja, inferioridade nas crianças que não possuem tal objeto de desejo. Quanto a percepção sobre a influência da publicidade, as crianças apontam como negativa a publicidade de produtos inadequados para sua faixa etária, como preservativos, cerveja, cigarro, etc., mas de maneira geral para produtos do seu meio consideram a publicidade como boa influência. Ganha destaque a influência que as ações promocionais realizadas na escola sobre o desejo de consumo.⁴⁰⁶

Corroborando com esses dados, pesquisa realizada pelo SPC Brasil sobre o comportamento de consumo das mães indicam que 39% gastam mais do que planejado quando saem com seus filhos para fazer compras, e quase metade delas cedem aos apelos insistentes de seus filhos, em termos exatos, 48,5% das mães admitem que seus filhos não desistem, até conseguir o que querem comprar. Ainda pesquisa revela seis em cada dez mães admitiram consumir além do necessário quando solicitados pelos filhos (64,4%), como um brinquedo, uma roupa, doces, etc, e mais da

⁴⁰⁶ SAMPAIO, Inês Silvia Vitorino; CAVALCANTE, Andrea Pinheiro Paiva. (Coord). **Publicidade Infantil em tempos de convergência**: relatório final. Universidade Federal do Ceará; Instituto de Cultura e Arte; Grupo de Pesquisa da Relação da Infância, Juventude e Mídia (GRIM): Brasil, 2016, p. 66. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/311527328/Publicidade-infantil-em-tempos-de-convergencia>>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 163-167.

metade (50,8%) compram por impulso, pelo prazer de vê-los felizes. Muitas mães veem o consumo como uma fonte de felicidade para seus filhos, sendo que 16,4% delas concordam que “acredito que se eu puder dar todos os brinquedos e passeios ao meu(minha) filho(a) ele(a) será mais feliz” reforçado pelo número de 20,2% que compram tudo o que o filho pede.⁴⁰⁷

A literatura internacional apresenta a tese, baseadas em estudos consistentes, que a criança começa a entender o propósito da publicidade por volta dos 8 anos de idade⁴⁰⁸, o que não significa que perceba o conteúdo persuasivo da mesma. Em regra, as crianças apresentaram avaliação negativa em relação ao volume da publicidade, principalmente por interromper a programação, no entanto, elas são mais receptivas a publicidade televisiva do que a da internet.⁴⁰⁹ Quanto à compreensão das estratégias persuasivas contidas nas mensagens publicitárias, o estudo não identifica de maneira uniforme, no entanto o estudo conclui que na faixa etária de 9 a 11 anos, as crianças são capazes de identificar a publicidade, seja em comerciais televisivos, ou abordagem de venda explícita, como liquidação, no ponto de vendas, etc. A publicidade, para esse público, possui caráter informativo (informa, mostra, indica, avisa, são expressões utilizadas pelas crianças), apenas algumas crianças já possuem o entendimento persuasivo das mensagens publicitárias (e utilizam as palavras induzir e convencer para demonstrar essa compreensão). A estratégia de fidelização da marca não foi reconhecida pelas crianças, sendo que entre os produtos mais lembrados eram das categorias de telefonia, cerveja e de anúncio de compra e venda. O grande trunfo dessas publicidades é a utilização do humor, *jingle*, efeitos especiais, personagens e celebridades (como artista ou esportista), que ganham a atenção das crianças e possibilitam a memorização.⁴¹⁰

A publicidade sempre tem um alvo certo, ela pode ser direcionada para determinada classe, determinado sexo, e até mesmo para determinada

⁴⁰⁷ SPC Brasil. **Consumo Infantil**. set. 2015. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/analise_consumo_infantil_setembro_20151.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁴⁰⁸ Importante destacar que a percepção da infância deve ser vista como uma construção social, com processos e estágios de desenvolvimento, considerando ainda a singularidade de cada criança.

⁴⁰⁹ SAMPAIO, Inês Silvia Vitorino; CAVALCANTE, Andrea Pinheiro Paiva. (Coord). **Publicidade Infantil em tempos de convergência**: relatório final. Universidade Federal do Ceará; Instituto de Cultura e Arte; Grupo de Pesquisa da Relação da Infância, Juventude e Mídia (GRIM): Brasil, 2016, p. 66. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/311527328/Publicidade-infantil-em-tempos-de-convergencia>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁴¹⁰ *Ibidem*. p. 107-108.

idade, assim a criança pode ser o principal alvo dos publicitários que exploram o caráter de vulnerabilidade e hipossuficiência que esse público possui.⁴¹¹ Nesse ambiente de consumismo, os profissionais da área de marketing fazem todo o esforço para que as pessoas, inclusive as crianças, adquiram os produtos ofertados, “o marketing infantil ignora esses direitos fundamentais e invade o espaço infantil, rompendo com a preservação da integridade deles”.⁴¹²

A segmentação de mercado e o posicionamento, necessários para o sucesso das estratégias de marketing, são também itens importantes para o mercado infantil. A segmentação⁴¹³ traz enormes vantagens que justificam seus custos e além das variáveis utilizadas nas tradicionais pesquisas de segmento, existem as específicas do mercado infantil, como a “estratégia licenciamento de personagens para lançamento de produtos”. Para qualquer que seja a estratégia, é necessário que se conheça a criança e as circunstâncias em que vivem, para melhor planejar e produzir produtos para esse mercado. Destaca-se portanto, que a segmentação de produtos infantis muitas vezes possui o adulto como objeto de estudo, visto que para os primeiros anos de vida, preponderantemente são os pais que decidem o que as crianças irão consumir.⁴¹⁴

Já o posicionamento, ou seja, “o lugar que o produto ocupa na mente do consumidor”, deverá ser “idealizado de acordo com as características do segmento que a empresa pretende atender”.⁴¹⁵

O processo de posicionamento no mercado infantil guarda relação como o que é feito para o mercado adulto, o que vai mudar é a capacidade da criança em compreender as mensagens transmitidas. Essa diferença na capacidade de compreensão deriva do

⁴¹¹ LESSA, João Marcos Gomes. A regulação da publicidade dirigida a crianças e adolescentes. In: Projeto Criança e Consumo. Instituto Alana (Org.). **Infância e Consumo, estudos no campo da comunicação**. Brasília: Instituto Alana, 2011. p.20.

⁴¹² INSTITUTO Alana. **Projeto Criança e Consumo**. Por que a publicidade faz mal para as crianças. Instituto Alana. - 2. ed.- 2009. p.21-24.

⁴¹³ Segundo Veloso, o conceito de segmentação pode ser resumido em três princípios básicos: é um processo de agregação de consumidores, com base em determinadas características; ao agrupar consumidores, espera-se identificar grupos que possuam necessidades e desejos similares; esses grupos por possuírem características similares, também terão reações similares aos estímulos de marketing (preço, propaganda, características do produto). VELOSO, Andres Rodriguez, HILDEBRAND, Diogo, CAMPOMAR, Marcos Cortez. **Marketing e o mercado infantil**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 60.

⁴¹⁴ Ibidem. p. 59-66.

⁴¹⁵ Ibidem. p. 66-67.

estágio em que ela se encontra do seu processo de desenvolvimento cognitivo. Outro fator que terá grande influência nesse processo é a decisão de focar a criança ou os pais durante o processo de comunicação de posicionamento.⁴¹⁶

É através do composto de *marketing*⁴¹⁷ que o posicionamento ocorre, no entanto, a publicidade (tratada no composto como propaganda) possui maior eficiência. A televisão, por obter a maior audiência, é o principal foco do posicionamento psicológico, mas novas mídias como as redes sociais, chamam cada vez mais atenção das empresas.⁴¹⁸

Dentre as várias modalidades de publicidade e comunicação mercadológica destinada a criança, destaca-se uma complexidade de ferramentas persuasivas. Uma das estratégias utilizadas é a da animação, isto é, utiliza-se a mesma linguagem dos programas de entretenimento, fazendo com que a criança não diferencie o que é real e o que é fantasia.

Nesse aspecto, a falta de maturidade biopsicológica na infância dificulta o reconhecimento e a reflexão sobre os elementos publicitários contidos em jogos, histórias, sites de internet, revistas em quadrinhos, espetáculos circenses, peças de teatro e outras atividades lúdicas. Se a criança enxerga os produtos/serviços da anunciante em um jogo ou vídeo de entretenimento, por exemplo, ainda que não entenda a razão de aquilo estar ali, os efeitos da publicidade se produzirão da mesma maneira: ela grava a imagem do produto/marca e facilmente a reconhecerá mais tarde nas prateleiras do supermercado ou nas lojas de um shopping.⁴¹⁹

A oferta de brinquedo é outra estratégia amplamente utilizada, várias redes de *fastfood* oferecem brinquedos como forma de atrair os pequenos, e fidelizar as suas marcas. Os itens quase sempre são exclusivos, não vendidos separadamente, têm prazo determinado e muitos deles são

⁴¹⁶ VELOSO, Andres Rodriguez, HILDEBRAND, Diogo, CAMPOMAR, Marcos Cortez. **Marketing e o mercado infantil**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 71.

⁴¹⁷ O composto de marketing também é conhecido como 4Ps: produto, preço, promoção e praça.

⁴¹⁸ VELOSO, Andres Rodriguez, HILDEBRAND, Diogo, CAMPOMAR, Marcos Cortez. op. cit. p. 73-74.

⁴¹⁹ INSTITUTO Alana. Caderno Legislativo. **Publicidade infantil**: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Instituto Alana: São Paulo, 2016. p. 26.

colecionáveis, de personagens conhecidos do universo infantil. O brinquedo é fator decisivo na hora da compra dos produtos alimentícios que os acompanham, produtos esses nada saudáveis.

De acordo com pesquisa denominada ‘Collectible Toys as Marketing Tools: Understanding Preschool Children’s Responses to Foods Paired with Premiums’, publicada em 2012, na revista American Marketing Association, o fornecimento de itens colecionáveis tem uma influência determinante no consumo de produtos por crianças em idade pré-escolar.⁴²⁰

Outra estratégia com resultado garantido são os produtos licenciados, o investimento com publicidade no Brasil em 2006, para produtos destinados à infância, foi de R\$ 209,7 milhões, e cada vez mais há “licenciamento de personagens de televisão e cinema para brinquedos e alimentos”. Diante da forte indústria e seus apelos, os pais sentem cada vez mais dificuldades de combater o assédio da publicidade infantil.⁴²¹

No intuito de identificar a partir da percepção das mães e o grau de influência que determinados produtos exercem sobre as crianças, a pesquisa investigou 10 estímulos diferentes aos quais os(as) filhos(as) são continuamente expostos(as). Os itens licenciados são os maiores influenciadores na hora da compra: os personagens em brinquedos ocupam a primeira colocação, com média de influência de 5,79, numa escala de um a dez, aumentando para 7,19 entre as crianças de 2 a 5 anos. Em seguida vêm os produtos de material escolar (média de 5,71), cuja influência, a exemplo dos brinquedos, aumenta à medida que diminui a idade das crianças (6,71 para crianças de 2 a 5 anos). A terceira colocação fica com as roupas e calçados licenciados (5,70, aumentando para 6,86 entre as mães de crianças com idade de 2 a 5 anos). O resultado é coerente, uma vez que os itens licenciados possuem presença intensa e onipresente

⁴²⁰ INSTITUTO Alana. Caderno Legislativo. **Publicidade infantil**: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Instituto Alana: São Paulo, 2016. p. 29.

⁴²¹ INSTITUTO Alana. INSTITUTO Alana. **Projeto Criança e Consumo**. Por que a publicidade faz mal para as crianças. Instituto Alana. 2a. ed. 2009. p. 41-43.

em toda a mídia, seja em desenhos animados, nos intervalos comerciais da programação televisiva, na Internet, em mídia impressa ou outros formatos.⁴²²

A publicidade na escola é outra estratégia alvo de críticas dos defensores dos direitos da criança, a escola é um lugar privilegiado, é o segundo espaço de socialização da criança e deve ser preservado da pressão consumista. Anúncios realizados em ambientes escolares, muitas vezes são realizados implicitamente, podendo ser travestido de “ação pedagógica”, ou ainda, por meio de amostras, realizar o que se chama de “ação comercial”. Tanto uma ação como outra surtem efeitos desejados pois a marca ganha confiança e conseguem transmitir de modo mais efetivo seus valores e assim fidelizar um novo mercado.⁴²³

Apesar de a internet ainda ter menos influência do que a televisão no que se refere aos desejos de consumo da criança, há um tendência que tem chamado a atenção, são os famosos *youtubers* mirins, “pequenas celebridades que possuem canais no YouTube” além de perfil nas redes sociais.⁴²⁴

Dada a sua visibilidade e o seu poder de influência, os *youtubers* mirins são identificados e reconhecidos pelo mercado como potenciais promotores de venda. Assim, essas crianças veiculam conteúdos como dicas de moda, fitness, brinquedos etc., fazendo em muitos casos a promoção de produtos por meio das práticas de unboxing (“desencaixotar”) e unwrapping (“desembrulhar”).⁴²⁵

Primeira pergunta que se faz é como criança (que se pressupõe que tenha menos de doze anos) pode ter conta e acessar o canal do YouTube, que veda a sua utilização para pessoas menores de dezoito anos? Será falta de mecanismos para que as redes consigam efetivar tais restrições? Ou será conveniente e deixa assim como está?

⁴²²SPC Brasil. **Consumo Infantil**. set. 2015. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/analise_consumo_infantil_setembro_20151.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁴²³ Instituto Alana. Caderno Legislativo. **Publicidade infantil**: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Instituto Alana: São Paulo, 2016. p. 31-35.

⁴²⁴ *Ibidem*. p. 45-46.

⁴²⁵ *Ibidem*. p. 46.

A única cultura que sobrevive na atual sociedade é a cultura ao consumo e o treinamento para isso começa antes mesmo de a criança aprender a ler. Assim, as crianças devem também desempenhar seu papel de consumidor dentro da sociedade e isso se realiza através da compra das mercadorias expostas nas lojas e que dão ao seu comprador um valor de mercado, tornando o consumidor em mera mercadoria.⁴²⁶

Mas a criança não influencia somente na compra de produtos para a sua satisfação pessoal, pesquisa realizada por INTERSCIENCE no ano de 2003 aponta que a influência das crianças no poder de compra pode chegar a 80% (oitenta por cento), sendo que 38% (trinta e oito por cento) influenciam fortemente, 42% (quarenta e dois por cento) influenciam pouco e 20% (vinte por cento) não influenciam nada. Entre os fatores que mais influenciam o consumo de produtos infantis, a propaganda na TV é responsável por 54% (cinquenta e quatro por cento) entre crianças até 6 (seis) anos de idade, 87% (oitenta e sete por cento) entre crianças de 7 (sete) a 10 (dez) anos e 90% entre 11 (onze) a 13 (treze) anos. Os números das pesquisas possibilitam deduzir que as crianças até 6 (seis) anos são mais influenciadas por personagens famosos e embalagens, as de 11(onze) a 13 (treze) anos, além da propaganda, são também influenciadas pela marca conhecida e por ser usada ou indicadas pelos amigos.⁴²⁷

De olhos nesse grande mercado, muitos são os recursos investidos em publicidade. Limeira, que estuda o comportamento do consumidor, destaca que a maior influencia das crianças é quando elas próprias utilizam o produto, como bala, chocolate e brinquedo, ou ainda quando estão envolvidas diretamente como é o caso da escolha do local de férias. Também influenciam diretamente quando possuem maior conhecimento ou estão “mais atualizados” que os pais, como no caso de computadores e outros aparelhos eletrônicos, e ainda “influenciam na escolha de alguns atributos de produtos como cores, estilos, modelos e marcas”.⁴²⁸

As estratégias são muitas e as proteções ineficientes, apesar das leis, do controle misto, onde além do Estado os setores regulados são atuantes, nada parece ser suficiente no combate à publicidade abusiva infantil. As indefinições são muitas, mas o que parece é que falta interesse, ou melhor,

⁴²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p.73.

⁴²⁷ INTERSCIENCE. **Como atrair o consumidor infantil, atender as expectativas dos pais e ainda, ampliar as vendas**. Disponível em: <<http://www.interscience.com.br/site2006/download/estudosInstitucionais/influenciaCrianças.pdf>>, acesso em 10 jan. 2013.

⁴²⁸ LIMEIRA, Tania M. Vidigal. **Comportamento do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008.p.183.

são outros interesses que estão em jogo na atual sociedade de consumo. A proteção integral da criança cede espaço para o mercado e o consumismo.

2.6.2 A hipossuficiência e a vulnerabilidade da criança consumidora

Não é difícil compreender por que hoje em dia existe uma gama imensa de produtos destinados ao público infantil e um bombardeio de publicidade para esse público. É muito mais fácil educar a criança para ser consumista, fidelizar a marca e inculcar a urgência e a insatisfação geradas pela atual sociedade, elas são alvos fáceis e o retorno é garantido. A criança como consumidora, poder ser considerado vulnerável, como todo consumidor e ainda hipossuficiente.

A hipossuficiência e a vulnerabilidade são conceitos distintos e não se confundem. Existem certos tipos de relação contratual onde não há um equilíbrio entre as partes contratantes, onde, a parte mais fraca é a parte vulnerável.⁴²⁹

Na relação consumerista o consumidor recebe uma tutela especial por ser considerado a parte mais fraca da relação, é aquele que se submete ao poder dos grandes produtores, aqueles que detêm o controle dos meios de produção. No art. 170, a Constituição Federal estabelece a livre concorrência e a livre iniciativa, mas também coloca a defesa do consumidor em uma das suas prioridades.⁴³⁰

Como já afirmava o célebre Rui Barbosa, a democracia não é exatamente o regime político que se caracteriza pela plena igualdade de todos perante a lei, mas sim pelo tratamento desigual dos desiguais.⁴³¹

Para que não ocorra esse desequilíbrio contratual a que a maioria dos consumidores está sujeito, o Código de Defesa do Consumidor reconhece a “vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, conforme art. 4º, inciso I⁴³².

⁴²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o nome regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 321.

⁴³⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al (org.). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I.p. 73-74

⁴³¹ Ibidem. p. 73.

⁴³² “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e

Esse reconhecimento e garantia do consumidor, é devido diante da sua fragilidade, uma de ordem técnica e outra de ordem econômica. A de ordem técnica decorre do monopólio que o fornecedor detém. É ele quem determina quando, como, o que será produzido, assim a “escolha” do consumidor na verdade é sempre reduzida ao que se oferta. A segunda fragilidade, a econômica, admite exceções, mas em regra o fornecedor possui maior capacidade econômica que o consumidor.⁴³³

Marques, classifica a vulnerabilidade em quatro tipos: a técnica, a jurídica, a fática e a básica dos consumidores, esta última também chamada de “vulnerabilidade informacional”. Para a autora, nem todos os tipos de vulnerabilidade são presumidas pelo CDC.⁴³⁴

A vulnerabilidade técnica é traduzida pela falta de conhecimento do consumidor diante da aquisição do produto ou serviço, podendo assim ser facilmente enganado. Segundo art. 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, assim a vulnerabilidade técnica no CDC é presumida quando o consumidor não é profissional, pois, se ele é profissional, deixa de ser consumidor. Mas, como toda regra tem sua exceção, essa não seria diferente. O STJ considerou pequenos agricultores e cooperativas vulneráveis em algumas situações, como em compra de máquinas agrícolas, negociações frente aos bancos e ao fornecimento de energia elétrica. Já na aquisição de adubos o STJ utilizou a regra, isto é, descartou a vulnerabilidade.⁴³⁵

O segundo tipo de vulnerabilidade, a jurídica, “é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”. Segue a mesma linha da vulnerabilidade técnica quando presume somente no caso de não profissionais e de pessoas físicas, significando que profissionais e pessoas jurídicas têm o dever de adquirir conhecimentos jurídicos e econômicos para exercer suas atividades.⁴³⁶

harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. . BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁴³³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.p. 178-179.

⁴³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o nome regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 323-324.

⁴³⁵ *Ibidem*. p. 324-325.

⁴³⁶ *Ibidem*. p. 327.

Já a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, para sua caracterização é necessário olhar para a outra parte, isto é, para o fornecedor, presumida também nos casos em que o consumidor não é profissional. Esse tipo de vulnerabilidade será detectada quando o fornecedor “impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”, quando o fornecedor tem o monopólio em razão do seu serviço ou mesmo economicamente.⁴³⁷

A vulnerabilidade informacional é justamente o que define o consumidor na atual sociedade e “é essencial à dignidade humana”. A principal característica do consumidor (que pode ser retirada de seu conceito jurídico) é a falta de informação. No entanto, hoje se observa muita informação desnecessária e muitas vezes manipulada e controlada pelo fornecedor. Vêm ganhando relevância principalmente as informações de produtos e serviços alimentícios, que prejudicam a saúde do consumidor.⁴³⁸

A vulnerabilidade informacional em matéria de alimentos geneticamente modificados chama a atenção, perturba a liberdade de escolha do consumidor e efetividade de seus direitos fundamentais. Informar e compensar esta vulnerabilidade é a única maneira de preservar os valores constitucionais envolvidos no caso da colocação no mercado de consumo de alimentos e ingredientes geneticamente modificados, que são: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o direito à vida (art. 5º, caput), à liberdade (que inclui a escolha alimentar) (art. 5º, caput), à informação (art. 5º, XIV) e à proteção dos interesses do consumidor (art. 5º, XXXII). Mister informar o consumidor da transgenia existente ou possivelmente existente no alimento e assim preservar seu direito de escolha (art. 6º, II, do CDC). Parece-me possível extrair da plural legislação brasileira um direito fundamental à informação sobre gêneros alimentícios e alimentos geneticamente modificados (direito derivado do art. 11 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, de 1966), corolário do direito básico à autodeterminação alimentar dos

⁴³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o nome regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 333.

⁴³⁸ *Ibidem*. p. 336-337.

consumidores brasileiros (art. 5º, caput e XXXII, da CF/1988 c/c art. 6º, I, II e III, do CDC).⁴³⁹

A hipossuficiência, presente no art. 6º, VIII⁴⁴⁰, do CDC, aparece como um facilitador para parte consumidora na questão processual, como uma avaliação do juiz para conceder ou não a inversão do ônus da prova em prol do consumidor. Portanto, é ato discricionário do juiz e este deverá realizar uma análise dos critérios objetivos.⁴⁴¹

Como visto, a vulnerabilidade pode ser técnica ou econômica. Já para caracterizar a hipossuficiência, o consumidor deverá ter “desconhecimento técnico e informativo do produto e serviço”, não é porque ele é “pobre” que será beneficiado com a inversão do ônus da prova, pois essa questão é meramente processual e não de direito material.⁴⁴²

Em geral aponta-se a hipossuficiência como falta de condições econômicas para arcar com custos do processo. Na maior parte dos casos é correto identificar na ausência de condições econômicas a causa da impossibilidade fática de realizar a prova e sustentar sua pretensão, mas, não é essa certamente a única causa. Considerando o modo como se desenvolvem as relações de consumo, a impossibilidade de o consumidor demonstrar suas razões pode se dar, simplesmente, pelo fato de que as provas a serem produzidas não se encontram em seu poder, mas sim com o fornecedor, a quem se resguarda o direito de não produzir provas contra seu próprio interesse.⁴⁴³

A hipossuficiência é uma categoria do consumidor, que “pode ser físico-psíquica ou meramente circunstancial”, como as crianças, os indígenas, os doentes, os idosos, etc. O Código de Defesa do Consumidor dedicou proteção especial à criança contra a publicidade abusiva (artigo 37,

⁴³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o nome regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 337-338.

⁴⁴⁰ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁴⁴¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 66.

⁴⁴² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 854.

⁴⁴³ MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 143.

§ 2º), sendo que “a hipossuficiência é um *plus* em relação à vulnerabilidade”.⁴⁴⁴

Autores como Bruno Miragem e Claudia Lima Marques, não falam em hipossuficiência quando tratam da criança e do idoso. Miragem utiliza a expressão “vulnerabilidade agravada”⁴⁴⁵ (artigo 37, § 2º e artigo 39, IV), e Marques denomina esse agravo em “hipervulnerabilidade”.⁴⁴⁶

A hipervulnerabilidade possui garantia expressa na Constituição Federal, quando trata de forma especial os portadores de deficiência, as crianças e os idosos. Porém eles não serão os únicos, doentes e analfabetos também poderão ser considerados hipervulneráveis, mas como não estão salvaguardados pela Constituição, dependem da atuação do judiciário e do caso concreto.⁴⁴⁷

Em minha opinião, a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstância pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como idade reduzida (assim o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou sua idade alentada (assim os cuidados especiais com os idosos, no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso, e a publicidade de crédito para idosos) ou a situação de doentes (assim o caso do glúten e as informações na bula de remédios).⁴⁴⁸

Para Miragem, essa vulnerabilidade da criança consumidora, chamada pelo autor de vulnerabilidade “especial” ou “agravada”, é maior que a de um consumidor médio, devendo ser considerada “na interpretação do conceito de publicidade abusiva e sua proibição, pelo CDC”. Abusiva porque a publicidade aproveita-se da “deficiência de julgamento e experiência” da criança, que “deve ser dada segundo critérios objetivos e

⁴⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamim, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 270-271.

⁴⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 68-69.

⁴⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o nome regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 359-360.

⁴⁴⁷ *Ibidem*. p. 359-363.

⁴⁴⁸ *Ibidem*. p. 360-361.

materialmente demonstráveis, sujeitos ao contraditório do responsável pela publicidade”.⁴⁴⁹

A criança é o “público alvo mais vulnerável e suscetível aos apelos publicitários”. Dependendo da idade que a criança possui, ela sequer tem noção de distinguir o que é publicidade e o que é a programação. A norma consumerista, que protege a criança, está em plena harmonia com o artigo 227 da Constituição Federal e com a proteção integral que assegura o Estatuto da Criança e Adolescente.⁴⁵⁰

Portanto, a criança, enquanto consumidora poderá ser considerada vulnerável, como todo consumidor, mas com um *plus*, passando para a classe de hipervulnerável, pois está protegida constitucionalmente. Também poderá ser considerada hipossuficiente, mas não por ser criança, nesse caso irá depender de suas condições processuais de produzir ou não suas provas.

2.6.3 A deficiência de julgamento

Mas por que tanta preocupação com uma simples comunicação mercadológica? Como a publicidade interfere no desenvolvimento da criança? Por que a publicidade faz mal? Para responder a essas e outras perguntas referentes ao tema, importante citar o Parecer de Yves La Taille, estudioso da área da criança e adolescente.

O primeiro ponto que La Taille deixa claro, é que a publicidade cria desejos não só nas crianças e adolescentes, mas também nos adultos. A criança não é um ser passivo, mas é influenciável. A sedução imposta a objetos muitas vezes inúteis, principalmente em famílias de baixa renda, pode gerar um estresse familiar. Os pais muitas vezes optam por não comprar os objetos, frustrando a criança e a si próprio muitas vezes, ou ainda podem comprar e deixar faltar outros itens essenciais para o desenvolvimento dos filhos.⁴⁵¹

Um segundo ponto destacado pelo autor, é a famosa manipulação. Ele parte do princípio de que nem sempre a manipulação é algo ruim, o que não é verdade. “O problema moral ocorre quando o beneficiário da manipulação é o manipulador, e não a pessoa manipulada”. É inegável que

⁴⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Instituto Alana: São Paulo, 2014. p. 18-23.

⁴⁵⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 183.

⁴⁵¹ LA TAILLE, Yves de. Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança: A Publicidade dirigida ao público infantil – Considerações Psicológicas. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2008.p. 9-11.

o objetivo final da publicidade é vender o objeto anunciado, e para isto penetram na psique humana. As crianças, psicologicamente falando, não possuem “a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto”. Pode-se traduzir isso como “deficiência de julgamento” (texto que está no CDC), que, por consequência, terá menor capacidade de resistência mental aos apelos publicitários. Para a psicologia a capacidade de resistência mental abrange autonomia e força de vontade.⁴⁵²

A autonomia, seja ela moral ou intelectual, vai sendo construída durante a vida, e em média é necessário esperar até os doze anos de idade para que se complete. Com isso, pode-se afirmar que a criança não tem o mesmo senso crítico que um adolescente ou adulto. Vale ressaltar que o adolescente apesar de ter autonomia moral e intelectual comparada a de um adulto, não tem a mesma resistência mental por não possuir a mesma experiência de vida. Já a força de vontade precisa ser diferenciada da vontade. A primeira possui uma “energia afetiva mais forte”, do que a última que pode ser traduzida como “uma energia afetiva passageira e isolada”. As crianças estão mais sujeitas às vontades. Isso não significa dizer que elas não possuem força de vontade, mas é inegável que o que atrai o universo infantil são ações momentâneas, tanto porque nessa idade ainda não há construção de projetos futuros.⁴⁵³

Não se trata de questão de inteligência, e sim de influência, pois “do ponto de vista funcional, não há diferença entre a inteligência adulta e a infantil e muito menos deficiência da segunda em relação à primeira”. Então se trata do que? Trata-se de estrutura, as crianças de dois a sete anos não possuem ferramentas intelectuais para estabelecer demonstrações lógicas, e também ainda não possuem ferramentas para tomar consciência e transpor as contradições do seu próprio raciocínio ou dos outros. Dos sete aos doze apesar de ter as ferramentas necessárias só aplicam-se nas situações concretas, nas experiências vividas, ou seja, “nessa fase a criança está no mundo do real, e não do possível”. Somente a partir dos doze anos, portanto, o adolescente, terá estrutura que se assemelha à do adulto.⁴⁵⁴

⁴⁵² LA TAILLE, Yves de. **Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança**: A Publicidade dirigida ao público infantil – Considerações Psicológicas. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2008. p. 11-12.

⁴⁵³ *Ibidem*. p. 15-16.

⁴⁵⁴ *Ibidem*. p. 18.

2.7 AUTONOMIA FAMILIAR E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

As objeções levantadas pelas críticas das pessoas desfavoráveis à proibição ou restrição da publicidade ao público infantil, baseiam-se em duas premissas: a autonomia familiar e a liberdade de expressão. No entanto, são argumentos que não se sustentam, diante da agressividade do mercado e da publicidade infantil.

2.7.1 Autonomia familiar

No Brasil, onde o processo de democratização é recente, muitas pessoas são contra o paternalismo estatal e contra qualquer regulamentação estatal. No entanto esquecem que a intervenção do Estado, como na própria educação das crianças é inafastável, tornando falsa a premissa de que qualquer intervenção estatal na educação das crianças é indevida. É bem verdade que, em muitas famílias com boas condições financeiras, com acesso a informações, “os efeitos da publicidade são bastante minimizados por meio da ação esclarecedora e educadora de pais e mães”. Com certeza, nessas famílias, o nível de influência da publicidade nas crianças seria muito mais ínfimo, do que em famílias sem essas características.⁴⁵⁵

As indústrias gastam milhões em publicidade para induzir ao consumo de determinados produtos e mudar comportamentos, e ainda querem que os pais arquem sozinhos com a responsabilidade e com as consequências dos problemas advindos do consumismo.

Steven Pinker adverte que a estratégia de atribuir importância aos pais pelo comportamento dos filhos foi adotada pelas indústrias de cerveja e fumo. Em suas palavras, “jogando para os pais o ônus de manter os adolescentes sóbrios e não fumantes, esses capitalistas de consumo avançado podem desviar a atenção de sua própria influência avassaladora sobre a cultura dos grupos de iguais adolescentes”.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil**. Instituto Alana. São Paulo. 2012.p. 9

⁴⁵⁶ JUNIOR, João Lopes Guimarães. O Estado de bem-estar social e a regulamentação da publicidade infantil. In. FONTENELLE, Lais (Org.). **Criança e consumo: 10 anos de transformação**. Instituto Alana: São Paulo: 2016. p.290.

A regra geral de família hoje é muito diferente de antigamente, em que geralmente a mãe ficava em casa e cuidava de perto da educação do seu filho. A televisão e a internet fazem parte do dia a dia de quase toda criança e é quase impossível não deixar os filhos expostos aos apelos publicitários e a autorregulamentação não parece ser uma forma eficiente de proteger as crianças e a intervenção estatal é uma possibilidade mais sensata para resolver a questão.⁴⁵⁷

A balela da indústria diz que é função dos pais proteger os filhos dos ataques de marketing. Quando perguntaram a Ken Viselman, presidente da *itsybityEntertainment* (empresa responsável pelo licenciamento dos produtos *Teletubbies* nos Estados Unidos), em uma entrevista para KidScreen a respeito do vínculo do programa com o Burger King e o McDonald's diante da preocupação com a obesidade infantil, ele disse: "O motivo pelo qual existe obesidade infantil é que os responsáveis não tem tempo suficiente para as crianças. Então, eles as deixam ficar em frente à televisão por oito horas diárias".⁴⁵⁸

Sobre a mediação dos pais no contexto da comunicação mercadológica, estudo realizado no Brasil revela que há uma naturalização do uso da televisão, *tablet*, *smartphone*, computador, que incorporam a rotina da criança. A mediação mais utilizada pelos pais é a mediação restritiva, isto é, regras que limitam o tempo de uso dos aparelhos citados. A pesquisa ainda revelou que não há uma cultura de orientação sobre a televisão, como por exemplo, comentar, questionar os programas assistidos. A mediação parental é mais atuante quanto aos riscos de acesso a certos *sites* da internet. Quanto ao debate sobre as políticas regulatórias, os pais demonstraram total desinformação, sendo que os dados revelam que a questão da publicidade dirigida a criança necessita de um amplo espaço de discussão, de maior engajamento das famílias, pois há muito desconhecimento sobre o tema. As instituições de comunicação, como concessionárias de serviço público que são, não vem cumprindo seu papel

⁴⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil**. Instituto Alana. São Paulo. 2012. p. 10.

⁴⁵⁸ LINN, Susan. **Crianças do Consumo: a infância roubada**. São Paulo: Instituto Alana, 2006. p.63-64.

de esclarecer ao cidadão questões relevantes como essa relacionadas ao direito da criança à comunicação de qualidade.⁴⁵⁹

Em pesquisa realizada em maio de 2011 pelo Instituto Alana e o Instituto de Pesquisa Datafolha, com objetivo de investigar a propaganda dentro da escola, os dados mostraram que 56% dos entrevistados são contrários à propaganda dentro da escola e 39% mostraram-se favoráveis. As classes econômicas mais altas têm maior percentual a favor, sendo que, de modo geral, as classes mais desfavorecidas são contrárias à publicidade. Já em relação à publicidade de alimentos não saudáveis e de *fastfood*, a maioria dos pais, três em cada quatro, concordam que a publicidade prejudica o hábito alimentar de seus filhos (79%), levam os filhos a pedir para comprar o produto anunciado (78%) e dificulta a educação dos filhos à alimentação saudável (76%).⁴⁶⁰

Assim, algumas perguntas são levantadas por Guimarães Junior merecem reflexão, apesar de o artigo tratar mais efusivamente da publicidade de alimentos não saudáveis, as perguntas podem ser estendidas aos demais produtos ofertados à criança e que trazem consequências desastrosas na sua formação:

Ora, pode o Estado omitir-se diante de evidências de que as pessoas, sobretudo as crianças, estão ficando doentes por influência direta da publicidade maciça que estimula o consumo excessivo de alimentos não saudáveis? Será que o modelo do Estado do bem-estar social está equivocado e que deveríamos retroceder ao modelo *laissez-faire* do século XIX? Devemos revogar o artigo 196 da Constituição?

O que esperam os críticos da regulamentação? Que fiquemos de braços cruzados aguardando que as empresas deixem, espontaneamente, de estimular o lucrativo consumo exagerado de alimentos de baixa qualidade nutricional enquanto as doenças relacionadas a essa dieta continuam aumentando?

⁴⁵⁹ SAMPAIO, Inês Silvia Vitorino; CAVALCANTE, Andrea Pinheiro Paiva. (Coord). **Publicidade Infantil em tempos de convergência**: relatório final. Universidade Federal do Ceará; Instituto de Cultura e Arte; Grupo de Pesquisa da Relação da Infância, Juventude e Mídia (GRIM): Brasil, 2016, p. 66. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/311527328/Publicidade-infantil-em-tempos-de-convergencia>>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 187-188.

⁴⁶⁰ DATAFOLHA. **Opiniões sobre a propaganda infantil**, mai. 2011. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/285218079/Pesquisa-Datafolha-2011-Opinioes-sobre-a-propaganda-infantil>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

Será que as medidas tomadas com sucesso para restringir o tabagismo foram equivocadas e deveríamos liberar a publicidade de cigarros, assim como a de remédios?⁴⁶¹

É muito importante que se preserve o âmbito familiar da intervenção estatal. É importante que os pais possam educar seus filhos da maneira que achem adequadas. Por outro lado, é importante que se compreenda que o Estado participa da educação das crianças, sendo tarefa difícil é conseguir um equilíbrio entre essas forças. Mas o principal objetivo sempre deve ser a proteção integral de toda criança e adolescente, dever constitucionalmente previsto, sendo que essa proteção não cabe só a família, mas também do Estado e toda a sociedade.

2.7.2 Da liberdade a liberdade de expressão

Outra linha crítica adotada pelos que são contrários à ideia da proibição da publicidade infantil é baseada na afirmação que o exercício da publicidade é um exercício de liberdade de expressão. Mas, para entender o conceito de liberdade de expressão a princípio é necessário um breve histórico da palavra liberdade, que se propõe denunciar a ligação entre a liberdade individual e a liberdade econômica do capitalismo, não deixando assim a ilusão tomar conta de que a liberdade vem de forma gratuita.

A liberdade é essencial para que o indivíduo alcance o seu pleno desenvolvimento. Ela é inerente a todo ser humano para que encontre sua integridade. No entanto, ao longo do tempo, a liberdade vem modificando seu significado.⁴⁶²

Dois grandes acontecimentos do final do século XVIII foram extremamente importantes para a judicialização dos direitos do homem: a Revolução Francesa e a Independência e fundação dos Estados Unidos da América. Os ideais da Revolução Francesa – igualdade, liberdade e fraternidade – ainda hoje são fontes axiológicas dos direitos fundamentais estampados nas diversas Constituições, que juntamente com a utilização da técnica da separação dos poderes de Montesquieu, tem função de garantir os direitos do cidadão, conforme art. 16 da Declaração dos Direitos dos

⁴⁶¹JUNIOR, João Lopes Guimarães. O Estado de bem-estar social e a regulamentação da publicidade infantil. In. FONTENELLE, Lais (Org.). **Criança e consumo**: 10 anos de transformação. Instituto Alana: São Paulo: 2016. p.295.

⁴⁶² MEYER-PLFUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 27-28.

Homens e do Cidadão de 1789, onde, “toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição”.⁴⁶³

Ainda na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa (1789) encontra-se o direito a liberdade e o que poderia se chamar na atualidade da liberdade de expressão, como um “dos mais preciosos direitos do homem”:

Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 11.º A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Rousseau confiava na vontade e sabedoria da maioria (soberania popular) e alienava a liberdade individual a um corpo social, onde governantes e governados identificar-se-iam plenamente, representando assim a liberdade. Para Rousseau a democracia era tida como um conceito central, no entanto foi postergada (direitos políticos) sendo a princípio concedida somente a burguesia pelo voto censitário. Já Locke era defensor da “liberdade dos modernos” e defendia os direitos individuais não alienáveis, dito como direitos naturais. Embora as ideias de Rousseau tenham influenciado a Revolução Francesa na redescoberta da democracia dos gregos, o que prevaleceu foi o ideário liberal com uma “visão lockeana de direitos humanos”.⁴⁶⁴

Na construção do Estado Liberal, o Estado deveria intervir o mínimo para a sociedade desenvolver-se harmoniosamente. Esse fato estava diretamente relacionado com o modelo econômico, o *laissezfaire*, que exigia do Estado uma abstenção na esfera econômica, limitando-o ao papel da segurança, interna e externa, bem como da propriedade dos cidadãos.⁴⁶⁵

⁴⁶³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**.2.ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008. p. 9.

⁴⁶⁴ *Ibidem*. p. 6-9.

⁴⁶⁵ *Ibidem*. p. 13.

No entanto, a industrialização e os excessos do capitalismo acabaram desnaturalizando a ideia de liberdade. Sob o signo do *laissezfaire*, *laissezpasser*, criou-se um capitalismo selvagem, onde o Estado liberal não conseguia resolver. Surgem então as críticas ao liberalismo econômico que o entendiam como uma forma de legitimar a exploração. O Marxismo, o Socialismo Utópico e a Doutrina Social da Igreja, apesar de diferentes perspectivas, e ainda a crise capitalista do período entre guerras e o colapso da Bolsa de Nova York (1929) seguida da grande depressão, consolidam a ideia de que se devem garantir condições mínimas aos seres humanos para a efetivação de direitos individuais. Assim, na virada do século XX, com o medo dos processos revolucionários da Rússia, surge o Estado de Bem-Estar Social, que passa a garantir condições mínimas para que as liberdades humanas garantidas pudessem realmente ser exercidas. Neste quadro, importa destacar a contribuição de Maynard Keynes que defendia o papel ativo do Estado na economia.⁴⁶⁶

O Welfare State entra em crise na década de 70 com os dois choques do petróleo, sendo esta crise acentuada pela globalização econômica do final do século XX.⁴⁶⁷ Em 1947 um filósofo político austríaco, Friedrich von Hayek, crítico do Welfare State, juntamente com outros expoentes da economia e da filosofia (dentre eles, Ludwig von Mises, Milton Friedman e Karl Popper) buscavam uma solução para as ameaças sofridas do capitalismo, criaram a MontPelerinSociety.⁴⁶⁸

Os membros do grupo se descreveram como “liberais” (no sentido europeu tradicional) devido a seu compromisso fundamental com ideais de liberdade pessoal. O rótulo “neoliberal” marcava sua adesão aos princípios de livre mercado da economia neoclássica que emergira na segunda metade do século XIX (graças aos trabalhos de Alfred Marshall, William Stanley Jevons e Walras) para substituir as teorias clássicas de Adam Smith, David Ricardo e, naturalmente, Karl Marx. Mas também seguiam a ideia de Adam Smith de que a mão invisível do mercado constituía o melhor recurso de mobilização de mesmo os mais vis instintos humanos, como a gula, a ambição e o desejo de riqueza e poder em benefício de todos. Assim, a doutrina neoliberal opunha-se profundamente às teorias do Estado

⁴⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008. p. 15-19.

⁴⁶⁷ *Ibidem*. p. 26.

⁴⁶⁸ HARVEY, David. **O Neoliberalismo: histórias e implicações**. São Paulo: Edições Loyola. 2008. p. 29.

intervencionista, como as de John Maynard Keynes, que alcançaram a proeminência nos anos 1930 em resposta à Grande Depressão.⁴⁶⁹

A Constituição Federal de 1988 assegurou amplamente seu texto a proteção à liberdade em seus mais diversos aspectos, definindo-a como direito fundamental, cláusula pétrea e como tal insuscetível de alteração por meio da edição de emenda constitucional. Isso significa que a liberdade constitui-se em núcleo essencial do Texto Constitucional de 1988. O sistema constitucional pátrio protege a liberdade em suas mais variadas formas.⁴⁷⁰

A princípio a liberdade de expressão era garantia de proteção do Estado, da Igreja e dos indivíduos. E as instituições (como o Estado e a Igreja), se fossem atacadas, teriam o poder e autoridade para limitar a liberdade de expressão do indivíduo. Atualmente, com o estabelecimento da democracia do Estado e a livre manifestação religiosa garantida na Constituição muda o modo como essa liberdade de expressão é analisada.⁴⁷¹

Essa transformação de paradigma vai influenciar significativamente a proteção conferida à liberdade de expressão, ou seja, o Estado não vai combater agora ataques a sua honra, considerada como honra pessoal, mas sim vai proibir as manifestações de opinião que representem um ataque ao seu fundamento de legitimidade. Essas manifestações seriam capazes de suscitar atos violentos, de conspiração, de apologia ao crime, ou ainda, quando elas próprias são provocadoras como no caso do discurso do ódio.⁴⁷²

Faz-se necessário esclarecer o que seria a liberdade de expressão. Como pode ser analisada nos artigos citados anteriormente, “a liberdade de expressão é uma das dimensões do direito à liberdade”. No entanto tanto a doutrina quanto a legislação (Constituição), utilizam o termo “liberdade de expressão” de maneira imprecisa. No art. 5º é assegurada a “livre manifestação do pensamento” e no inciso IX “a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”, sendo as duas manifestações de liberdade de expressão. O que diferencia é que uma é a

⁴⁶⁹ HARVEY, David. **O Neoliberalismo: histórias e implicações**. São Paulo: Edições Loyola, 2008. p. 29-30.

⁴⁷⁰ MEYER-PLFUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 32.

⁴⁷¹ *Ibidem*. p. 91-92.

⁴⁷² *Ibidem*. p. 92.

“manifestação de sensações e sentimentos”; e a outra, a “manifestação de opiniões, ideias ou convicções”, ou seja, a liberdade de pensamento.⁴⁷³

Para Farias, a liberdade de expressão está dispersa pela Constituição e o autor reúne de maneira sistemática da seguinte forma: “liberdade genérica de expressão do pensamento” (art. 5º, IV), tanto no aspecto positivo de poder exprimir o seu pensamento, como no aspecto negativo de não emitir seu pensamento (art. 5º, LV c/c art. 14); “liberdade de expressão de consciência e de crença religiosa” (art. 5º VI); “liberdade de expressão filosófica e política” (art. 5º, VIII); “liberdade de expressão artística e científica” (art. 5º, IX).⁴⁷⁴

Há, portanto uma imprecisão sobre o que seria liberdade de expressão, tanto pelos doutrinadores quanto pela legislação brasileira. O que parece ser consenso é a larga extensão do seu conceito, que abrange desde a liberdade de pensamento, a liberdade de externar os sentimentos e emoções, quanto à liberdade intelectual. Em suma, “a liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos”. As espécies do gênero seriam: “liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão”.⁴⁷⁵

No entanto, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, assim “para que determinada ação encontre guarida no seguro porto da liberdade de expressão, tem-se como requisito que o exercício desse não prejudique ninguém, em nenhum de seus direitos”. As limitações da liberdade de expressão encontram fundamentos na necessidade de harmonização com os direitos individuais, pois não pode ser usada para desrespeitar ou ameaçar o direito da personalidade.⁴⁷⁶

Na visão de Cadermatori a liberdade de expressão tem gerado polêmica diante dos “seus limites de incidência e âmbitos de tutela insuscetíveis de afetação”, questionando o método “supostamente racional” de Alexy quando este direito colide com outros constitucionalmente

⁴⁷³ MEYER-PLFUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.34.

⁴⁷⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.152-160.

⁴⁷⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.577-579.

⁴⁷⁶ *Ibidem*. p.585-586.

previstos.⁴⁷⁷ Já para Silva, mesmo sendo uma garantia constitucional, a liberdade de expressão pode ser restringida, assim como a atividade publicitária, desde que essa restrição passe pelo “teste de proporcionalidade”.⁴⁷⁸

2.7.2.1 Regra da proporcionalidade: Publicidade infantil x Liberdade de expressão

O caso em questão, publicidade infantil x liberdade de expressão, traz à tona uma colisão entre os princípios do direito da criança e do adolescente, com o princípio da liberdade de expressão, ambos constitucionalmente defendidos. Assim, para parte da doutrina, a resolução desse conflito deve ser resolvida de forma diferente do conflito de regras. No conflito de regras, a solução muitas vezes é feita pela introdução de uma cláusula de exceção. Caso não seja possível por esse meio, “pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico”.⁴⁷⁹

Na colisão entre princípios, a solução é completamente diferente, em determinado caso concreto pode ocorrer de um princípio ter que ceder o lugar para o outro, mas mesmo assim não ser declarado inválido. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”.⁴⁸⁰

No caso de conflito entre princípios (ou colisão entre princípios, nos termos de Alexy), diversamente das regras, este se dá no plano de seu “peso” valorativo que entre eles deverá ser ponderado e não no plano de validade, como no caso de conflito de regras.⁴⁸¹

Alexy traz uma proposta de teoria de argumentação jurídica “baseada numa série de regras de discurso que regulam o processo de decisão”, determinando o caminho supostamente racional entre o ponto de partida

⁴⁷⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. Liberdade de expressão no contexto neoconstitucionalista e garantismo: uma reflexão crítica. In PASOLD, Cesar (Org). **Reflexões sobre teoria da constituição do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.p. 152-153.

⁴⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil**. Instituto Alana. São Paulo. 2012. p.30.

⁴⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Alemã. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. p.92.

⁴⁸⁰ *Ibidem*. p.93.

⁴⁸¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart, Francisco Carlos Duarte. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 127.

(premissas) até o ponto de chegada (conclusão). O resultado deste processo argumentativo deve ser considerado “como justo a partir de critérios formais de utilização do discurso jurídico”.⁴⁸²

Este modelo procedimental da argumentação jurídica pressupõe além da interpretação e aplicação de regras formais da discussão, uma construção de consensos de todos os participantes do debate, baseados no modelo procedimental-comunicativo, advindo da Teoria da Ação comunicativa e consenso de verdade de Jürgen Habermas.⁴⁸³

Para tanto, Alexy parte da tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso quer dizer que: 1) no discurso jurídico se discutem questões práticas, 2) erige-se também uma pretensão de correção mas 3) isso se faz dentro de determinadas condições de limitação. Em outras palavras, no discurso jurídico não se pretende sustentar que uma determinada proposição seja mais racional, e sim que ela pode ser fundamentada racionalmente dentro da estrutura do ordenamento jurídico vigente. Assim, por um lado, o procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas específicas do discurso jurídico que sinteticamente, exprimem sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática jurídica.⁴⁸⁴

Para Habermas a ponderação retira a estrutura deontológica (dever ser) e confere finalidade valorativa (teleológica) aos direitos fundamentais. No entanto Alexy não concorda com Habermas “de que a ponderação seja arbitrária ou irrefletida” pois exige do argumentos para a decisão.⁴⁸⁵

Apesar da pretensão de racionalidade, Alexy sofre várias críticas ao seu modelo também pela carência dessa racionalidade ao tratar “qualitativamente valores como princípios e vice-versa e como isto sopesar valores ao lidar com conflitos de certo tipo de normas, por ele concebida como princípios”. No entanto, Günther reconhece que Alexy, quando realiza o sopesamento na proporcionalidade e suas sub-regras, evita uma “tirania de valores”, no entanto, exclui “a possibilidade de criticar os valores já incorporados no procedimento de ponderação”.⁴⁸⁶

⁴⁸² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart, Francisco Carlos Duarte. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3.

⁴⁸³ Ibidem. p. 130.

⁴⁸⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. Liberdade de expressão no contexto neoconstitucionalista e garantismo: uma reflexão crítica. In PASOLD, Cesar (Org). **Reflexões sobre teoria da constituição do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013. p.162.

⁴⁸⁵ Ibidem. p.163.

⁴⁸⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart, Francisco Carlos Duarte. op. cit.. p. 145.

Nos últimos anos no Brasil a doutrina cada vez mais tem mostrado interesse pela regra da proporcionalidade; no entanto, o que se percebe tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a sua utilização como sinônimo de razoabilidade ou mesmo sua aplicação de forma inadequada.

Primeiramente para a correta aplicação da regra da proporcionalidade importante compreender a diferenciação que Alexy faz de regras e princípios. Para ele, ambos são normas “porque ambos dizem o que deve ser”. “Ambos podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. No entanto destaca que há uma grande diferença entre os dois.⁴⁸⁷

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são por conseguinte, mandamento de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados.⁴⁸⁸

Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas...Isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁴⁸⁹

Dessa definição vem a primeira observação de Virgílio Afonso da Silva, que trata do problema terminológico da regra da proporcionalidade que muitos chamam de princípio. Alexy afirma que os sub-elementos da proporcionalidade são classificados como regras, e sua aplicação se dará pela subsunção. Assim quando utilizados no Brasil como princípio da proporcionalidade, o termo “princípio” não pode ser traduzido na concepção de Robert Alexy.⁴⁹⁰

Outro problema terminológico apontado por Virgílio é o uso do conceito de proibição de excesso, utilizado como sinônimo da regra da proporcionalidade. Apesar de o Tribunal Constitucional alemão utilizá-la para conter excessos dos poderes estatais, tem-se verificado sua utilização também nos casos de omissão ou contra ação insuficientes.⁴⁹¹

As conotações técnico-jurídicas do princípio da racionalidade e regra (princípio) da proporcionalidade não são sinônimas, apesar de ambas

⁴⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Alemã. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. p. 87.

⁴⁸⁸ *Ibidem*. p. 90.

⁴⁸⁹ *Ibidem*. p. 91.

⁴⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 25.

⁴⁹¹ *Ibidem*. p. 28.

possibilitarem o controle legislativo e executivo, “limitando-as para que não restrinjam mais do que necessário os direitos dos cidadãos”. Esta confusão pode ser identificada tanto pela jurisprudência do Superior Tribunal Federal, como por trabalhos acadêmicos. A diferença entre elas dá-se pela origem e estrutura.⁴⁹²

A regra da proporcionalidade surgiu pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, no controle das leis que restringem direitos fundamentais e possuem uma “estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito”.⁴⁹³

Assim a regra da proporcionalidade é dividida em três sub-regras, em ordem pré-definidas, assim a “análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito”. Outro ponto a ser destacado, é que nem sempre há necessidade da análise de todas as sub-regras, que são subsidiárias entre si. Dependendo do caso concreto, só será analisada a adequação, já em casos mais complexos, deverá se proceder à análise chegando até a proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁹⁴

O teste da adequação deve ser no “exame da sua aptidão para fomentar os objetivos visados”, a pergunta feita é se a medida (os meios) tomada poderá ser considerada adequada a promover a realização dos fins visados.⁴⁹⁵

Aplicando a regra da proporcionalidade no caso em questão, onde se encontram dois princípios constitucionais em colisão (proteção integral x liberdade de expressão), a pergunta seria: a proibição da publicidade é adequada para proteção do desenvolvimento integral da criança? A resposta aqui deve ser absoluta, sim ou não. Diante da afirmativa, sim, a proibição da publicidade é uma medida adequada que busca a proteção integral da criança, passa-se para a etapa seguinte.

A necessidade já requer certo cuidado, pois, aqui é analisado se o objetivo perseguido não poderia ser promovido com a mesma intensidade por outro meio que não atingisse direito fundamental, o exame da necessidade é comparativo, diferente do da adequação que é absoluto.

⁴⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 29.

⁴⁹³ *Ibidem*. p. 31.

⁴⁹⁴ *Ibidem*. p. 35-36.

⁴⁹⁵ *Ibidem*. p. 38-39.

A pergunta aqui seria se não há outra medida que tanto quanto a proibição da publicidade seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo da proteção integral da criança, e que limite a liberdade de expressão em menor intensidade. Se a resposta for sim, há outra medida, que protege integralmente a criança e limita em menor grau o direito fundamental da liberdade de expressão, então a publicidade não deve ser proibida. Já se a resposta for não, não há outra medida que proteja integralmente a criança com igual eficiência, então a resposta é sim, a medida é necessária.

Ainda que adequada e necessária, não significa, no entanto, que será considerada proporcional. Para isso passa-se ao terceiro exame, da proporcionalidade em sentido estrito, “que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingindo a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” A pergunta nessa etapa é se a adoção da medida tem ou não peso suficiente para justificar a restrição do direito fundamental, para ser desproporcional, no entanto, ela precisa atingir o núcleo essencial deste direito fundamental.⁴⁹⁶

Assim a pergunta seria: a proibição da publicidade infantil justifica a restrição da liberdade de expressão? A proibição da publicidade atinge o núcleo essencial da liberdade de expressão? Se a resposta for não, a proibição da publicidade infantil não atinge o núcleo essencial do direito fundamental da liberdade de expressão a medida deverá ser considerada proporcional.

Se há razões suficientes para a restrição, ou seja, se o grau de realização do direito colidente justifica o grau de restrição ao direito atingido (vida, liberdade, propriedade), e assumindo a medida restritiva como adequada e necessária, as restrições são consideradas constitucionais.⁴⁹⁷

O exercício da liberdade de expressão, ou mesmo a liberdade de se fazer publicidade, não pode ser considerado superior à garantia de proteção integral da criança. A Constituição é clara e objetiva quanto essa proteção

⁴⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 42-43.

⁴⁹⁷ Idem. **A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil**. Instituto Alana. São Paulo. 2012.p.26.

da infância e “coloca a criança a salvo de qualquer evento que seja capaz de dificultar seu desenvolvimento sadio”.⁴⁹⁸

Portanto, mesmo que sendo garantia constitucional o direito à publicidade, não significa afirmar que esse direito é um direito absoluto, visto que a própria Constituição restringe a publicidade de alguns produtos, e mais, o próprio CDC, no art. 37, §2º, inclui em seu texto como publicidade abusiva aquela que se aproveitar da deficiência do julgamento e da inexperiência da criança.

Contudo, apesar do esforço em dar racionalidade à ponderação como o caso em questão, Cademartori denuncia em conclusão de seu artigo:

A conclusão do trabalho, fulcrada especialmente em Luigi Ferrajoli, é de que o neoconstitucionalismo, que reaproximou moral e direito e deu aos direitos fundamentais a qualificação de princípios que, por sua vez, estariam em rota de colisão, passou-se a lidar com conflitos imaginários e, de conseguinte, a se resumir o processo hermenêutico, muitas vezes, a uma escolha de acordo com ideais de justiça do magistrado.⁴⁹⁹

Surge então outro questionamento, será que este não seria o caso dessa colisão? Uma colisão imaginária, e que poderia ser resolvida de outra forma? Será que se respeitasse o §2º, do artigo 37 do CDC (Código de Defesa do Consumidor), que considera abusiva a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança” este conflito entre os princípios permaneceria?

Há de se concordar que, por mais que a regra da proporcionalidade venha trazer certa dose de racionalidade para a decisão, certo grau de coerência e fortalecimento para o Estado Constitucional de Direito, principalmente no Brasil corre-se o risco de a regra ser utilizada para fundamentar qualquer decisão, dando espaço para o tão temido “decisionismo judicial” e a insegurança jurídica.

Silva critica e denuncia que a doutrina e a jurisprudência brasileira não aplicam a regra corretamente, e ainda misturam conceitos fundamentais

⁴⁹⁸ SILVA, Daniela Freitas da. Publicidade Infantil: Limites e proibições à luz dos direitos da criança. In: Projeto Criança e Consumo. Instituto Alana (Org.). **Infância e Consumo, estudos no campo da comunicação**. Brasília: Instituto Alana, 2011. p.18.

⁴⁹⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. Liberdade de expressão no contexto neoconstitucionalista e garantismo: uma reflexão crítica. In PASOLD, Cesar (Org.). **Reflexões sobre teoria da constituição do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013. p.181.

que fazem perder todo o sentido da técnica. Mesmo assim, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, utiliza para fundamentar decisões relevantes colocando os direitos fundamentais em sério risco.

Importa destacar que o neoconstitucionalismo não defende o “decisionismo judicial”, defende a decisão baseada em uma racionalidade sólida. Mas como visto no Brasil, a prática judiciária brasileira recepcionou de maneira parcial e para piorar misturam as teorias (pois não há um único neoconstitucionalismo), e a utilizam para justificar qualquer tipo de decisão. Atualmente no Brasil o Direito cada vez mais vem se traduzindo como força, e como diria Bobbio, tanto melhor então que os mais fortes sejam os mais justos.

Como visto, a questão da publicidade infantil é complexa e divide opiniões. No próximo capítulo, serão abordadas decisões e ações mais concretas relacionadas ao tema.

3. A EFICÁCIA DO CONTROLE DA PUBLICIDADE

Na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes são responsáveis segundo a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, a família, o Estado e a sociedade. Também na defesa contra a publicidade infantil abusiva, é necessária a atuação de todos os atores responsáveis, pois é um dever legal a promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, sempre tendo como norte a proteção integral e a prioridade absoluta. Assim, neste capítulo, será analisado a atuação desses vários atores, em especial o judiciário e o legislativo (Estado) e a sociedade, ou seja, o cidadão.

Primeiramente, será feito um breve estudo do único caso de publicidade infantil abusiva que até o momento chegou ao Superior Tribunal de Justiça, bem como as possíveis consequências dessa decisão histórica, ou seja, se o caso Bauducco poderá ser considerado ou não um precedente, nos termos do Código de Processo Civil de 2015.

Vários são os projetos de lei que tramitam na Câmara e no Senado, que tratam especificamente de publicidade infantil, o quais também serão abordados neste capítulo. Muito já se ouviu falar que o Brasil sofre de inflação legislativa, e que aqui tem “lei que cola e lei que não cola”. A pergunta que não quer calar é, particularmente no caso da publicidade infantil, falta lei ou falta coragem?

Em outro tópico serão abordados alguns casos julgados pelo CONAR sobre o tema, ou seja, será analisado o desempenho da autorregulamentação no Brasil, tentando avaliar qual a efetividade do controle particular. Ainda, será realizado um estudo das demais ações do CONAR que visam proteger a criança da publicidade abusiva, como, mudanças do código autorregulamentar e estudos sobre o tema.

Ainda, importa destacar a participação do cidadão, da sociedade civil, para a construção de uma sociedade mais fraterna e democrática, que luta em prol da defesa dos direitos da criança e do adolescente. Serão apresentados alguns resultados da atuação da sociedade civil organizada, especificamente nos assuntos relacionados a publicidade infantil abusiva para complementar o debate sobre o tema.

3.1 A DECISÃO HISTÓRICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O “SISTEMA DE PRECEDENTES”

Em recente decisão, pela primeira vez na história do judiciário brasileiro, um caso de publicidade infantil levada ao judiciário foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça. Apesar de ser uma grande vitória para os defensores do fim da publicidade infantil, a luta ainda está longe de ser resolvida.

3.1.1 O caso Bauducco “É Hora de Shrek”

A Bauducco, ou Pandurata Alimentos Ltda⁵⁰⁰, realizou campanha denominada “É hora do Shreck”, que vigorou do período de 12.06.2007 a 19.08.2007, a qual foi notificada pelo Insituto Alana (que também notificou a Exim Caracter Licenciamento e Marketing) devido aos abusos contidos na promoção. Como não obteve resposta alguma, o Instituto Alana encaminhou representação ao Ministério Público Estadual que propôs Ação Civil Pública em face da Bauducco.

Da petição inicial da Ação Civil Pública⁵⁰¹ protocolada na Vara Cível da cidade de São Paulo (julho/2008), até a decisão definitiva do caso pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº. 1.558.086 (março/2016), passaram-se quase oito anos. Algo está muito errado no Direito brasileiro, e note-se que a petição inicial em sua primeira folha continha o carimbo de “urgente”.

Em julho de 2008, o Ministério Público de São Paulo, por intermédio do seu Promotor de Justiça do Consumidor, Paulo Sérgio Cornacchioni, propôs Ação Civil Pública contra Pandurata Alimentos Ltda. O processo teve início com Inquérito Civil 14.161.805/07-3, instaurado e instruído pela mesma promotoria que interpôs a ação.

Nos fatos, a petição inicial esclarece que a Bauducco lançou uma linha de produtos de bolinhos, biscoito e *wafer*, chamada de “GULOSOS”. Para promover essa linha de produtos, como estratégia de marketing lançou a promoção “É hora do Shrek”, com publicidade direcionada ao público infantil utilizando-se do personagem que deu nome a promoção e outros

⁵⁰⁰ “A Pandurata é uma das principais empresas do setor de alimentos do Brasil, é fabricante das marcas Bauducco, Visconti e Tommy, também possui *joint venture* com a Hershey’s e é distribuidora da Ovomaltine”. BAUDUCCO. *Site Bauducco*. Nossa Tradição. Disponível em: <<http://bauducco.com.br/nossatradicao>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁵⁰¹ Vide Ação Civil Publica no Anexo A.

presentes no filme do “Shrek”. A campanha incluía quatro modelos de relógios que poderiam ser adquiridos mediante apresentação de cinco embalagens de produtos da linha “GULOSOS” mais a quantia de R\$5,00 (cinco reais). A campanha rendeu a empresa um faturamento de R\$ 1.570.631,00 (Um milhão, quinhentos e setenta mil, seiscentos e trinta e um reais), valor esse divulgado pela própria empresa ré no inquérito civil.

A campanha publicitária contou com comercial audiovisual televisivo, além do jornal, onde um garoto mais velho na escola pergunta as horas para o mais novo, que consumia um dos produtos da linha em questão, que exhibe o relógio do Shrek e diz: “É hora do Shrek, olha só o meu relógio que demais”, e explica como conseguir o relógio (cinco embalagens mais R\$5,00 reais). O garoto mais velho diz “legal” e pergunta novamente as horas e o mais novo responde “é hora de você também ter um desses”, o garoto mais velho já visivelmente irritado pergunta novamente: “que horas são?”, e o mais novo responde: “tá bom, eu ainda não sei ver as horas”. Entra o narrador do comercial explicando as regras da campanha com cenas do filme Shrek, esclarecendo que “são quatro modelos”, “colecione”.⁵⁰²

Nos autos do inquérito civil, o Ministério Público formulou proposta de ajustamento extrajudicial de conduta por publicidade abusiva, mas sem conseguir chegar em um termo de consenso com a empresa ré, ajuizou a ação em questão.

Para configurar publicidade abusiva e ilegal, o Ministério Público fundamentou com os seguintes dispositivos de lei: do Código de Defesa do Consumido, artigo 6º, inciso IV e V, artigo 37, §2º, artigo 39, incisos I e IV; do Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 15 e artigo 17. Quanto a evidencia da venda casada, o autor aduz que é expressamente proibida conforme artigo 39, I do CDC, e ainda esclarece que:

A prática da ré caracteriza, sem dúvida, a venda casada, pois existe um único modo de os pequenos consumidores adquirirem os colecionáveis relógios do Shrek: a aquisição conjunta e compulsória de cinco produtos da linha Gulosos. Não existe a possibilidade de aquisição avulsa dos primeiros, separadamente, o que os obriga a comprar o alimento sempre que desejarem obter um dos relógios.⁵⁰³

⁵⁰² EP151B. **Promoção Bauducco Gulosos "É hora de Shrek"**. 30s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pROsWr3avg8>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

⁵⁰³ Vide petição Inicial no Anexo A, p. 8-9.

Quanto à inexperiência e deficiência de julgamento da criança, fundamentado no artigo 37,§2º do CDC e do artigo 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, e por ser alimentos, a publicidade deverá observar o item 2, do Anexo H do mesmo Código. Ainda destaca o promotor, que a publicidade chega “ao absurdo de direcionar o apelo para colecionar relógios a crianças que sequer sabem ver as horas!”.⁵⁰⁴

Também os valores a serem defendidos e ensinados à criança, merece tutela segundo o Ministério Público, que fundamentado no artigo 227, da Constituição Federal e artigos 15 e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A imperatividade do mandamento “colecione” na intenção da criança obter vários relógios, a ostentação material, não são valores que devem ser transmitidos às crianças. Valores esses que não condizem com o consumismo cego, sem qualquer razoabilidade.⁵⁰⁵

Quanto às obrigações da empresa ré, por ter cometido ato ilícito (artigo 186 do Código Civil), que produziu dano à indeterminável coletividade, o Ministério Público pediu multa com valor mínimo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), considerando a magnitude da ré, sendo que todo ato ilícito gera direito a indenização (artigo 927, do Código Civil), caso a empresa não cumpra a obrigação de não mais adotar prática comercial semelhante e a obrigação de não mais promover publicidade que transmitam valores inadequados às crianças. Além da multa pecuniária, lembra o autor que a publicidade abusiva gera obrigação de contrapropaganda (artigo 56, XII e artigo 60, do CDC), mas como no caso não é possível “desfazer o malefício” (artigo 60, §1º, do CDC), a única alternativa para ressarcimento dos danos ocasionados é a obrigação de indenizar, fundamentado no artigo 84 do CDC que prevê a possibilidade de converter a obrigação de fazer em perdas e danos. Assim o autor requer indenização não inferior ao valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do faturamento das vendas dos produtos constantes na promoção durante a vigência da mesma, no valor de R\$ 785.315, 50 (setecentos e oitenta e cinco, trezentos e quinze reais e cinquenta centavos) devendo ser revertido para o Fundo Especial de Despesas de Reparação de Interesses Difusos e Lesados.⁵⁰⁶

A Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público foi julgada improcedente em primeira instância. Diante desse fato, em 26 de fevereiro de 2009, o Ministério Público apelou requerendo reforma do julgado. A 7ª

⁵⁰⁴ Vide petição Inicial no Anexo A, p. 14.

⁵⁰⁵ Vide petição Inicial no Anexo A, p. 15-17.

⁵⁰⁶ Vide petição Inicial no Anexo A, p. 18-23.

Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 08 de maio de 2013, decidiu pelo provimento do apelo e julgou procedente condenando a Pandurata Alimentos Ltda, primeiramente a não mais adotar prática comercial semelhante e não mais promover publicidade infantil sem as observações das regras próprias, caso haja descumprimento dessa obrigação de não fazer, fixou multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Ainda condenou a Bauducco a indenização à sociedade pelos danos difusos no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), valor esse “bastante inferior ao faturamento que obteve na campanha publicitária”.⁵⁰⁷

Não satisfeita com a reforma, a Bauducco interpôs Recurso Especial, em 04 de setembro de 2013, aduzindo que não houve venda casada, porque o brinde não estava condicionado à compra de biscoitos e sim à compra de cinco embalagens de produtos mais R\$ 5,00 (cinco reais) é que dava direito ao brinde. O Tribunal de Justiça de São Paulo negou prosseguimento do recurso, e a empresa interpôs Agravo, que foi convertido em Recurso Especial em 25 de agosto de 2015. Então, em 10 de março de 2016, o recurso foi julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro Humberto Martins, sendo a votação unânime declarando a abusividade tanto da venda casada, quanto da publicidade de alimentos dirigidas à criança.⁵⁰⁸

Alegou a recorrente violação do artigo 535, do CPC, o qual o Ministro Relator Humberto Martins em seu voto afirmou que “a recorrente limitou-se a alegar, genericamente, ofensa ao referido dispositivo legal, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido”.⁵⁰⁹

Importante destacar que no voto, o Ministro Humberto Martins enfrentou ainda a questão do marketing abusivo dirigido às crianças e a venda casada. Situações essas que são bem diferentes e importantes para futuras decisões, o ministro sedimentou a posição de que a publicidade de alimentos dirigidas às crianças (direta ou indiretamente) é abusiva:

É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigidos, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e

⁵⁰⁷ Vide Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo no Anexo B, p.7.

⁵⁰⁸ INSTITUTO Alana. **Site criança e consumo** Pandurata Alimentos Ltda. (Bauducco) – Promoção Gulosos Shrek (julho/2007). Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/acoes/pandurata-alimentos-bauducco-promocao-gulosos-shrek/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁵⁰⁹ Vide Voto do Ministro Relator Humberto Martins no Anexo C, p.5.

consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir aos pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor).⁵¹⁰

Sobre a venda casada, afirma o ministro relator que a mesma ficou configurada, pois para adquirir o relógio seria necessário que o consumidor comprasse cinco produtos da linha “gulosos”. Sendo assim, aduziu que o acórdão de origem era irretocável, “ao vedar que os responsáveis por crianças sejam constrangidos comprar determinados produtos que efetivamente não desejam”.⁵¹¹

Os demais ministros⁵¹² seguiram o voto do relator, sendo que ganha destaque o voto do Ministro Herman Benjamin, grande autoridade do Direito do Consumidor, tratando o caso como paradigmático e concordando inclusive com os fundamentos da decisão, de publicidade abusiva de alimentos dirigidos à criança (art. 37, §2º, CDC) e de venda casada (art. 39, I, CDC). Eis a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF. 2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente “venda casada”, ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em

⁵¹⁰ Vide Voto do Ministro Relator Humberto Martins no Anexo C. p. 6.

⁵¹¹ Vide Voto do Ministro Relator Humberto Martins no Anexo C. p. 8.

⁵¹² Ministros: Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região).

contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC). 3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos". Recurso especial improvido.⁵¹³

O referido acórdão repercutiu na mídia, não tanto como deveria. Alguns sites como “migalhas” e “conjur” foram mais enfáticos e deram maior relevância ao caso:

O julgamento de hoje é histórico e serve para toda a indústria alimentícia. O STJ está dizendo: acabou e ponto final. Temos publicidade abusiva duas vezes: por ser dirigida à criança e de produtos alimentícios. Não se trata de paternalismo sufocante nem moralismo demais, é o contrário: significa reconhecer que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos é dos pais. E nenhuma empresa comercial e nem mesmo outras que não tenham interesse comercial direto, têm o direito constitucional ou legal assegurado de tolher a autoridade e bom senso dos pais. Este acórdão recoloca a autoridade nos pais.

Por sua vez, o ministro Mauro Campbell fez questão de ressaltar que o acórdão irá consignar a proteção da criança como prioridade, e não o aspecto econômico do caso. Campbell lembrou, como sustentado da tribuna pela advogada Daniela Teixeira, que o Brasil é o único país que tem em sua Carta Magna dispositivo que garante prioridade absoluta às necessidades das crianças, em todas as suas formas.⁵¹⁴

A Bauducco ainda ingressou com Embargos de Declaração que foram rejeitados, e ingressou com Recurso Extraordinário, com fulcro no

⁵¹³ Vide Acórdão do Superior Tribunal de Justiça Anexo D. p. 8.

⁵¹⁴ Trecho retirado do áudio do voto pelo site Migalhas. MIGALHAS. **Julgamento histórico:** STJ proíbe publicidade dirigida às crianças. Migalhas, 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235576,101048-Julgamento+historico+STJ+proibe+publicidade+dirigida+as+criancas>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

artigo 102, III, alínea *a*⁵¹⁵, da Constituição Federal, contra o acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Além da repercussão geral, a empresa ré aduziu que houve ofensa aos seguintes dispositivos da Constituição Federal: artigo 5º, inciso II (princípio da legalidade; artigo 170 (livre iniciativa) e artigo 220 (liberdade de expressão):

Argumenta o Recorrente, no que concerne à tese de violação ao princípio da liberdade de expressão, que ‘a publicidade é considerada forma de exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de criação e uma modalidade de comunicação social. Assim, pela Constituição, é fora de dúvida que a publicidade é uma forma de expressão protegida, de modo que qualquer ação nesse campo deve ser pautada em prestígio da liberdade’ (fl. 1.547). Entende, assim, que ‘a restrição imposta no v. acórdão configura censura à atividade publicitária da Recorrente, ampliando o próprio objetivo inicial da demanda (vedar a suposta abusividade da campanha publicitária denominada “Gulosos”)’ (fl. 1.548).

A Empresa recorrente alega também que fica evidente a ofensa ao princípio da legalidade, decorrentes das limitações genéricas impostas pelo acórdão recorrido ao exercício da liberdade de expressão, em evidente atuação do Poder Judiciário como legislador. Nesse ponto, aduz que *‘o Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, veda apenas a publicidade abusiva, por meio do exame no caso concreto, realizado pelo Poder Judiciário. Não é possível, portanto, sustentar que toda publicidade destinada ao público infantil seja abusiva. O tema é, ainda, objeto de debate no mundo todo e não há, no Brasil vedação legal genérica à publicidade dirigida ao público infantil’* (fl. 1.549).⁵¹⁶

No entanto, a Ministra Presidente do STJ Laurita Vaz, não admitiu o recurso extraordinário, destacando que a reforma do acórdão que a ofensa

⁵¹⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

⁵¹⁶ Vide decisão do Recurso Extraordinário Anexo E, p. 2.

alegada ao Texto Constitucional ocorreu de maneira reflexa, o que inviabilizou a admissão do recurso pela via extraordinária. A empresa ré ainda não desistiu e segue utilizando-se da enormidade de recursos possíveis que existem no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que em dezembro de 2016 interpôs Agravo em Recurso Extraordinário, que será julgado pelo Supremo Tribunal Federal.⁵¹⁷

Convém destacar a relevância da participação do Instituto Alana como *amicus curie*, sendo inclusive justificada pelo Ministro Humberto Martins. O ministro fundamentou sua decisão destacando a relevância do caso e a representatividade do Instituto que tem como objetivo social "promover atividades e projetos em prol do desenvolvimento das capacidades plenas e da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, em consonância com sua missão de 'HONRAR A CRIANÇA'."⁵¹⁸

Apesar de, "histórico", e de ser considerado uma vitória para os defensores da proteção integral da criança e do adolescente, o resultado prático ainda não está sendo obtido. Pela literalidade de decisão, como se pode perceber, ao menos a publicidade de alimentos (utilizando o termo de forma ampla, para alcançar toda e qualquer comunicação mercadológica) deveria ser banida do mercado. No entanto, o que se observa é que tudo continua como era antes, as indústrias de alimentos não saudáveis continuam ávidas pelo mercado infantil, e não irão abrir mão dos lucros estratosféricos que obtêm com esse mercado tão facilmente.

3.1.2 Precedentes no Código de Processo Civil de 2015

Uma das perguntas que surgem com a decisão do Superior Tribunal de Justiça em relação à publicidade infantil, é se essa decisão poderá ou não ser considerada um precedente (e em qual sentido), e se essa decisão merecerá devida relevância para ações futuras que envolva a publicidade infantil.

No Brasil, assim como outros países de origem romano-germânica, o sistema jurídico é o da *civil law*, o que em linhas gerais significa que o direito aplicado é o direito positivado, escrito, onde o juiz é intérprete da lei. Lei que merece destaque, pois para alguns autores o termo muda de concepção, já que o novo Código de Processo Civil adotou o sistema de

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Consulta processual**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ca&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500615780>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁵¹⁸ Vide Admissão do Instituto Alana como *amicus curie* Anexo F, p. 2.

precedentes, já para outros, o termo precedente aqui, não deve ter a mesma conotação que acolá (*common law*).

É importante expor que o termo “precedente judicial” diferente do que vem sendo aos poucos empregados no direito brasileiro. “Falava-se em precedente para se referir a um pronunciamento judicial proferido no passado e identificado, em um momento posterior, como sendo subsídio relevante ou decisivo para a resolução de novos casos, em que a mesma ou análoga questão que se ponha”, tal como ainda hoje é reconhecido nos ordenamentos estrangeiros como o americano.⁵¹⁹

Recentemente, por uma figura de linguagem, o termo está sendo utilizado “para indicar, de modo mais amplo, pronunciamentos judiciais que, já quando são emitidos, nascem com a declarada finalidade de servir de parâmetro, de vincular, em maior ou menos grau, decisões judiciais”. O Código de Processo Civil de 2015, para além dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal em controle direto de constitucionalidade, prevê novas hipóteses com caráter vinculante, chamando-os de “precedentes”, o que ocasionou na doutrina uma série de perguntas.⁵²⁰

Antes de adentrar no caso dos “precedentes”, imperioso destacar que o direito brasileiro, apesar de utilizar o sistema da *civil law*, onde genericamente a lei escrita, positivada, é a principal fonte para o Direito, há muito tempo vem valorizando a jurisprudência:

O processo de valorização da jurisprudência no Brasil pode ser compreendido em três perspectivas ou etapas: i) o avanço do controle concentrado da constitucionalidade; ii) a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); iii) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas integrantes da Lei nº 13.105/2015, nosso Novo Código de Processo Civil (CPC/2015).⁵²¹

⁵¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo; Curso avançado de processo civil. Cognição jurisdicional, volume 2, 16 ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 693.

⁵²⁰ *Ibidem*. p. 694.

⁵²¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma lógica a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**, 2016, p. 3-4. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2017

É sobre a criação desse “novo sistema de precedentes vinculantes” que paira uma verdadeira controvérsia entre os doutrinadores. Para Wambier e Talamini, o novo CPC não estabeleceu um sistema jurídico fundado nos precedentes com a aceção que o termo tem nos sistemas da *common law*. É certo que nas últimas décadas existe uma aproximação da *civil law* com a *common law*, principalmente no que se refere a importância da que a jurisprudência tem alcançado na *civil law*, e em contrapartida a importância dos textos legais positivados tem para as normas jurídicas da *common law*. Assim, ao menos no Brasil, os precedentes não devem ser considerados fontes primárias do direito. “O papel que os precedente (no sentido próprio, tradicional) têm na *common law* não deriva de uma simples atribuição de especial eficácia a eles – de resto inexistente. Antes, é fruto de seculares tradição”.⁵²²

Essa valorização dos precedentes, como auxílio nas resoluções de caso, no Brasil ganha destaque no que se refere aos casos repetitivos. Nunes e Bahia advertem que, a associação de um microsistema de litigiosidade repetitiva (art. 928⁵²³, CPC), não serve para o caso brasileiro como “ferramenta idônea e adequada para a formação de precedentes”, já que aqui, os “*fundamentos determinantes* são identificáveis acidentalmente no Brasil”.⁵²⁴

Posição essa da qual divergem Barroso e Mello. Para esses doutrinadores o judiciário também é refém da massificação dos tempos atuais, seja pela introdução de processos objetivos (como ação declaratória e arguição de descumprimento de preceito fundamental), introdução de processos subjetivos (como ação civil pública, mandado de segurança coletivo), novos direitos (consumidor, meio-ambiente), e também pela mudança no plano estrutural, com os juizados especiais, possibilitando aos cidadãos maior acesso à justiça. O papel do juiz tradicional, que “tecia

⁵²² WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo; Curso avançado de processo civil. Cognição jurisdicional, volume 2, 16 ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 694-695.

⁵²³ “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”. BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵²⁴ NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada no seu uso no Brasil. In. DIDIER, Fredie (Coord.). MACEDO, Lucas Buril de Macêdo. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre (Org.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v.2: procedimento comum. Salvador: Juspodivim, 2016. p. 909-910.

como artesão cada sentença”, fica adstrito nos dias atuais às lides mais complexas e que fogem o padrão usual. Para otimizar tempo e recursos escassos, o poder judiciário deve contar com juízes e assessores que sem correr o risco de retrabalho, sigam as fundamentações e teses desenvolvidas pelos tribunais superiores. É nesse contexto que os autores defendem o uso dos precedentes, sendo que “o papel da jurisprudência e o uso pragmático de precedentes se tornam indispensáveis para a entrega de uma prestação jurisdicional que possa conciliar justiça do caso concreto com duração razoável do processo”.⁵²⁵

Só que o sistema de precedentes da *common law* não foi desenvolvido para solucionar problemas como os litígios repetitivos que acabam superlotando o judiciário brasileiro, fenômeno esse que para quem defende o uso dos precedentes para tais soluções creem que as “velhas ferramentas e cânones relativos ao uso de normas já não daria mais conta da realidade”. Apesar de o sistema brasileiro sempre ter levado em conta, de certa forma, as decisões dos tribunais para pautar as decisões, como as súmulas por exemplo, não há como comparar com o sistema anglo-americano. No Brasil a aplicação é pautada pela “aplicação mecânica” do juiz, sem adentrar na essência do julgado. Já o sistema de precedentes da *common law*, há “uma identificação discursiva de aspectos fáticos, em uma discussão rica”.⁵²⁶

O artigo 927⁵²⁷ do CPC “devem ser lidos como provimentos judiciais legalmente vinculantes, ou seja, textos normativos redutores de

⁵²⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma lógica a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**, 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2017. p. 3-4.

⁵²⁶ NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada no seu uso no Brasil. In. DIDIER, Fredie (Coord.). MACEDO, Lucas Buril de Macêdo. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre (Org.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v.2: procedimento comum. Salvador: Juspodivim, 2016. p. 910-911.

⁵²⁷ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança

complexidade para o enfrentamento das nossas lides repetitivas”, enquanto que para tonar-se um precedente genuíno é imperiosa a criação de complexidade.⁵²⁸

Já para outra parte da doutrina, o artigo 927 do CPC, denota a instituição de um amplo sistema de precedentes vinculantes: as súmulas vinculantes, as decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos proferidos com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR) e também em incidente de assunção de competência, os enunciados de súmula simples do STF e STJ e por fim, as orientações firmadas pelo plenário ou órgãos especiais de segundo grau.⁵²⁹

Crítico ferrenho do sistema de precedente, ou “sistema brasileiro de precedentes”, ou “sistema de criação de teses” ou da implantação do “*stare decisis*” da *common law* no Brasil, Lenio Streck denuncia, “querem substituir o direito posto”:

Com efeito, do que se depreende do voto do ministro Fachin e parte da doutrina nacional, a doutrina do *stare decisis non quiet movere* já está implantada. Em vez de interpretação de leis e de casos, tudo se resumirá à aplicação de teses feitas por Cortes de Vértice (a expressão consta do voto e foi cunhado pela doutrina aqui analisada e criticada). Enquanto isso, no STJ já se anuncia a criação de um “núcleo para a consolidação do sistema de precedentes do novo CPC”. Também para o STJ existe um “sistema de precedentes” (demonstrarei cabalmente que essa

jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵²⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Coluna Senso Incomum. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁵²⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma lógica a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**, 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2017. p. 3-4.

tese é equivocada e não tem respaldo no CPC e na CF). Eis os fatos se precipitando. E formando a tempestade perfeita. Pois é, caríssimo Alexandre Bahia: você vem avisando há anos que a CF diz que o judiciário julga “causas”. Acho que perdemos. As palavras da CF já nada valem. Tudo se resume a uma aplicação utilitarista do direito para resolver seus problemas numéricos-quantitativos.⁵³⁰

Para Streck, isso não significa dizer que não há necessidade de maior racionalidade no sistema jurídico brasileiro, não significa aceitar que Brasília seja transformada em “terceira instância”, o que não se pode concordar é que os textos jurídicos sejam desprezados diante do “sistema de precedentes” e que direitos sejam suprimidos:

E penso estar acompanhado da cepa de processualistas como Dierle Nunes, Marcelo Cattoni, Francisco Borges Motta, Lucio Delfino, Georges Abboud, Nelson Nery Jr. (para falar só destes) — eles não aceitam nem que vivamos um “sistema de precedentes” e nem que o judiciário possa legislar. Defendem a mudança de racionalidade no uso de julgados dos tribunais que deva partir da busca de uma eficiência que não desmonte o devido processo constitucional e que evite o isolamento de cortes supremas em relação ao restante da comunidade jurídica.⁵³¹

A tese dos commonlistas⁵³² defende a aplicação do “sistema de precedentes”, onde o STF e o STJ deverão servir como cortes que fazem as teses que se tornam vinculantes, e que “valerão por terem autoridade e não pelo conteúdo”, esses processualistas na verdade “trabalham com uma perspectiva utilitarista”, o importante é que irá funcionar, seus defensores estão mais preocupados com a eficiência. A tese ao contrário não reforça o

⁵³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? Coluna Senso Incomum. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 10 jan. 2017

⁵³¹ Ibidem.

⁵³² Como Lenio Streck denomina os processualistas que defendem o “sistema de precedentes”.

artigo 926⁵³³, CPC, mas sim viola esse dispositivo. ⁵³⁴ Para o autor o juiz não constrói lei, não constrói o Direito, e sim o que devem os juízes fazer é interpretar a lei ao aplicar o Direito. Eis as premissas as quais o Lenio Streck baseia-se:

- 1) O que temos no CPC não é uma “commonlização”; nem de longe se pode afirmar isso;
- 2) Os provimentos elencados no artigo 927 não são todos precedentes (e, lógico, precedentes não no sentido genuíno do *common law*). Nesse sentido, súmula não é precedente (nem no Brasil, nem seria no *common law*), julgamento de questões repetitivas, igualmente;
- 3) Todo precedente e provimento que deve ser observado (veja-se a palavra “observado”) são interpretáveis, ou seja, nunca são a norma decisória do caso concreto e nem podem ser vistos como o “ponto de chegada”, sendo um *principium* argumentativo; precedente também é um texto, provimento é um texto, súmula é um texto;
- 4) Precedente não tem hierarquia em relação à lei;
- 5) Julgar precedente não é sinônimo de julgamento de tese; há que ficar clara a diferença entre precedente e tese; não podem ser a mesma coisa;
- 6) MacCormick só fala de precedente genuíno do *common law* (por óbvio, lá não tem súmula e não tem IRDR); também temos que estar de acordo que Schauer não trata de súmulas, não imagina IRDR e fala de precedentes no sentido do *common law*; também temos que estar de acordo que Taruffo também fala de precedentes e as citações acima

⁵³³ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2o Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵³⁴ STRECK, Lenio Luiz. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? Coluna Senso Incomum. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 10 jan. 2017. op. cit.

esclarecem a extrema cautela com que esse autor fala desse tema;

7) Por último, uma questão teórica fundamental: penso que hoje em dia — com o avanço da teoria do direito — já podemos estar de acordo que o positivismo clássico (o que Mitidiero, por exemplo, chama de formalismo de matriz cognitivista) está superado. E que não necessitamos fazer esforços e gastar preciosas energias para superar algo que Kelsen já havia suplantado. Sim, pode parecer estranho, mas Kelsen é um positivista pós-exegético. Portanto, creio que podemos estar de acordo, a partir de Hart — este pelo lado do positivismo (inclusivo) — e por Müller — este pelo lado do pós-positivismo — que já não há qualquer novidade em falar da e na superação do formalismo (ou exegetismo) ou equiparação texto-norma (nem preciso falar dos demais autores pós-hartianos, vivos e mortos). Se nos colocarmos de acordo com isso, ficará mais fácil falarmos em precedentes, teses, texto, norma, teoria da interpretação e conceitos afins (ou de uma teoria normativa de teoria política). Por fim, o cerne desta questão é: o que fazer neste ambiente de indeterminação gerado pelo pós-exegetismo? Tentando dar conta deste estado de coisas estão argumentativistas, interpretativistas, hermeneutas, positivistas de vários matizes, analíticos, dentre outros. A pergunta que surge é: seriam os precedentes suficientes para contornar esta realidade ou seria mesmo um retorno — ou a concessão fatalista — a um positivismo fático (jurisprudencialista)?⁵³⁵

Barroso e Mello justificam a adoção do “sistema de precedentes normativos ou vinculantes” por três razões: segurança jurídica, isonomia e eficiência. Como critério objetivo e pré-determinado de decisão, os precedentes trariam maior segurança jurídica, com a aplicação de precedentes em casos jurídicos idênticos reduziriam as decisões conflitantes, dando maior isonomia. Já a eficiência é demonstrada pela otimização dos recursos, pois juízes serão obrigados a respeitar

⁵³⁵ STRECK, Lenio Luiz. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes II. Coluna Senso Incomum. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em 10 jan. 2017.

entendimentos já proferidos, e com isso não irão desprender tempo nem recursos com questões já apreciadas pelos tribunais, e os tribunais não precisarão reexaminar e reformar as decisões divergentes, já que o entendimento estará pacificado.⁵³⁶

No entanto, Nunes e Bahia denunciam:

Infelizmente, até ao menos a entrada em vigor do CPC-2015, duas posturas são costumeiras no Brasil ao se usar os julgados dos tribunais como fundamento para as decisões: (a) a de se repetir mecanicamente ementas e enunciados de súmulas (descontextualizados dos fundamentos determinantes e dos fatos que os formaram e dos fatos que os formaram), como bases primordiais para as decisões, seguindo uma racionalidade própria da aplicação das leis, encarando esses trechos dos julgados como ‘comandos’ gerais e abstratos – é dizer, repristinando uma escola da exegese apenas que substituída da lei pelos (pseudo) ‘precedentes’ ou (b) de se julgar desprezando as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar novos casos a partir de um marco zero interpretativo, num e noutro caso do juiz discricionariamente despreza julgados, a doutrina e o próprio caso que está julgando.⁵³⁷

Sob o manto da tese do precedente, é a teoria normativa da política está à procura de uma boa teoria de direito, em nenhum país da *common law* a vinculação do precedente é imposto por lei. Ainda, Dworkin já dizia, é uma questão de princípio e não de política, princípios vistos como “elemento justificador, que evidencia a questão jurídica como um problema não de técnica ou de funcionalidade”. A força dos precedentes não pode se vincular única e exclusivamente nas cortes, o que está ocorrendo no Brasil é a delegação soberana ao STF e ao STJ, onde a funcionalidade irá sobrepor a Constituição. “O que é certo é que nem os positivistas, nem Dworkin, nem

⁵³⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma lógica a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>, acesso em 09 jan. 2017. p. 17-18.

⁵³⁷ NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada no seu uso no Brasil. In. DIDIER, Fredie (Coord.). MACEDO, Lucas Buril de Macêdo. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre (Org.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v.2: procedimento comum. Salvador: Juspodivim, 2016. p. 913.

Alexy, nem Habermas poderiam concordar com essa *realpolitik* ou *realjuridik* proposta pelos adeptos do sistema de precedentes.”⁵³⁸

Nessa toada, de forma brilhante, em palestra no X Congresso de Direito Processual de Uberaba, Dierle Nunes, baseado em dados empíricos, colocou o dedo na ferida narcísica do problema dos precedentes no Brasil. E foi à origem: o precedentalismo toma corpo e força em face da busca de efetividades quantitativas. Esse é o busflis. Diante da irracionalidade e da jurisprudência lotérica, a saída encontrada pelos precedentalistas foi a de transferir para um locus superior o processo de atribuição de sentido. No caso, cortes de vértice ou cortes de precedentes (STJ e STF). Dierle mostra, então, que já em 1910 o ministro Pedro Lessa denunciava o excesso de processos do STF: 900. Passam 116 anos e, em uma quinzena, este ano, o ministro Barroso julgou 2,2 mil processos. Portanto: construamos, urgentemente, um modo de evitar que tantos processos cheguem aos tribunais... E os que chegarem, transformemo-los em “precedentes” com respostas prontas e acabadas (desprezando-se os rigorosos pressupostos que o próprio CPC estabelece para que assim o sejam em seu conteúdo), vinculantes para o andar de baixo. Se isso é legítimo ou constitucional? Não importa. É útil. E eficiente. Entretanto, como bem lembra Dierle, alguém já se deu conta de que são os próprios tribunais (que, segundo as teses precedentalistas, deverão dizer o que o direito é e sua aplicação deverá ser feita por terem validade em si) que constroem esse caos? Parcela da doutrina pátria parece não perceber que legitimam, assim, o que os Tribunais Superiores querem fazer...⁵³⁹

Mas a transição ainda não está feita, e até que prove ao contrário, no Brasil o que vigora é o sistema romano-germânico, da *civil law*, onde a lei é a fonte soberana do Direito, e as decisões judiciais ainda possuem papel

⁵³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III.** Coluna Senso Incomum. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁵³⁹ Ibidem.

secundário e são consideradas “lotéricas”. Para os defensores do direito da criança e do adolescente, o melhor é torcer para que se aprove ao menos um dos projetos de lei que tramitam na câmara, apesar de todo *lobby* da indústria, a vitória já esteve mais longe.

3.1.3 O caso Bauducco “É Hora de Shrek” servirá como precedente?

Mesmo ainda não se encontrar uma posição uníssona na doutrina se o que está previsto no CPC 2015 seria ou não um “sistema de precedentes” que se aproxima da *common law*, os tribunais já se encontram a pleno vapor para implantá-lo. Antes de avaliar se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso da Bauducco, pode ser considerado ou não como um precedente, que deverá moldar e orientar futuras decisões que envolvam a publicidade infantil, é imprescindível tecer algumas observações sobre três conceitos essenciais para aplicação do sistema, são eles: *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*.

A *ratio decidendi* ou o *holding* “correspondem justamente ao entendimento jurídico emergente de um precedente que vinculará a decisão dos casos futuros”⁵⁴⁰, é “a razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão”⁵⁴¹, isto é, é a razão do decidir e não a decisão em si. Por isso que Lênio Streck é tão efusivo quando diz que “o direito não cabe no precedente”, pois a *ratio decidendi* não cabe em uma súmula ou limitado por um texto, sob pena de deixar de ser a razão de decidir.⁵⁴²

Já *obiter dictum*, que não deve ser confundido com a *ratio decidendi*, conforme Streck e Abboud é a “interpretação jurídica, ou uma argumentação ou um fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda”⁵⁴³

⁵⁴⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma lógica a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>, acesso em 09 jan. 2017. p. 17-18.

⁵⁴¹ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.221.

⁵⁴² STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Coluna Senso Incomum – **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em 10 jan. 2017.

⁵⁴³ STRECK, Lênio. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 44.

No entanto, apesar de irrelevantes para a decisão, não devem ser desprezados, pois conforme Barroso e Mello:

Entendimentos minoritários, votos vencidos e considerações desnecessárias à solução de um caso podem ser muito importantes para sinalizar as inclinações da corte quanto a julgamentos futuros, para indicar tendências deste ou daquele membro do colegiado, para inspirar novas teses e intervenções do legislador. Além disso, o *dictum* de hoje pode ser o holding de amanhã. Portanto, os *dicta* podem ter grande relevância para o desenvolvimento judicial do direito. Apenas não produzem - enquanto *dicta* - orientações vinculantes para o julgamento de casos futuros.⁵⁴⁴

A aplicação dos precedentes, na common law, devem ser dados ou por mecanismos de associação ou de distinção entre os casos, conhecido como *distinguishing*. Para Marinoni, antes que seja aplicada a *ratio decidendi* a um novo caso concreto, é necessário que se faça um cotejo entre os fatos, pois só haverá a aplicação do precedente, se os fatos forem semelhantes, sendo que a essa técnica é dada o nome de *distinguishing*.⁵⁴⁵

Assim, a técnica do *distinguishing* pode verificar que entre o caso em julgamento e o paradigma não possuem coincidência seja porque “entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente”, ou ainda, “seja porque, a despeito de exigir aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente”⁵⁴⁶.

Quatro elementos essenciais devem ser examinados e confrontados para avaliar a semelhança entre dois casos para fins de aplicação (ou não) de um precedente: i) os fatos relevantes de cada qual; ii) os valores e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; iii) a questão de direito que suscitam; iv) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso.

⁵⁴⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma lógica a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. 2016. Disponível em:< <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>, acesso em 09 jan. 2017. p. 25.

⁵⁴⁵ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.326.

⁵⁴⁶ Ibidem. p.326.

Quando duas demandas possuem fatos relevantes distintos, há uma tendência a que normas diferentes incidam na nova causa e, por consequência, que esta coloque uma questão de direito diferenciada. Nessa hipótese, os fundamentos que justificaram a decisão do precedente possivelmente serão insuficientes para decidir a nova ação.⁵⁴⁷

Por fim, o conceito de *overruling*, que é uma das hipóteses de afastamento do precedente, ou melhor, a revogação do precedente. O *overruling* ocorre quando na resolução de um novo caso, apesar de possuir identidade com os fatos do caso precedente, não se aplica a decisão da norma geral anteriormente criada (precedente), ou seja, para casos semelhantes as decisões serão diferentes, por conta da superação do precedente judicial. Assim os argumentos utilizados para aplicação do *overruling* devem ser muito mais sólidos e fortes do que para aplicação do *distinguishing*⁵⁴⁸

Overruling ocorre quando um tribunal se dá conta de que tem de mudar sua jurisprudência. Deve demonstrar porque está assim agindo. Além de explicar as razões legais, deve dizer por qual prognose o faz. *Overruling* quer dizer: o caso ‘provocador’ deve ser um ‘caso’ que tenha o condão de provocar essa reviravolta. Bom, na verdade, isso é assim no common law.⁵⁴⁹

Superados os conceitos acerca do “sistema de precedentes”, antes de analisar os votos dos ministros, para extrair a razão da decisão, será pontuada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0). Na decisão podemos extrair do julgado que ficou caracterizado publicidade duplamente abusiva, tanto pela “venda

⁵⁴⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma lógica a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>, acesso em 09 jan. 2017. p. 25-26.

⁵⁴⁸ BUSTAMANTE, T. da R. de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p.388- 389.

⁵⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção da inocência?** Coluna Senso Incomum. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 10 jan 2017.

casada”, quanto pela publicidade de alimentos direcionados às crianças, conforme ementa já citada. A “venda casada” configura-se quando o fornecedor condiciona a venda de um produto à aquisição de outro, no caso, a venda dos relógios, além de custar R\$ 5,00 (cinco reais), exigia que o consumidor cinco embalagens de produtos da linha “Gulosos”, e por óbvio que esses produtos precisavam ser comprados. A empresa tentou argumentar de que na verdade era o brinde não estava condicionado a compra de biscoitos e sim a compra de cinco embalagens de produtos mais R\$ 5,00 (cinco reais) é que dava direito ao brinde, mas não obteve sucesso em sua tese um tanto esdrúxula.

Primeiramente ressalta-se que a decisão de o Superior Tribunal de Justiça, que confirmou acórdão do Tribunal de São Paulo, no aspecto da “venda casada” não inovou em nada e nem criou precedente algum, pelo simples fato de a “venda casada” estar expressamente proibida por lei. No Brasil, a qual vige o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 39, inciso I⁵⁵⁰, está lá com todas as letras que é prática abusiva “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço”. Não há necessidade de nenhum esforço interpretativo, os conceitos aqui não são amplos, não há cláusulas abertas, o artigo é taxativo, “venda casada” no Brasil é *contra legem*. O que poderia ter divergência é que se o fato configuraria ou não “venda casada”, mas pelo relato do caso, por óbvio essa dúvida não se sustenta. Segundo, que na ementa consta publicidade duplamente abusiva, mas de fato o que ocorre com a “venda casada” não é publicidade abusiva, e sim prática abusiva, prática de venda casada.

Além da prática abusiva configurada pela “venda casada”, levanta-se a hipótese que o tribunal superior poderia ter configurado prática abusiva fundamentando com o artigo 39, IV⁵⁵¹, do CDC, que aduz que é vedado ao fornecedor *prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços*. No caso, é claro que a empresa aproveita-se da idade para incutir um desejo de possuir um relógio para

⁵⁵⁰ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”. BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵⁵¹ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”. Ibidem.

ostentação e ainda condicionar a venda de outros modelos por ser produto colecionável, sendo que o verbo na publicidade estava no imperativo, “colecione”.

Já na questão da publicidade de alimentos, o STJ inova em considerar abusiva a publicidade de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, à criança. Como visto no primeiro capítulo o setor regulado não abre mão dos argumentos de que só lei federal é capaz de regulamentar a publicidade e ainda que a atividade publicitária teria proteção constitucional diante da liberdade de expressão.

Mas, conforme visto anteriormente, para definir qual a *ratio decidendi* se deve analisar a razão da decisão. Assim, para cumprir essa tarefa passa-se a separar os elementos que formaram a convicção dos ministros, analisando primeiramente o voto do ministro relator que foi acompanhado pelos demais.

No caso da publicidade de alimentos, primeiramente fundamentou o ministro que é abusivo o *marketing*, publicidade ou promoção, dirigidos direta ou indiretamente à criança. O ministro ainda destacou a questão da obesidade, e que a decisão da compra de produtos alimentícios devem recair sobre os pais. Pode-se assim concluir, que para o ministro relator e demais ministros que acompanharam o caso, toda e qualquer publicidade de alimentos é proibida por lei, caracterizada pela abusividade.⁵⁵²

Isso sim pode ser considerado uma vitória, já que tanto a Resolução nº163/2014 e a mais especificamente a Resolução n. 24 (RDC n. 24/2010) da ANVISA, tentaram de todas as formas coibir a publicidade infantil abusiva sem obter tamanho êxito. A Resolução n. 24 da ANVISA, além de sofrer duro *lobby* do setor regulado durante o processo de sua produção, mesmo com texto de alcance, foi atacada duramente pelo empresariado, que não poupou esforços e travou uma batalha judicial enfraquecendo a agência. O que se demonstra com essa decisão é que essa construção percorreu um longo caminho, envolvendo tanto o judiciário, quanto outros atores importantes nesse contexto, como a sociedade civil organizada, de ambos os lados.

Mas ainda, o voto do ministro relator foi além, afirmando que “campanhas publicitárias de fundo comercial, que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil são ilegais”, e fundamentou com artigo 37, §2º⁵⁵³,

⁵⁵²Vide Voto do Ministro Relator Humberto Martins no Anexo C. p. 6

⁵⁵³ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de

do Código de Defesa do Consumidor. Note-se que o artigo trata de publicidade enganosa ou abusiva que se aproveita de deficiência de julgamento e experiência da criança, e o ministro utilizou o termo manipular o universo lúdico, ou seja, tornando a grande maioria das campanhas publicitárias direcionadas as crianças ilegais. O ministro assim reforça a Resolução nº163/2014, mais especificamente o artigo 2º⁵⁵⁴ da resolução, pois os incisos desse artigo nada mais são do que aspectos lúdicos que a publicidade utiliza para tonar-se mais atrativa.

Sobre a “venda casada”, o ministro relator apenas confirma o que o tribunal de origem sustentou, a configuração da “venda casada”. Nesse caso, não se percebe nenhuma possibilidade de criar precedentes, e sim, trata-se apenas de aplicar a lei.

O voto do Ministro Herman Benjamin que acompanhou o voto do relator, mas foi além, enfrentou os argumentos do paternalismo sufocante, do moralismo demais, e reconheceu que a autoridade para decidir sobre alimentação dos filhos cabe aos pais. O acórdão, segundo o ministro, recoloca a autoridade dos pais, e acrescentou que fornecedores não estão aptos para decidir sobre alimento e nem medicamento, o que eles podem segundo o ministro, é oferecer, mas sem retirar a autoridade dos pais e sem dirigir anúncios às crianças. Apesar de não ter capacidade de realizar negócio jurídico, as crianças têm poder de convencimento, seja no berro, seja por *bullying* dos colegas. Sobre esse aspecto o ministro com todas as letras reconheceu que a publicidade é abusiva por ser dirigida à criança. O ministro ainda se utilizou da decisão do Supremo Tribunal Federal quando da vedação publicidade de tabaco, onde a indústria argumentou que havia liberdade absoluta, e que a publicidade não era para estimular as pessoas fumarem e sim escolher a marca. Sobre o argumento de que não houve reclamação por parte do consumidor, disse ser desnecessário, pois

1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017

554 “Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos: I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; III - representação de criança; IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; V - personagens ou apresentadores infantis; VI - desenho animado ou de animação; VII - bonecos ou similares; VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.” BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. **Resolução 163**. Disponível em: <http://www.sinaprosp.org.br/visualizar_noticia.php?id_noticia=1678>. Acesso em: 20 jan. 2017

conforme o Código de Defesa do Consumidor, basta a infração ser configurada, quanto a não ocorrência de risco à saúde, não é esse o único valor que o código protege, acima de tudo o código protege a autonomia da vontade. E ainda acrescentou: “Também não me impressiona, ainda neste primeiro ponto, um outro argumento de que milhares de anúncios são feitos, são mesmo, e por isso a necessidade do Superior Tribunal de Justiça dizer, não apenas para a Bauducco, mas para toda a indústria alimentícia, ponto final, acabou”.⁵⁵⁵

Sobre o segundo fundamento o Ministro Herman Benjamin evidencia que não há dúvidas de que a hipótese é de venda casada, acompanhando o ministro relator. Por fim, o ministro pede ampla divulgação do acórdão, para que essas duas práticas, publicidade de alimento dirigidas à criança e venda casada, são publicidade sejam reconhecidas como publicidade abusiva.⁵⁵⁶

O voto da Ministra Assusete Magalhães, também acompanhou o voto do relator, sem mais novidades, apenas destacou em seu voto o memorial encaminhado pelo *amicus curie*, esclarecendo que a criança tem discernimento incompleto, mas por outro lado, grande poder de convencimento frente aos pais.⁵⁵⁷

Ainda, importante fazer referência ao parecer da Procuradoria Geral da República, Ministério Público Federal, que entendeu que não haveria necessidade de reforma o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, solicitando assim o não conhecimento e o não provimento do recurso. Ainda aduziu que:

Insta frisar, que consumismo exacerbado praticado nos dias atuais, atinge de forma devastadora a população menos favorecida. Temos notícias de casos em que pessoas (adolescentes e adultas) desenvolvem processos depressivos pelo simples fato de verem seus “amigos” ostentarem alto poder aquisitivo nas redes sociais. Sendo assim, o que podemos esperar daquela criança que não tem condições de comprar sequer um produto da série “Gulosos”? O que passa na cabeça dessa criança ao ver o seu colega ao lado

⁵⁵⁵ Voto transcrito. BENJAMIN, Herman. **Voto do Min. Herman Benjamin no Recurso Especial**: 1.558.086. 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/Transcri%C3%A7%C3%A3o-do-Voto-do-Ministro-Herman-Benjamin-10.3.2016.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁵⁷ Vide voto Ministra Assusete Magalhães, Anexo G.

com vários relógios daquela promoção, e ele(a) sem poder ter algum?⁵⁵⁸

Os votos do Ministro Mauro Campbell Marques e da Desembargadora Diva Malerbi (convocada do TRF da 3a. Região), não foram analisados pois não foi conseguido acesso aos mesmos. No entanto, destaca-se a informação de que o Ministro Mauro Campbell Marques aduziu que “o acórdão irá consignar a proteção da criança como prioridade, e não o aspecto econômico do caso”⁵⁵⁹. Ganha destaque na fala do ministro a proteção da criança, como prioridade absoluta, sendo o único ministro que fundamentou a decisão com princípios do Direito da Criança e do Adolescente. Apesar de importante vitória em prol da criança, pode-se perceber a pouca afinidade dos ministros com a legislação infanto-adolescente.

Analisando o acórdão que negou provimento ao Recurso Especial, inclusive com votação unânime, bem como os votos disponíveis, pode-se perceber que a matéria encontra-se pacificada, ou seja, publicidade de alimentos dirigidas à criança é ilegal, segundo “precedente” do Superior Tribunal de Justiça,

Como defende Dworkin a interpretação do direito deve ser construída por várias mãos, e deve ser contínua, isto é, sem rupturas. O precedente na *common law*, exige, de acordo com a teoria da integridade, que o intérprete decida o caso que será referência futura como um romance, que decida o novo levando em conta os capítulos passados, respeitando todas as etapas para assim superá-lo, e assim construir o futuro, um novo capítulos, com integridade e coerência.⁵⁶⁰

Ao que parece, foi isso que aconteceu no caso analisado, houve uma decisão coerente, que respeitou toda uma história de debates, de argumentos, e todos os envolvidos tiveram a oportunidade de se expressar, vistos as manifestações na Resolução nº163/2014 e a Resolução n. 24 da ANVISA. Assim, entende-se que a decisão que considerou a publicidade de alimentos dirigidas à criança abusiva, ou seja, ilegal, pode ser utilizada como precedente, nos parâmetros da *common law*.

⁵⁵⁸ Vide Parecer do Ministério Público Federal, Anexo H.

⁵⁵⁹ MIGALHAS. **Julgamento histórico:** STJ proíbe publicidade dirigida às crianças. Migalhas, 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235576,101048-Julgamento+historico+STJ+proibe+publicidade+dirigida+as+criancas>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁵⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 273 . DWORKIN, Ronald. Por uma questão de princípio. São Paulo Martins Fontes, 2001, p. 221 e ss.

3.1.4 O caso Bauducco na via administrativa

Além da Ação Civil Pública, a Bauducco também sofreu sanções em caráter administrativo, tanto na esfera estatal quanto na autorregulamentar. Paralelamente a Ação Civil Pública em face da Bauducco, o PROCON de São Paulo aplicou multa no valor de R\$ R\$ 105.493,33 (cento e cinco mil, quatrocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos), através do Auto de Infração 00579 D7, de 01 de agosto de 2008. A presente multa foi contestada com Ação Anulatória proposta pela Bauducco em face do PROCON paulista, em 12 de janeiro de 2010, requerendo inclusive antecipação de tutela, e ao final a nulidade do auto de infração, sendo que o processo administrativo encontra-se suspenso por ação judicial.⁵⁶¹

Ainda, em 12 de janeiro de 2010, no mesmo dia em que foi protocolada a ação, a 6ª Vara da Fazenda Pública/Acidentes, indeferiu o pedido de tutela antecipada, por falta de verossimilhança da alegação, não constatando inclusive a ilegalidade apontada pela Bauducco.⁵⁶²

Em 19 de janeiro de 2010, a Bauducco aditou à inicial. Após a contestação do Procon e a réplica da Bauducco, em 22 de dezembro de 2012 a ação foi julgada procedente, determinando a anulação dos autos de infração. Em 18 de janeiro de 2011 o PROCON recorreu, vindo a seguir as contrarrazões da Bauducco e finalmente em 19 de setembro de 2011, o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, cassando a sentença de primeiro grau, e determinando a suspensão do processo, até o julgamento da Ação Civil Pública vista anteriormente.⁵⁶³

Já o controle autorregulamentar, foi muito mais ágil que o controle estatal (tanto judicial quanto administrativo). A decisão determinou a sustação do anúncio televisivo e do jornal, mas como se pode observar, o julgado transcrito abaixo não registrou efetividade alguma, já que foi julgado em dezembro de 2007, e a promoção vigorou entre 12.06.2017 a 19.08.2007, ou seja, quando do julgado a campanha há muito já havia finalizado, comprometendo totalmente a decisão.

⁵⁶¹ PROGRAMA de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo – PROCON SP. *Site PROCON SP*. Consulta Auto de Infração Lavrado e Emissão de Boleto. Disponível em: <<http://sistemas.procon.sp.gov.br/gedoc/>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁵⁶² INSTITUTO Alana. *Site criança e consumo*. Decisão Liminar nos autos nº 053.10.000782-4 da 6ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes da Comarca de São Paulo. Juíza Cynthia Thomé. 12 jan. 2010. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/BauduccoGulosos_Senten%C3%A7aLiminar.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁵⁶³ *Ibidem*.

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2007;
Representação nº: 205/07, em recurso ordinário;
Autor(a): Conar, por iniciativa própria; Anunciante:
Pandurata Alimentos; Relator(a): José Francisco
Queiroz e Paulo Chueiri (voto vencedor); Câmara:
Câmara Especial de Recursos; Decisão: Sustação;
Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37, 50, letra "c" do
Código e seu Anexo "H"

Resumo: Por maioria de votos, a Câmara Especial de Recursos manteve decisão de primeira instância pela sustação de anúncios de TV e jornal da Pandurata Alimentos. As peças foram questionadas por utilizarem criança para vocalizar apelo ao consumo e por estimular o consumo excessivo. A defesa alegou que o filme é apenas informativo, sem apresentar nenhum apelo imperativo de consumo ou encorajar o consumo excessivo. Ao manter o pedido de sustação, os conselheiros da câmara revisora concordaram com o parecer do relator de primeira instância, de que as mensagens têm que ser entendidas do ponto de vista do consumidor principal, a criança, sob o qual as peças configuram incentivo ao consumo desregrado.⁵⁶⁴

Assim, tanto pela via judiciária, quanto pela via administrativa, seja pelo controle estatal ou pelo controle autorregulamentar, apesar de todos parecerem “falar a mesma língua”, a criança continua desprotegida da publicidade abusiva. A demora não é compatível com a prioridade absoluta da criança, e por mais que a Bauducco seja condenada, não basta, precisamos de soluções mais efetivas e eficientes.

3.2 OS PROJETOS DE LEI SOBRE PUBLICIDADE INFANTIL

São vários os projetos de lei que mantêm relação com o tema publicidade infantil, no entanto, serão analisados os que ainda estão em tramitação na Câmara de Deputados ou no Senado Federal. Ainda, é proposta desse item, analisar se há falta de legislação ou falta de efetividade, visto que a matéria é regulamentada tanto pelo Estado, no âmbito legislativo e executivo (incluindo as resoluções e afins), e pelo

⁵⁶⁴ CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. *Site CONAR*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>> Acesso em 12 jan. 2017

CONAR, com o Código de Autorregulamentação Publicitária que serve inclusive de subsídio da legislação estatal.

Conforme artigo 61 da Constituição Federal, a iniciativa de leis complementares e ordinárias caberá “a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição”. A iniciativa popular, conforme §2º do artigo referido, “pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

Após serem propostos pelos deputados ou senadores, como os projetos de lei que serão analisados a seguir, eles seguem para as Comissões, que podem ser permanentes ou especiais, que irão analisar a forma e/ou conteúdo. Podem ser aprovados ou não, e ainda podem sofrer alterações pontuais ou integral, chamado de substituto. Em seguida, após a aprovação nas comissões, o projeto de lei poderá ir para votação em plenário, ou ir direto para a outra casa legislativa, ou ainda ser remetido à Presidência para sanção, irá depender do regime de tramitação do projeto.⁵⁶⁵

Na votação em Plenário é comum ocorrer intensos debates, já que é onde ocorre a deliberação coletiva de todos os membros, de uma ou das duas casas (Câmara e Senado). Todos os projetos terão que passar por ambas as casas, se iniciou na Câmara deve seguir para o Senado e vice-versa. Após a aprovação em ambas as casas, a proposta será encaminhada ao Presidente da República que poderá sancionar ou vetar, podendo ocorrer de forma integral ou parcial. Sancionado o projeto, será publicado no Diário Oficial da União, tornando-se lei. Se for vetado, em todo ou em parte, volta para o Congresso Nacional, que poderá derrubar o veto, e seguir para a publicação, ou se mantido o projeto será arquivado.⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3046/1997**. Autor: Gilney Viana. Dispõe sobre regulamentação de anuncios publicitarios em horarios de programação infanto-juvenil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19019>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

⁵⁶⁶ Ibidem.

3.2.1 Projetos de lei sobre publicidade que tramitam na Câmara de Deputados

A seguir, serão analisados primeiramente os projetos de lei que Câmara de Deputados, por ordem cronológica, iniciando pelo mais antigo, que possuem correlação com a abordagem deste trabalho.

O Projeto de Lei nº 3.046/ 1997⁵⁶⁷ tem como autor o Deputado Gilney Viana, e dispõe sobre regulamentação de anúncios publicitários em horários de programação infanto-juvenil, sendo que se encontra apensado ao projeto nº 2.134/1996 sendo que esse está apensado ao projeto Nº 5269/2001. O projeto em seu artigo 1º determina que durante o horário de transmissão de programação infanto-juvenil as emissoras estariam proibidas de veicular propaganda ou qualquer peça publicitária contendo imagens ou falas impróprias ao esse público. A inobservância da lei será punida com multa de vinte mil UFIR (Unidade Fiscal de Referência), em caso de reincidência a multa será dobrada. Os valores obtidos pelas multas deverão ser revertidos para campanhas educativas.

A justificativa do projeto é dada pela influência que os meios de comunicação, principalmente o televisivo, exercem sobre a formação da personalidade da criança e do adolescente. Destacando que o artigo 76, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a classificação por faixa etária e horário⁵⁶⁸, no entanto os anúncios e chamadas muitas vezes não são apropriados. Fundamentando ainda com caput do artigo 220 apesar de resguardar a manifestação de pensamento deve ser lido em conjunto com parágrafo 3º, inciso I, que define que a competência de Lei Federal para fixar, faixa etária, local e horário, de diversões e espetáculos públicos. E ainda, o artigo 221, inciso IV da Constituição Federal, determina que as programações de rádio e televisão, devem respeitar os valores éticos e sociais.

O Projeto de Lei nº 5.921/2001⁵⁶⁹ tem como autor o Deputado Luiz Carlos Hauly, e é um dos principais projetos sobre o tema. Inicialmente o

⁵⁶⁷ INSTITUTO Alana. Caderno Legislativo. **Publicidade infantil**: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. São Paulo: Insituto Alana, 2016. p. 10-11.

⁵⁶⁸ Dispositivo prejudicado pelo julgamento da ADI 2404 do STF.

⁵⁶⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5921/2001**. Autor: Deputado Luiz Carlos Hauly. Acrescenta parágrafo ao art. 37, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que "dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências". Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

projeto tinha como proposta a inclusão do §2º-A como o seguinte texto: “É também proibida a publicidade de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados à criança”. A justificativa do deputado pautou-se na veiculação de publicidade, inclusive com ídolos infantis, que eram verdadeira coação ou chantagem, arguia que no Brasil existia um liberalismo total.

Na Comissão de Defesa do Consumidor, o relator Deputado Celso Russomano aprovou o projeto na forma de um substituto, isso em 2003. Em 2006, a nova relatora, Deputada Maria do Carmo Lara, devidamente justificado, opta por criar uma nova lei, não apenas a inclusão de um dispositivo no artigo 37 do CDC como era a proposta original. Muito mais protetiva à criança, proibindo qualquer comunicação mercadológica destinada à criança, em junho de 2008 essa proposição foi aprovada pela Comissão, contra os votos dos Deputados Vinicius Carvalho, Efraim Filho e Cezar Silvestri. O Deputado Celso Russomano votou em separado, apresentando uma emenda muito menos protetiva.

A emenda da Deputada Maria do Carmo Lara sofreu duras críticas do Deputado Osório Adriano, na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), destacando que cabe ao Estado equilibrar os dois pilares das sociedades democráticas, a liberdade e a responsabilidade, defendendo que a publicidade é uma atividade virtuosa e não viciosa, finalizando acrescentou que o remédio excessivamente radical, mata o paciente, reduzindo assim o texto aprovado para considerar abusiva a publicidade “que seja capaz de induzir a criança a desrespeitar os valores éticos e sociais da família”, que propôs substitutivo que comprometem a efetividade da norma. O substituto do Deputado Osório foi aprovado pela comissão, sendo que o Deputado Capitão Assunção, em voto separado, voltou pela aprovação do substituto da Deputada Maria do Carmo Lara.

Na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), primeiramente o relator Deputado Bilac Pinto, além de sugerir a aprovação do projeto, apresentou um substituto muito mais protetivo, inspirado nos exemplos internacionais de sucesso, como Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Grécia e Irlanda, e também dos códigos de autorregulamentação de nacional e de outros países. Nessa mesma comissão o relator Deputado Salvador Zimbaldi aduziu que a publicidade direcionada à criança é prática comercial abusiva, pois se aproveita da vulnerabilidade, sendo que o Parlamento não pode se furtar de discutir esse tema, com coragem, para dar efetividade a Constituição Federal (artigo 227), ao Estatuto da Criança e do Adolescente e ao Código de Defesa do Consumidor. No entanto, em 2013,

o Deputado Sandro Alex votou pela aprovação da Emenda 01/2011, do Deputado Osório Adriano da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio. Assim, a CCTCI aprovou o Parecer do Relator Sandro Alex, apoiando o Deputado Osório Adriano.

O substitutivo proposto pela Comissão de Defesa do Consumidor (CDC)⁵⁷⁰ ampliou a proteção à criança, pois proíbe que qualquer comunicação mercadológica seja dirigida à criança. Ainda, para não deixar margens de dúvida, esclarece minuciosamente quais as técnicas proibidas (linguagem infantil, personagens, efeitos especiais, celebridades, etc.), proíbe ainda a participação de crianças. Elenca um rol de princípios gerais que devem ser seguidos por qualquer publicidade ao adolescente, determina o que seria publicidade abusiva dirigida ao adolescente, as sanções cabíveis, a responsabilidade solidária entre fornecedor, agência publicitária e o veículo. Esse substitutivo é o mais protetivo dos projetos de lei, e encontra-se para apreciação em Plenário, sendo que se prevê uma verdadeira batalha. Importante destacar que lá se foram mais de 15 anos entre a proposta original e os substitutivos, isso demonstra como esse assunto mobiliza vários setores que sem dúvida possuem grande interesse econômico.

O deputado Lincoln Portela propôs o Projeto de Lei Nº 1.480/2003⁵⁷¹, que obriga os fabricantes de alimentos altamente calóricos, divulgar nas embalagens advertência sobre a obesidade. As empresas terão cento e oitenta dias para se adaptarem após a publicação da lei. As penas previstas para a transgressão da lei seriam equiparadas a infração do Código de Defesa do Consumidor e da lei de infrações sanitárias, Lei Nº 6.437/ 1977, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Como justificativa, o autor destaca que a obesidade acomete boa parcela dos brasileiros, e sua causa maior, sendo a mais vulnerável é o hábito alimentar. Acredita que a tarja na embalagem será um valioso instrumento de alerta aos consumidores. O projeto já foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), pela Comissão de Defesa do Consumidor (CDC) e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). No momento, o projeto encontra-se pronto para pauta em plenário.

⁵⁷⁰ Vide substitutivo na íntegra no Anexo I.

⁵⁷¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1480/2003**. Autor: Deputado Lincoln Portela. Obriga a divulgação de advertência sobre obesidade em embalagens de produtos altamente calóricos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=124654>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

Outro projeto que também tem como justificativa o combate à obesidade, inclusive demonstrando o grave avanço nas populações mais jovens, é o Projeto de Lei Nº 1.637/2007⁵⁷², do Deputado Carlos Bezerra, que se encontra apensado aos projetos: PL 3793/2008, PL 7174/2010, PL 7648/2010, PL 4462/2008, PL 7304/2010, PL 7644/2010 e PL 7667/2010. O referido projeto visa limitar a publicidade de alimentos não saudáveis, restringindo a comunicação mercadológica desses produtos, como: inclusão de mensagens de advertência; restrição de horário (21h00 às 06h00); veda informação de qualidades nutricionais ou benefícios à saúde que esses produtos possam ter; proibição de brindes ou prêmios; proibição de publicidade durante programação infantil; proíbe a utilização de desenhos, personalidade, personagens; proíbe publicidade em instituição de ensino infantil ou fundamental.

A Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) e a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), aprovaram parecer de seus relatores pela rejeição do projeto. Fato no mínimo curioso foi que a princípio o relator Deputado José Augusto Maia da CDEIC, em 15/12/2011, havia se manifestado pela aprovação do projeto e pela rejeição dos demais apensados, mas em 12/09/2012, o novo relator Deputado Damião Feliciano optou pela rejeição sendo seguido pelos demais membros da comissão.

O projeto encontra-se na situação de aguardo do parecer da Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), sendo que o parecer da relatora, Deputada Rosângela Gomes é pela rejeição. Apesar de todos os relatores concordarem que a justificativa é plausível até porque o deputado traz, dados e fatos irrefutáveis que comprovam a epidemia de obesidade em que se encontra o país, o discurso para a rejeição é quase o mesmo em todas as comissões. Os argumentos para a rejeição são: proibir não é a solução, que se deve investir em educação alimentar, que existe o CONAR que tem regras restritivas, que limita a responsabilidade dos pais, entre outros argumentos que se repetem no discurso dos que defendem a publicidade.

Sob a justificativa da crescente obesidade infantil e sendo um dos vilões dessa epidemia o consumo indiscriminado de alimentos de alto teor energético e nada nutritivo, os lanches na escola estão na mira da lei. O

⁵⁷² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1637/2007**. Autor: Deputado Carlos Bezerra. Dispõe sobre oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas, cujo objeto seja a divulgação e a promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360369>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

Projeto de Lei Nº 1.755/2007⁵⁷³, do Deputado Fábio Ramalho, tem como única proposição a proibição de venda de refrigerantes em escolas públicas e privadas da educação básica.

O parecer do relator Deputado Lira Maia da Comissão da Comissão de Educação e Cultura (CEC) foi no sentido de rejeitar o projeto, fundamentando que cabe ao Estado divulgar campanhas sobre os malefícios da má alimentação e é papel da família a educação alimentar, e ainda que a mesma comissão aprovou o PL Nº 127/2007 que dispõe sobre a substituição de alimentos não-saudáveis nas escolas de educação básica. O parecer do relator pela rejeição do projeto foi aprovado pela comissão.

Em voto separado, o Deputado Maurício Trindade da Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) manifestou-se pela rejeição do projeto, destacando que educar é a melhor maneira de combater hábitos não saudáveis. No entanto, o voto do Deputado Alexandre Roso foi pela aprovação do projeto, sendo que apresentou inclusive um substituto, com a substituição da restrição do refrigerante para a oferta de alimentos de baixo teor nutritivo, que deverão ser feitos pelos respectivos ambientes, ampliando a proteção à criança e ao adolescente, sendo que a definição dos alimentos deverá ser realizada pelas escolas com base em critérios técnico-científicos. O deputado lembrou que a Lei Nº 11.947/2009 que dispõe sobre a alimentação escolar do ensino básico tem como diretriz a educação alimentar e que as escolas devem proporcionar uma alimentação saudável e adequada. Assim a proibição de refrigerantes estaria em total consonância com a lei. A relatora, Deputada Zenaide Maia, manifestou-se pela aprovação do projeto, destacando que a proibição revela-se adequada, pois está intimamente ligada ao direito à vida, e que a proposição possibilita a sociedade ter a participação da escola como aliada na educação da boa alimentação de seus filhos. A comissão aprovou por unanimidade o projeto nos termos do parecer da relatora.

Na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) o parecer do relator Deputado Luiz Couto foi favorável ao PL; no entanto, em voto separado, o Deputado Sergio Souza aduziu que tal medida é inadequada violando desproporcionalmente o núcleo essencial do direito fundamental do livre exercício da atividade econômica. O parlamentar destaca o método hermenêutico do direito constitucional da proporcionalidade, citando

⁵⁷³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1637/2007**. Autor: Deputado Carlos Bezerra. Dispõe sobre oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas, cujo objeto seja a divulgação e a promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360369>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

inclusive seus três critérios, mas não o aplica e chega à conclusão de que a proposta do projeto não se mostra adequada. Ainda arguiu que a proibição da venda é insuficiente para promover a saúde das crianças. Não há um parecer da Comissão definitivo, faltando manifestação dos demais parlamentares que a integram, sendo assim, a situação do projeto é que se encontra pronto para a pauta na CCJ.

Outro projeto interessante é o PL 4815/2009⁵⁷⁴ que veda a comercialização de brinquedos ou brindes que acompanham lanches ou refeições de qualquer tipo. O Deputado Dr. Nechar como justificativa aduz que as promoções das redes de *fast food* que vendem brinquedos, junto com os lanches, desrespeitam o Código de Defesa do Consumidor, porque se aproveita da franqueza, da ignorância da criança enquanto consumidora. Ainda que os lanches oferecido nessas promoções contém alto teor de sal e gordura saturada.

O referido projeto de lei foi pensado com outros de mesmo tema (apensos os PLs 4.888/2009⁵⁷⁵, 4.935/2009⁵⁷⁶ e 1.146/2011⁵⁷⁷), e na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) o relator Deputado Pastor Marco Feliciano manifestou-se pela aprovação dos projetos, apresentando um substituto, que acresce no artigo 1º, no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, o inciso XIV, para constar o seguinte texto: “condicionar qualquer tipo de bonificação, brinde, brinquedo ou prêmio à aquisição de alimentos e bebidas, ainda que partes integrantes do produto”⁵⁷⁸. Em voto

⁵⁷⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4815/2009**. Autor: Deputado Dr. Nechar. Veda a comercialização de brinquedos acompanhados de lanches. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=426002>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

⁵⁷⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4888/2009**. Autor: Jorge Tadeu Mudalen. Dispõe sobre a proibição de venda casada de produtos alimentícios destinados ao público infante-juvenil em todo território nacional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427313>>. Acesso em 18 jan. 2017.

⁵⁷⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4935/2009**. Autor: Capitão Assunção. Dispõe sobre a proibição da entrega de bonificação, brinde, brinquedo ou prêmio condicionado à aquisição de alimentos e bebidas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427943>>. Acesso em 18 jan. 2017

⁵⁷⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1146/2011**. Autor: Deputado Edson Silva. Proíbe a venda casada de produtos alimentícios com brinquedos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=499412>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

⁵⁷⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4815/2009 - íntegra**. Autor: Deputado Dr. Nechar. Veda a comercialização de brinquedos acompanhados de lanches. Disponível em: <

separado, o Deputado Arnaldo Faria de Sá rejeita as proposições, inclusive o substituto do relator da comissão a qual faz parte, diante do que ele caracteriza de inconstitucionalidade, da desnecessidade e inadequação dos projetos. Justificando seu voto, aduz o deputado que essa vedação a qual os projetos fazem menção, não pode ser aceita, são medidas isoladas que darão falsa sensação do problema estar resolvido.

Foram posteriormente apensados os projetos, PL 1745/2011⁵⁷⁹, PL 5608/2013⁵⁸⁰ e PL 6111/2013⁵⁸¹. A Deputada Benedita da Silva, da Comissão da Seguridade Social e Família (CSSF), como nova relatora, após apensados os projetos citados, dá novo parecer aduzindo que ainda que medidas como essa não resolvam o problema da obesidade, são auxiliares valiosos para contribuir com a alimentação saudável das crianças, sendo um suporte aos pais. Que eventuais prejuízos à liberdade de escolha ou exercício da livre iniciativa econômica, não afastam o dever da CSSF e do Estado em promover ajustes necessários para a proteção da saúde dos hipossuficientes. Assim a deputada vota pela aprovação dos projetos e apresenta um substituto, propondo a seguinte redação, ao artigo 39, inciso XIV do CDC: “condicionar qualquer tipo de bonificação, brinde, brinquedo ou prêmio à aquisição de alimentos e bebidas destinados ao público infantil”⁵⁸².

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=916114&filename=Tramitacao-PL+4815/2009>. Acesso em: 18 jan. 2017

⁵⁷⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1745/2011**. Autor: Roberto Santiago. Dispõe sobre a vedação na comercialização de alimentos e produtos em geral destinados ao consumo e uso por crianças, a oferta de brinquedos, brinde ou prêmio a título de bonificação. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=510891>>. Acesso em 18 jan. 2017.

⁵⁸⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5608/2013**. Rogério Carvalho. Regulamenta a publicidade infantil de alimentos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=577703>>. Acesso em: 18. jan. 2017.

⁵⁸¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6111/2013**. Autor: Deputado José Stedille. Estabelece como prática abusiva oferecer brinde, brinquedo, bonificação ou prêmio associado à aquisição de alimentos e bebidas para o público infantil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=587520>> Acesso em: 18 jan. 2017.

⁵⁸² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4815/2009 – íntegra apensamento**. Autor: Deputado Dr. Nechar. Veda a comercialização de brinquedos acompanhados de lanches. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1286477&filename=Tramitacao-PL+4815/2009>. Acesso em: 19 jan. 2017.

Novamente foram pensados ao projeto 4815/2009, os PLs 112/2015⁵⁸³ e 3128/2015⁵⁸⁴. O projeto encontra-se aguardando parecer do relator da Comissão de Seguridade Social e da Família, faltando ainda passar pelas Comissões de Defesa do Consumidor (CDC) e Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC). O Deputado Laercio de Oliveira em requereu que o referido projeto fosse distribuído a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços (CDEICS), pois a aprovação do projeto poderá afetar a atividade econômica da indústria e do comércio. No entanto, a mesa diretora da câmara indeferiu o requerimento.

O Projeto de Lei Nº 702/2011⁵⁸⁵ do Deputado Marcelo Matos propõem que se restrinja a veiculação da publicidade direcionada especificamente ao público infantil, das 07h às 22h, tanto nos canais de televisão aberta e quanto nos de assinatura. Como justificativa, o deputado destaca que a crescente popularização da televisão e com o aperfeiçoamento das técnicas da publicidade, o consumidor passa a ser induzido ao consumo. Em relação à publicidade infantil, tem-se observado um aumento das denúncias, seja pelo pais ou por órgãos de defesa do consumidor que exploram a vulnerabilidade da criança. O deputado ainda destaca países que adotaram medidas restritivas à publicidade infantil, com sucesso, como: Suécia, Áustria, Portugal, Bélgica. Ainda aduz que o CONAR é insuficiente quando se trata de regulamentar a publicidade infantil.

O projeto foi rejeitado pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), no voto do relator da comissão, Deputado Sandro Alex, foi enfático dizendo que a Constituição impõe limites, onde a liberdade de comunicação é regra. Assim o relator esclarece que a comissão tem posição contrária à proibição, e que essa vedação não condiz com a Constituição. O parecer do relator foi aprovado por unanimidade, sendo que a Deputada Luiza Erundina apresentou voto em

⁵⁸³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 112/2015**. Autor: Deputado Alceu Moreira. Veda a comercialização de brinquedos acompanhados de lanches. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945501>> Acesso em: 19 jan. 2017.

⁵⁸⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3128/2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para tipificar a prática da venda casada como crime contra as relações de consumo. Autor: Deputado Daniel Vilella. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1786730>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

⁵⁸⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 702/2011**. Autor: Deputado Marcelo Matos. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, restringindo a veiculação de propaganda de produtos infantis. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494596>>. Acesso em: 18 jan. 2017

separado. Em seu voto, a deputada defendeu que a publicidade infantil é ilegal, destacou a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, a Resolução nº 163/2004 do CONANDA. Ainda elencou uma série de estudos demonstrando o quanto a publicidade influencia na construção da identidade infantil, que diversos países possuem regulamentação sobre o tema, que o CONAR, de responsabilidade dos publicitários, é insuficiente. Assim, a deputada manifestou-se pela aprovação do projeto, sendo a única da Comissão.

Na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), o parecer da relatora Deputada Keiko Ota, também foi pela rejeição, argumentando que a preocupação com os efeitos da publicidade infantil são procedentes, que o consumismo infantil está também relacionado com a degradação de valores éticos e morais. Por outro lado, a publicidade é uma importante ferramenta da liberdade de expressão. A relatora ainda destacou que o parecer tem que se restringir ao campo temático do colegiado, conforme artigo 55, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, sendo assim, destaca:

Observa-se, ainda, que a produção destinada ao público infantil gera uma série de benefícios econômicos. Pelo citado estudo, os impactos diretos e indiretos do comércio de produtos infantis licenciados permitem a injeção de mais de R\$ 50 bilhões na economia nacional, respondendo por nada menos de 1,17 milhão de empregos, mais de R\$ 10 bilhões em salários e quase R\$ 3 bilhões em tributos arrecadados. Além disso, somados os benefícios do comércio aos provenientes da produção de outros quatro setores destinada ao público infantil – higiene e limpeza, brinquedos, agricultura e alimentos – os impactos diretos e indiretos chegam a R\$ 70 bilhões adicionados à economia, geração de 1,5 milhão de postos de trabalho, R\$ 13,3 bilhões em salários e quase R\$ 4,8 bilhões em tributos. De acordo com a Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos (Abrinq), só este setor faturou em 2013 R\$ 2 bilhões, agregando R\$ 9,6 bilhões na economia, gerando 190 mil empregos e R\$ 1,6 bilhão em salários.⁵⁸⁶

⁵⁸⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 702/2011 - íntegra**. Autor: Deputado Marcelo Matos. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, restringindo a veiculação de propaganda de produtos infantis. Disponível em: <

A deputada ainda ressaltou que o país já possui um aparato autorregulatório, exercido pelo CONAR, e dispositivos no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente relativos à abusividade da publicidade infantil. Destaca ainda que estudo desbancou a tese de que existe um volume exagerado de publicidade infantil. Assim a deputada vota pela rejeição do projeto, bem como pela Emenda⁵⁸⁷ proposta pelo Deputado Otoniel Lima, sendo seguido pelos demais deputados que compõem a comissão.

3.2.2 Projetos de lei sobre publicidade que tramitam no Senado Federal

Sobre a matéria em discussão neste trabalho, encontram-se também alguns Projetos de Lei do Senado (PLS) que tramitam no Senado Federal. O PLS 144/2012⁵⁸⁸ do Senador Eduardo Amorim, tem como proposição vedar a promoção e a comercialização de refeições rápidas acompanhadas de brindes, brinquedos, bonificação ou objetos de apelo infantil. Como justificativa o senador aduz que a associação de *fast food* com brindes, brinquedos, cria uma lógica de consumo prejudicial e criam valores distorcidos. O *marketing* é extremamente agressivo, e incute nas crianças o desejo de consumir alimentos não saudáveis, e a obesidade crescente nessa faixa etária é um grande problema a ser enfrentado.

O relator Senador Anibal Diniz, da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, destacando que o objetivo de prevenir a obesidade encontra em perfeita harmonia com os direitos básicos do consumidor, nos artigos 6º e 37, §2º do CDC. Assim, opinou pela aprovação do projeto.

Logo após, foi a vez do Senador Ciro Nogueira, relator da Comissão de Assuntos Econômicos, dar seu parecer. O senador destaca os dados apresentados como justificativa, mas que a maneira de combate a essa epidemia de obesidade proposta no projeto não é a mais adequada, e sim exige atuação de caráter educacional. Aduz que cabe aos pais não adquirir esses produtos e ainda que, mesmo que reduzam o consumo de *fast food*,

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1379930&filename=PL+2+CDEICS+%3D%3E+PL+702/2011>. Acesso em 19 jan. 2017

⁵⁸⁷ Ibidem.

⁵⁸⁸ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 144 de 2012**. Autor: Senador Eduardo Amorim. Altera o Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, para vedar a promoção e a comercialização de refeição rápida acompanhada de brinde, brinquedo, objeto de apelo infantil ou bonificação. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105469>> Acesso em: 20 jan. 2017.

nada garante que esses sejam os alimentos mais nocivos à saúde. Finalizando o senador votou pela rejeição do projeto. A matéria ainda deve passar pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e Assuntos Sociais.

O Projeto de Lei do Senado Nº 360/2012⁵⁸⁹, do Senador Vital do Rêgo, visa disciplinar as hipóteses proibidas de publicidade dirigida a crianças e adolescentes. O texto inicial⁵⁹⁰ proposto acrescentaria artigo 37-A no CDC contendo um rol de publicidade proibida, e no artigo 37-B um rol do que deverá conter na publicidade infantil. Como justificativa, o senador argumentou que o texto atual do Código de Defesa do Consumidor, encontra-se muito aberto, e que a redação dos dois novos artigos propostos foram retirados da Seção 11, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, seção essa destinada a criança e adolescente.

A Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, representada pelo relator Senador Cyro Miranda, pontuou que o inciso XII, do artigo 37-A da proposição, que veda o anúncio de produtos com “teores excessivos de sódio, açúcares livres e gorduras *trans* e saturadas” deveria ser suprimida diante da vagueza do dispositivo. Ainda consideraram que a lei não deverá impor a publicidade que essa deva contribuir o desenvolvimento positivo da relação da criança com os pais, professores, colegas e demais relacionamentos e correção de redação do termo fumíferos. Assim o senador conclui pela aprovação com as três emendas apontadas. Também a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, por intermédio do relator Senador Gym, concluiu pela aprovação do projeto, com três emendas apontadas anteriormente.

Já na Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, o Senador Álvaro Dias, relator da comissão, trouxe para a pauta o PLS nº 493/2013, também com o propósito de regulamentar a publicidade infantil. O relator então conclui que rejeita o atual projeto e aprova o PLS 493/2013, propondo um substitutivo, que modificaria os artigos 77, 79 e 256 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

⁵⁸⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 360 de 2012**. Autor: Senador Vital do Rêgo. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para disciplinar a publicidade dirigida a crianças e adolescentes. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/107791>> Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵⁹⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei não-numerado de 2012**. Autor: Senador Vital do Rêgo. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para disciplinar a publicidade dirigida a crianças e adolescentes. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/115100.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017

Art. 77. Os responsáveis pela divulgação gratuita, venda ou aluguel de conteúdos na forma de imagens cuidarão para que o público alcançado seja informado sobre a classificação indicativa atribuída pelo órgão competente.

Parágrafo único. Os conteúdos a que alude este artigo deverão exibir informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam.

Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, dando preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Parágrafo único. Os conteúdos audiovisuais, propagados por quaisquer veículos, destinados ao público infanto-juvenil deverão dar preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Art. 256. Divulgar, vender ou alugar conteúdos na forma de imagens em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente.⁵⁹¹

Esse Projeto de Lei aguarda leitura do requerimento do Senador José Pimentel, solicitando a tramitação conjunta com outros projetos afins. O Projeto de Lei do Senado nº 493/2013, do senador Eduardo Amorim, também se encontra na mesma posição, aguardando leitura do requerimento, visto estar apensado ao PLS 360/2012. O texto original⁵⁹² propõe a alteração dos artigos 76, 77, 79 e 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que o artigo 77 e 79 mesmo do substituto acima, foi suprimido o artigos 76 e artigo 257 substituído pelo artigo 256:

⁵⁹¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 360 de 2012**. Autor: Senador Vital do Rêgo. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para disciplinar a publicidade dirigida a crianças e adolescentes. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/107791>> Acesso em: 20 jan. 2017

⁵⁹² BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 493 de 2013**. Autor: Senador Eduardo Amorim. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para regulamentar a emissão de conteúdos voltados ao público infanto-juvenil e proibir a publicidade direcionada a crianças no horário diurno. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115488>> Acesso em: 20 jan. 2017.

Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

§ 1º É vedada a emissão de qualquer tipo de publicidade comercial direcionada ao público infantil, especialmente a veiculada por rádio, televisão e internet, no horário compreendido entre sete e vinte e uma horas.

§ 2º Inclui-se na proibição prevista no § 1º a publicidade implícita veiculada em programa ou espetáculo dirigido ao público infantil.

§ 3º Nenhum programa ou espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação indicativa, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

Art. 257. Descumprir obrigação constante dos arts. 76, 77, 78 e 79 desta Lei:

Pena - multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do infrator, sem prejuízo de suspensão da veiculação e apreensão da revista ou publicação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis, independentemente de culpa, o fornecedor do produto ou serviço, a agência publicitária e o veículo utilizado para divulgação da publicidade.⁵⁹³

Porém, além de ter passado pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, com o substituto acima descrito, obteve uma manifestação externa, juntado pela assessoria técnica, da Sociedade Brasileira de Pediatria⁵⁹⁴, encaminhada ao Presidente do Senado, Renan Calheiros. Nesse documento a presidente Luciana Rodrigues Silva, critica a atuação do Supremo Tribunal Federal, que

⁵⁹³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 493 de 2013**. Autor: Senador Eduardo Amorim. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para regulamentar a emissão de conteúdos voltados ao público infante-juvenil e proibir a publicidade direcionada a crianças no horário diurno. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115488>> Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵⁹⁴ SOCIEDADE Brasileira de Pediatria. **Nota pública**. Sociedade brasileira de pediatria critica decisão do STF de acabar com a classificação indicativa na TV. 5 set. 2016. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=201523&tp=1>, acesso em 20 jan. 2017

declarou inconstitucional o dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente da classificação indicativa, deixando as crianças e adolescentes dependentes do bom senso das emissoras. Considerando, contudo, a impossibilidade de recorrer sobre o tema, propõe que juntos, Governo, Judiciário, Legislativo e a sociedade, encontrem soluções para aliar a liberdade de expressão e a manifestação artística e a proteção de mais de 60 milhões de jovens brasileiros de 0 a 19 anos da exposição indevida de programas e imagens inadequados à sua formação.

O Projeto de Lei do Senado Nº 50/2014⁵⁹⁵ do Senador Wellington Dias dentre várias alterações que propõe para alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, destaca-se referente ao assunto estudado, a proposta de acrescentar os artigos 80-A e 244 com o seguinte texto:

Art. 80-A Fica proibida a publicidade, dirigida a crianças de até seis anos de idade, de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio, conforme as especificações da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no horário compreendido entre as oito (8) e às vinte (20) horas.

Art. 244-C. O descumprimento da restrição estabelecida no art.80-A sujeita o infrator às penas de multa e imposição de contrapropaganda.

§ 1º. A multa será de até duas (2) vezes o valor pago para a veiculação da publicidade, sendo solidariamente responsáveis tanto a empresa detentora do produto, como a empresa veiculadora;

§ 2º. A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício e informar as crianças sobre o mal ocasionado pelo consumo dos alimentos indicados no artigo 80-A.⁵⁹⁶

O senador como justificativa aduz que, em que pese a legislação e no âmbito do Executivo possuir instrumentos adequados para ação, percebe-se

⁵⁹⁵ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 50 de 2014**. Autor: Senador Wellington Dias. Altera os art. 1º e insere dispositivos sobre a Primeira Infância na Lei nº 8.069, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116231>> Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵⁹⁶ Ibidem.

a necessidade de ações mais específicas, como o caso da primeira infância e da adolescência. O projeto, no entanto, encontra-se parado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando designação do relator desde março de 2015.

3.3 ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA⁵⁹⁷

Além da atuação do judiciário e do legislativo, será feita uma análise da atuação da autorregulamentação exercida pelo CONAR. Primeiramente é importante destacar que o CONAR trata exclusivamente de publicidade. A legislação do CONAR é composta do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), do Regimento Interno, que rege os processos e julgamentos atribuídos ao CONAR e ainda possui algumas súmulas, que são decisões aprovadas pelo Conselho de Ética.

O rito processual inicia-se com uma denúncia, de qualquer consumidor, autoridade ou anunciante, que tenha se sentido ofendido pela publicidade, ou constatou que o fornecedor não cumpriu o que prometeu, que o anúncio faltou com a verdade, se feriu com os princípios da leal concorrência ou ainda se desrespeitou a atividade publicitária. A denúncia, no entanto, não pode ser anônima e tem que ser escrita, por carta, e-mail ou fax.

Após a denúncia ser recebida, se houver procedência, ou seja, quando houver evidência de transgressão ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, inicia-se um processo ético pelo despacho do Presidente do CONAR. Então é escolhido o relator do processo, devendo esse ser um dos membros do conselho de ética, que não tenha qualquer impedimento para atuar no processo. É encaminhada a denúncia ao anunciante, que deverá enviar a sua defesa por escrito, no prazo de cinco dias a partir da juntada aos autos da citação, sob pena de ser considerado revel. Mesmo revel, poderão a qualquer tempo pedir esclarecimentos do processo e ainda sustentar oralmente suas razões de defesa na sessão de julgamento. Da reunião do Conselho de Ética, para examinar os processos, as partes podem ou não comparecer para apresentar seus argumentos. Então os conselheiros deliberam e o relator anuncia seu parecer que é levado à votação, a decisão é então comunicada às partes, fazendo com que o rito processual seja rápido, mas há possibilidade de

⁵⁹⁷ Todas informações referentes ao CONAR foram obtidas no site do Conselho. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. *Site CONAR*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>> Acesso em 12 jan. 2017.

recorrer, sendo que existem duas instâncias de recursos. O relatório recomendará o arquivamento da representação, advertência ao anunciante agência de publicidade ou veículo, alteração ou correção do anúncio, a sustação do anúncio e a divulgação do CONAR, conforme previsto no artigo 50⁵⁹⁸ do CBAP.

3.3.1 Casos e decisões⁵⁹⁹

Antes de analisar as decisões do CONAR em matéria de publicidade infantil no ano de 2016, ano ícone devido a decisão histórica do STJ, será apresentado alguns números que se encontram à disposição no site do Conselho. Abaixo segue uma tabela com os dados desde o ano de 1997 até 2015.

Ano	Processos instaurados	Anúncios sustados	Percentual de anúncios sustados/ Processos instaurado
1997	238	119	50,00
1998	227	119	52,42
1999	292	124	42,47
2000	229	90	39,30
2001	264	97	36,74
2002	288	59	20,49
2003	368	110	29,89
2004	309	88	28,48
2005	361	77	21,33
2006	303	62	20,46
2007	330	51	15,45

⁵⁹⁸ “Artigo 50 Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades: advertência; recomendação de alteração ou correção do Anúncio; recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas. § 1º - Compete privativamente ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos deste Código e seus Anexos e, ao Conselho Superior do CONAR, cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em processo regular. § 2º - Compete privativamente ao Conselho Superior do CONAR alterar as disposições deste Código, bem como alterar, suprimir e acrescentar-lhe Anexos.” CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

⁵⁹⁹ Todos os dados e resumos dos casos foram obtidos no site do CONAR, na aba decisões. Disponível em: <http://www.conar.org.br/acesso> em 21 jan. 2017.

2008	448	71	15,85
2009	343	93	27,11
2010	376	65	17,29
2011	325	65	20,00
2012	357	67	18,77
2013	340	72	21,47
2014	308	49	15,91
2015	241	44	18,26

Apesar de não se obter muitas conclusões a respeito dos números, o que se verifica é até 2001, o percentual de anúncios sustados era maior do que os anos subsequentes. Apesar de um crescimento no número de processos instaurados, e aí estão incluídos queixa de consumidor e de autoridade, o número de anúncios sustados não cresceu na mesma proporção, pelo contrário, em certos anos diminuiu e muito.

Serão analisadas as decisões do CONAR do ano de 2016, sendo que se dará atenção apenas aos casos que envolvam o tema criança e adolescente. Em fevereiro foram julgados dezesseis casos, sendo que dois desses casos mantêm relação com criança e adolescente. O primeiro caso trata-se da representação nº 209/15, do anunciante Mercado Livre, da campanha: Nunca deixe de buscar, a decisão foi pela alteração, com os fundamentos nos artigos 1º, 3º, 6º, 27, 33, 37 e 50, letra "b" do CBAP.

Resumo: Filme para TV da Mercado Livre mostra criança de dez anos ou menos saltando de *bungee jump*. Três consumidores residentes em São Paulo (SP) e Brasília enviaram e-mail ao Conar, por considerarem o filme traz exemplo deseducativo e perigoso, uma vez que o *bungee jump* não é recomendado para crianças de menos de dez anos de idade. Em sua defesa, a anunciante descartou as acusações, negando-as e informando que todos os cuidados foram adotados na produção do filme, inclusive com uso de dublê. Apelou para a fantasia da mensagem. Em primeira instância, a representação teve a recomendação de sustação adotada por unanimidade. Para o relator, a fantasia não deve ser censurada mas precisa estar atenta às peculiaridades do público infantil. A Mercado Livre recorreu da decisão, negando as suas motivações e propondo-se a acrescentar ao filme um *lettering*, informando que a

prática do salto não é permitida a menores de dez anos ou pessoas com menos de 40 kg. A relatora do recurso aceitou parcialmente os argumentos da defesa e recomendou a alteração do filme, com a inclusão do *lettering*, e também de seu planejamento de mídia, para que ele não mais seja veiculado em canais com audiência majoritária de crianças. Seu voto foi aceito por unanimidade.

A representação nº 210/2015, tem como auto um grupo de consumidores que denunciaram Roberto Miranda Moreira Eireli, sendo que a decisão foi pela sustação e advertência, com fundamentos nos artigos 1º, 3º, 6º, 19, 37 e 50, letras "a" e "c" do CBAP. A campanha era “O futuro de nossas crianças não pode morrer na praia” e utilizava imagens do garoto sírio na praia da Turquia, imagem que “viralizou” nos principais meios de comunicação. No mínimo a peça é de muito mal gosto, a sustação e a advertência nesse caso ainda parece pouco.

Resumo: *Outdoor* veiculado em João Pessoa (PB), com a chamada acima e ilustrado com a tristemente famosa foto do garoto sírio afogado em uma praia da Turquia, atraiu perto de vinte reclamações de consumidores. Eles consideraram a peça publicitária inadequada e apelativa, a despeito do propósito divulgado, de chamar a atenção da sociedade para o drama das crianças. Não houve defesa por parte dos anunciantes, mas eles informaram ter suspenso a divulgação do *outdoor*. Houve medida liminar de sustação antes do julgamento da representação. Para a relatora, o anúncio fere frontalmente recomendação do Código ético publicitário em relação à proteção da intimidade. Por isso, confirmou a recomendação de sustação, agravada por advertência aos anunciantes para que observem em campanhas futuras as recomendações do Código. Seu voto foi aceito por unanimidade.

A peça foi utilizada próximo ao Dia das Crianças, e a agência, GCA Comunicações, justificou que a foto era apenas para reflexão, e não para venda de produtos. A Associação Brasileira das Agências de Publicidade da seccional Paraíba (ABAP-PB) emitiu nota de repúdio a peça publicitária, ainda afirmou a associação que a fotografia foi utilizada sem os devidos

créditos. Talvez a intenção não fosse vender produtos, mas para o bem ou para o mal, a marca ficou registrada.⁶⁰⁰

No mês de março de 2016 o CONAR julgou vinte e cinco casos, sendo que quatro foram sobre crianças e adolescentes. O primeiro analisado foi a representação de nº 014/16 do anunciante Banco Itaú, agência África, tendo sido denunciado por um grupo de consumidores, a decisão foi pelo arquivamento.

Resumo: Em torno de trinta reclamações de consumidores geraram esta representação, contra campanha do Banco Itaú. Os consumidores queixaram-se que a ênfase na grafia "digitau" pode confundir crianças, tanto mais por algumas delas aparecerem nas peças publicitárias. Anunciante e agência se defenderam, explicando os propósitos da campanha e argumentando que ela foi dirigida a adultos. A relatora propôs o arquivamento, lembrando que o uso de neologismos é comum na publicidade, não vendo na campanha nenhum desrespeito às recomendações do Código. Seu voto foi aceito por unanimidade.

O segundo caso do mês de março, foi a representação nº 021/16, do anunciante BandSports e Estrella Galicia, sendo de autoria do Conselho Superior do CONAR, a decisão foi pela advertência, fundamentado nos artigos 1º, 3º, 6º, 19, 20 e 50, letra "a" do CBAP.

Resumo: Cena no programa "SuperMotor", do canal BandSports, mostrando entrevista de menores de idade trajando uniforme estampado com a marca da cerveja Estrella Galicia, gerou reclamação ao Conar formulada pelo Promotor de Justiça da Infância e Juventude de São Paulo. Segundo ele, há infração às recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Em sua defesa, a BandSports informou tratar-se de reportagem com entrevistas com dois pilotos adolescentes, patrocinados pela marca de cerveja e que a marca estampada no uniforme era de cerveja sem álcool.

⁶⁰⁰ G1. G1 Paraíba. **Peça publicitária no PB usa foto de menino sírio morto e causa polêmica.** 14 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2015/10/peca-publicitaria-na-pb-usa-foto-de-menino-sirio-morto-e-causa-polemica.html>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

Alegou que o programa onde foi exibida a reportagem é assistido majoritariamente por adultos e que não houve qualquer apelo de consumo da bebida. A cerveja Estrella Galicia enviou defesa em separado ao Conar, explicando os contornos de seu programa de formação de pilotos, levado a cabo em vários países, sempre associado à cerveja sem álcool, de forma a reforçar o consumo responsável. Informou ainda que a cerveja Estrella Galicia que contém álcool tem apresentação visual distinta da não alcoólica. Lembrou que não há vedação legal à prática de patrocínio a pilotos, mesmo que menores de idade. A relatora iniciou o seu voto esclarecendo que o objeto da representação é a associação de uma marca conhecida de bebida alcoólica, mesmo que da modalidade sem álcool, a pilotos mirins, e não se a participação deles em um programa de TV é ou não publicidade. Por conta disso, ela excluiu da representação a BandSports. No mérito, lembrou ser esta a primeira vez que se coloca ao Conselho de Ética uma discussão da possibilidade de associação entre cerveja sem álcool e menores de idade. "Sem tirar o mérito da oportunidade que talvez o patrocínio traga aos pilotos mirins, há que se ter cuidado redobrado ao se utilizar crianças para qualquer tipo de publicidade ou associação à marca de cerveja", escreveu ela em seu voto, considerando que o fato de trajarem roupas com a marca do produto leva a tal associação". Para ela, não é razoável nem responsável a associação. "Quer situação de maior inspiração para crianças e adolescentes do que poder dirigir em alta velocidade, fazer parte de uma equipe profissional e ainda patrocinada?" Ela informou não ter atentado para o fato de se tratar da apresentação da cerveja sem álcool, porque os logotipos são bastante semelhantes. "O Código é claro e cauteloso ao destacar em diversos artigos que imagem de crianças não pode ser associada a produtos incompatíveis com sua idade e capacidade de discernimento", escreveu. Por isso, recomendou a aplicação da pena de advertência à cerveja Estrella Galicia. Seu voto foi aceito por unanimidade.

A representação de nº 156/15, de autoria do próprio CONAR, contra o anunciante Turner Internacional, e agência A.W. Faber-Castell, obteve

como decisão o arquivamento. Os filmetes foram feitos pela Faber-Castell e divulgados pelo Cartoon Network, tinham como chamada a frase “Feito à mão é mais legal”.

Resumo: A direção do Conar considerou ter havido ação de merchandising da Faber-Castell em programação do canal por assinatura Cartoon Network, dirigida a público infantil, e tendo a participação de crianças, o que não é aceito pelo Código. Por isso, propôs representação ética. A anunciante e o canal defenderam-se separadamente no Conar, tendo explicado que a ação se trata de *branded content*⁶⁰¹, constituída por filmetes inseridos nos intervalos comerciais, obedecendo de forma estrita as recomendações da autorregulamentação publicitária. A relatora de primeira instância aceitou estas explicações e várias outras presentes nas defesas e recomendou o arquivamento da representação, o que foi aceito por unanimidade pelo Conselho de Ética. O Conar recorreu da decisão, por considerar que, em se tratando de uma prática publicitária nova, valeria também a manifestação da Câmara Especial de Recursos. No entanto, a decisão inicial foi confirmada por unanimidade, seguindo proposta da relatora do recurso.

Ainda no mês de março de 2016, o Conselho julgou a representação nº 221/15, contra o anunciante Ri Happy Brinquedos, pela campanha “O maior presente do mundo”, de autoria do Conselho do CONAR, em solicitação do Ministério Público de São Paulo e a Promotoria de Justiça e Infância da Capital. A decisão foi pela alteração do anúncio, fundamentado nos artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 37 e 50, letra "b" do CBAP.

Resumo: Solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude da Capital, Setor de Defesa de Interesses Difusos e Coletivos, motivou esta representação, proposta pelo Conselho Superior do

⁶⁰¹ “*Branded Content* é quando o próprio conteúdo é promovido de alguma forma pela marca. A marca produz conteúdo útil ou divertido e o liga a sua proposta de identidade.”. REZ, Rafael. *Branded Content*. In: **Marketing de Conteúdo**. Branded. Disponível em: <www.marketingdeconteudo.com.br/marketing-de-conteudo/branded-content/> Acesso em 21 jan. 2017.

Conar, como prevê o regimento da entidade. A solicitação visou ação publicitária em parque da cidade de São Paulo divulgada em TV e internet, considerando que ela pode estimular o consumo excessivo ao vincular as compras em lojas da Ri Happy Brinquedos a sorteio de prêmios. A solicitação formulada pela Ministério Público teve como origem uma denúncia levada a ele pelo Instituto Alana. Em sua defesa, a anunciante negou a abusividade pretendida pela denúncia e informou que a ação foi claramente identificada como publicidade, envolvendo brincadeiras ao ar livre. Em seu voto, a relatora afirmou não ver necessidade de retoques na ação publicitária no parque, mas propôs a alteração das peças publicitárias em TV e internet, por entender que, ao aludir a "presentão" e ao "maior presente do mundo", elas contêm mensagem diretamente dirigida a menores de idade. **"A reconhecida hipossuficiência e a vulnerabilidade das crianças frente às mensagens publicitárias é tema que merece sim cuidados especiais, a fim de que elas possam continuar expostas a tais mensagens dentro da razoabilidade e das diretrizes e limites da legislação e do Código"**, escreveu ela em seu voto, no qual recomenda destaque à validade do vale-compras prometido como prêmio, por um ano. Seu voto foi aceito por unanimidade. Houve recurso contra a decisão, formulado pela Ri Happy Brinquedos, mas a decisão foi confirmada por unanimidade pela câmara recursal, seguindo proposta do relator do recurso.(grifou-se)

Em que pese decisão da relatora Conselheira Fernanda Tomasoni ter proposto alteração das peças publicitárias na TV e internet, as peças ainda podem ser acessadas pela internet, sem as alterações recomendadas pela decisão do CONAR. A efetividade da decisão pode ser questionada, visto que quando da decisão a promoção já havia se encerrado.

No mês de abril, o Conselho apreciou quinze representações, sendo que dentre essas, apenas uma referia-se ao tema criança e adolescente. Foi a representação de nº 025/16, contra a anunciante Amil, e agência Artplan, de autoria do CONAR, mas mediante queixa de consumidor. A campanha era: Resista – eu digo não para a obesidade infantil. A decisão foi pelo arquivamento.

Resumo: Duas queixas motivaram esta representação, contra anúncio em TV e internet da Amil. Segundo os consumidores, a peça publicitária que trata de obesidade infantil apresenta maus exemplos para crianças, embora seja endereçado a adultos. Anunciante e agência defenderam-se, alegando que as frases mencionadas no filme visam a alertar os pais para artimanhas usadas pelas crianças e que podem levar à obesidade precoce. O anúncio, explicou a defesa, visa exatamente estimular os pais para que resistam aos apelos dos filhos em função de um bem maior - a saúde deles. O relator iniciou o seu voto lembrando que o contraditório, como forma de chamar a atenção, é recurso largamente utilizado pela publicidade e que não lhe parece que o uso da técnica no anúncio em tela prejudique a percepção da mensagem final, como positiva e de interesse social. "Cuidar não significa banir", escreveu ele em seu voto. "Quando há crianças em anúncios, os cuidados devem ser redobrados, mas nem por isso deve-se chegar ao exagero de transformar a publicidade em comunicado, expurgando todo e qualquer artifício criativo". Por isso, ele propôs o arquivamento, voto acolhido por maioria.

Apesar da intenção do filme ter uma boa causa, que é alertar os pais sobre as chantagens das crianças para comerem o que querem, assistindo a um dos filmes⁶⁰², as primeiras cenas protagonizadas pelas crianças realmente chocam. As frases são duras: “eu vou chorar”, “eu vou gritar”, “eu vou dizer que você me trata mal”, “eu vou fazer você passar vergonha”, “eu vou dizer que te odeio”, todas ditas com muita ênfase e com muita convicção. Sendo representadas pelas próprias crianças, realmente o resultado da campanha pode ser o inverso, ensinar as crianças resistir e fazer “birras”.

No mês de maio, foram julgadas pelo CONAR, um total de quarenta e uma representações, sendo que seis foram referentes ao tema criança e adolescente. A representação nº 024/16, da anunciante Net, e agência Talent, foi instaurada pelo CONAR mediante queixa de três consumidores e a decisão foi pelo arquivamento.

⁶⁰² OBESIDADE Infantil Não. Youtube. Amil - Resista! #EuDigoNão para a obesidade infantil. 30s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6qAUFTvVPEI>, acesso em 22 jan. 2017

Resumo: E-mails de três consumidoras, do Rio, São Pedro da Aldeia (RJ) e Vespasiano (MG) motivaram esta representação, sobre anúncio em TV e internet. Elas entenderam que se mostra na peça publicitária exemplo deseducativo: uma criança de pouca idade aproveita o cochilo do avô para se apropriar de um tablet. Anunciante e sua agência defenderam-se, argumentando que o filme mostra cena própria de ambientes familiares, sem incentivo a condutas reprováveis. O relator propôs o arquivamento, justificando: "eventual sensibilidade de alguns consumidores deve ser respeitada, mas deve ser vista com ponderação e cautela, tomando por base a compreensão usual da grande maioria dos impactados, adotando-se a baliza do homem médio". Foi além: "importante termos em mente que os **responsáveis pela educação das crianças são seus pais e responsáveis, não sendo crível que os menores adotem condutas inadequadas pelo simples fato de estarem expostos a anúncios publicitários**, uma vez que a formação do caráter é muito mais complexa e, no mais das vezes, baseado no exemplo daqueles que compartilham o convívio próximo". Seu voto foi aceito por unanimidade. (grifou-se)

A representação nº 055/16, contra o anunciante Nissan do Brasil e agência LewLara\TBWA, do anúncio Nissan – segura o forinho, de autoria do CONAR mediante queixa do consumidor, obteve como decisão a recomendação de alteração, com fundamentos nos artigos 1º, 3º, 6º, 19, 22, 37 e 50, letra "b" do CBAP.

Resumo: Anúncio veiculado em internet para divulgar modelo da Nissan atraiu reclamação de consumidor de São José do Rio Preto (SP), que considerou que a peça publicitária abusa da sensualidade infantil. O comercial mostra um filme amador onde uma criança de pouca idade dança funk. Anunciante e agência defenderam-se, explicando que o filme faz parte de uma campanha, que parte de filmes amadores, todos mostrando situações constrangedoras. No caso em tela, a menina, enquanto dança, derruba um forno micro-ondas. O filme,

explicou a defesa, é de 2013 e tornou-se "meme". No mérito, não reconheceu que a exposição da criança possa ser considerado abuso de sensualidade. O relator iniciou seu voto, lembrando que o Conselho de Ética "tem sido pautado por uma posição justa, porém enérgica, em relação a qualquer publicidade que envolva crianças e adolescentes". Para ele, o fato de a cena questionada ter se tornado um "meme" não retira dela o caráter sensual, lembrando que o que se discute é o anúncio em si e não seu histórico. Recomendou sua alteração, voto foi aceito por maioria.

O filme da criança, não da campanha, ainda se encontra disponível na internet, e é realmente "triste". A decisão do relator Licínio Motta, seguida pela maioria, de "recomendar a sua alteração" visto que o filme tem sim caráter sensual, parece ainda muito branda diante da gravidade das cenas utilizadas.

A representação nº 056/16 também foi julgada em maio, essa representação foi movida pelo CONAR diante das queixas enviadas por quatro consumidores, contra a anunciante Mondelez Brasil e a agência Wieden+Kennedy Brasil, a decisão foi pelo arquivamento. O que ganha destaque nessa reclamação é que o produto anunciado, sabonetes, a princípio não seria de interesse da criança. Cada vez mais a indústria amplia o rol de produtos anunciados para criança, sabendo da influência delas na compra de produtos como esse.

Resumo: Esta representação foi motivada por queixas enviadas por quatro consumidores residentes em Votorantim e São Paulo (SP). Eles consideraram que filme para TV mostra um coelho como animal dócil quando se trata de roedor que pode morder e arranhar quem dele se aproxima. Consideraram que, por tratar da Páscoa e mostrar criança de pouca idade, o filme pode induzi-las a comportamento perigoso. A anunciante enviou defesa ao Conar, considerando que fica claro o caráter fantasioso da peça publicitária, reforçado pela assinatura "você faz a magia acontecer". Mencionou a defesa ter sido o filme criado após consulta a psicóloga clínica e psiquiatra da USP. Estes e outros argumentos convenceram o relator da representação, que não viu no anúncio estímulo ao tratamento dos coelhos como animais

domésticos. Seu voto pelo arquivamento foi acolhido por unanimidade.

Outro julgamento que teve como decisão o arquivamento foi a representação nº 059/16, que o CONAR mediante queixa do consumidor interpôs contra o anunciante Colgate-Palmolive e a agência Y&R, o anúncio era do produto Protex 12 – A história de João, o herói do bairro.

Resumo: Consumidor paulistano escreveu ao Conar por considerar que filme para TV encerra exemplo de comportamento de risco, ao mostrar uma criança de pouca idade resgatando um filhote de cão em meio a um córrego. Outros consumidores juntaram-se à queixa depois da abertura da representação. A defesa enviada por anunciante e agência negou a interpretação dos reclamantes, considerando que o filme não induz a risco incompatível com a idade da criança mostrada, tanto mais por ter ingressado no córrego sob as vistas da mãe, como é claramente mostrado. O relator propôs o arquivamento da representação, por concordar em linhas gerais com o ponto de vista da defesa. Seu voto foi aceito por unanimidade.

Já a representação nº 070/16, que o CONAR por iniciativa própria interpôs contra o anunciante Danone e a agência Y&R, obteve como decisão a recomendação de alteração, fundamentados pelos artigos 1º, 3º, 6º, 27, 37 e 50, letras "a" e "b" do CBPA e seu Anexo H. A decisão foi mais que acertada, visto que é totalmente contrária ao código, no entanto, a pergunta é se só a recomendação para alteração seria suficiente para inibir outras publicidades como essa.

Resumo: A direção do Conar questionou campanha em revista e internet de Danoninho: haveria nas peças publicitárias apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade, estímulo ao consumo excessivo mediante oferta de brinquedos colecionáveis e sugestão de consumo vocalizada por crianças, todas práticas reprovadas pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária? Não, argumentaram anunciante e agência em sua defesa. Eles consideraram que o filme "Diga sim" é dirigido a adultos, tendo propósito claramente educativo,

valorizando o lanche da tarde. Em relação aos brinquedos colecionáveis, em número de catorze, explicaram que a promoção é válida por sete meses, descaracterizando qualquer possibilidade de consumo excessivo. Quanto à vocalização de consumo por menor de idade, considerou a defesa que a frase que chamou a atenção da direção do Conar é vocalizada por personagem do filme, em contexto relacionado ao tema da peça. O relator concordou com os dois primeiros argumentos da defesa, considerando-os, portanto, válidos frente ao Código, mas não em relação à vocalização de consumo presente no filme "Danoninho Ice", pelo que recomendou a alteração desta peça específica. Seu voto foi aceito por unanimidade.

A última representação de maio foi a de nº 230/15, de iniciativa do CONAR mediante queixa de consumidor, contra o anunciante Del Rio, pela campanha Del Rio – Você no país das maravilhas. A decisão do relator, acompanhada pelos demais, foi pelo arquivamento.

Resumo: Consumidora carioca protesta contra anúncio em revista com modelo trajando lingerie em meio a cena que remete ao clássico "Alice no País das Maravilhas". Para a consumidora, a iniciativa é reprovável pela associação entre sensualidade e elementos do universo infantil. A anunciante enviou defesa ao Conar negando motivação à crítica e explicando a estruturação da campanha, baseada em cenas de filmes de sucesso. Informou também que o anúncio foi veiculado em revista destinada majoritariamente a público adulto. O relator não viu no anúncio desrespeito às recomendações do Código. Seu voto foi acompanhado por unanimidade.

No mês de junho, foram ao todo dezessete representações julgadas, sendo apenas duas referentes à criança e aos adolescente. A representação 034/16, foi interposta pelo CONAR, mediante queixa do consumidor, contra a anunciante Colgate-Palmolive e agência Y&R, pela campanha do produto Colgate Neutraçúcar. A decisão foi pelo arquivamento.

Resumo: Consumidora de Duque de Caxias (RJ) considera que filme para TV de creme dental pode estimular o consumo excessivo de doces por crianças,

chamadas na peça publicitária de "formiguinhas". Anunciante e agência negaram, em defesa enviada ao Conar, tal interpretação, considerando que o anúncio apenas divulga os benefícios do produto. A relatora concordou, em linhas gerais, com os argumentos da defesa, tendo considerado que o filme é dirigido ao público adulto. Propôs o arquivamento da representação, acompanhado por unanimidade.

Apesar da relatora, Conselheira Karla Brandão, ter aduzido que o filme⁶⁰³ destina-se a adultos, as imagens da criança “roubando” doce e comendo embaixo da mesa escondida da mãe, levantam dúvidas sobre esse posicionamento da relatora.

Outra representação do mês de junho, a representação nº 091/16, também obteve decisão para arquivamento. A representação foi proposta pelo CONAR, mediante queixa do consumidor, contra a anunciante Unilever Brasil, na campanha do OMO – Libertem as crianças - “*Free the Kids*”.

Resumo: Consumidores de São Vicente e São Paulo (SP) e Porto Alegre (RS) escreveram ao Conar criticando filme para TV e internet de Omo, onde o tempo ao ar livre de crianças é comparado ao de presidiários detidos nos Estados Unidos. A defesa da Unilever manifestou-se dizendo que o filme é fruto de pesquisa em dez países, mostrando o declínio do hábito de crianças brincarem ao ar livre, sendo objetivo da campanha chamar a atenção dos pais para este fato. A relatora considerou a campanha impactante e útil à sociedade como um todo. "Compreendo o estranhamento e o desconforto dos consumidores, mas não vejo na campanha nada que contrarie os preceitos do Código", escreveu ela em seu voto, pelo arquivamento da representação, acolhido por unanimidade.

O filme⁶⁰⁴ foi muito bem feito, não há nenhuma cena de violência, não há participação de crianças, não há palavras inapropriadas, apenas

⁶⁰³ FARMÁCIA Rede do Povo. Youtube. **Colgate Máxima Proteção Anticárie** + Neutraçúcar. 30s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=nLU22gh8oX0>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

⁶⁰⁴ OMOBRASIL. Youtube. **OMO** – Libertem as Crianças – Dublado. 2min38s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zmprzaI_LdU>. Acesso em: 22 jan. 2017.

entrevista de presidiários que destacam que o tempo mais importante para eles é o tempo ao ar livre (duas horas ao dia). Quando eles tomam conhecimento que as crianças possuem menos tempo do que eles (uma hora ao dia), ficam surpresos e concordam que algo está muito errado. O desconforto é justamente a intenção do filme, para que os pais analisem mais de perto essa questão. Assim, parece que o voto da relatora Conselheira Adriana Pinheiro Machado, seguida pelos demais, pelo arquivamento foi acertada.

Em julho, foram julgados trinta e oito representações, desse somatório somente duas tratavam de crianças e adolescentes. A representação 016/16, interposta pela direção do CONAR, contra o anunciante Bayer e a agência ED Interactive, pelo anúncio do Redoxitos – promoção divertidamente. A decisão foi primeiramente pelo arquivamento, sendo que o CONAR recorreu, e a decisão na Câmara Especial de Recursos foi reformada para advertência, fundamentadas pelos artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "a" do CBAP e seu Anexo H.

Resumo: A direção do Conar propôs representação contra campanha em internet, TV, cinema e ponto de vendas que divulga Redoxitos, um alimento enquadrado pelas autoridades sanitárias na categoria daqueles com regulamentação específica, podendo ser vendido apenas em farmácias e com recomendação de uso restrito a uma unidade por dia. A promoção, com vários desdobramentos, incluiu o que a diretoria do Conar entendeu como associação do produto a personagens de animação da Disney dirigida a crianças, distribuição de brinde, ações em shoppings e salas de cinema e divulgação em blogs destinados ao público infantil, sem clara identificação de ação publicitária. Em sua defesa, anunciante e agência alegaram que toda a campanha é direcionada aos pais e não às crianças. Negaram apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade e qualquer outro desrespeito às regras éticas. Da mesma forma para as postagens em blogs: Bayer e sua agência, informou a defesa, limitaram-se a convidar algumas mães blogueiras para assistirem à animação da Disney, ofertando brindes a elas. Negou igualmente a defesa qualquer vinculação com o vídeo de duas crianças que mencionam a promoção. O relator aceitou, em linhas gerais os argumentos da defesa. Ele considerou que a campanha não ultrapassou recomendações do Código

e não reconheceu confusão entre conteúdo publicitário e editorial na postagem dos blogs. Por isso, sugeriu o arquivamento da representação, voto acompanhado por unanimidade. A direção do Conar recorreu da decisão e, na Câmara Especial de Recursos, viu parcialmente acolhidos seus argumentos em relação à campanha. Por unanimidade, a câmara revisora deliberou pela advertência à Bayer e sua agência, atendendo recomendação do relator do recurso. Segundo ele, pela somatória dos elementos, se tratou de estratégia de comunicação senão infratora "ao menos extremamente arriscada para divulgar produto de consumo restrito", visando público infantil.

O produto em questão é específico para o público infantil, e até o nome já sugere isso. Na promoção “divertidamente”, tinha até brinde, a cada cem unidades, grátis um copo divertida mente (fazendo alusão ao filme de mesmo nome), que muda de cor. A advertência dada pelo CONAR parece que não surtiu efeito, pois outro filme⁶⁰⁵, posterior a reclamação, utiliza imagens de crianças, fantasias, e apesar de ser feito para “adultos” chama a atenção da criança.

A representação nº 105/16, interposta pelo Conselho Superior do CONAR, motivado pela promotoria de Justiça da Infância da Capital paulista, contra a anunciante Bimbo do Brasil, pela campanha Festival Fashion Kids e Confeitaria Ana Maria, obteve como decisão a alteração da campanha, fundamentadas pelos artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 37 e 50, letra "b" do CBAP e Anexo H.

Resumo: Ofício enviado ao Conar pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Capital, do Ministério Público do Estado de São Paulo, motivou esta representação, contra a campanha acima, desenvolvida em shoppings e parques pela Bimbo para promover um bolinho. A denúncia foi encaminhada ao Ministério Público pelo Instituto Alana, que entende que a ação vai contra a legislação. Em sua defesa, a anunciante informou ter divulgado seu produto, que é direcionado a crianças menores de doze anos, em conformidade com as normas legais e

⁶⁰⁵ AGÊNCIA dois tons. Youtube. **Comercial redoxitos**. 33s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FMXW01WfmVM>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

de autorregulamentação vigentes, e com participação nas ações sempre condicionada à autorização expressa dos pais. A autora do voto vencedor propôs a alteração, reconhecendo a possibilidade de realizar ações de divulgação de produtos alimentícios, desde que tendo como diretriz a transmissão de informações sobre equilíbrio e educação alimentar, promovendo hábitos saudáveis. Seu voto foi aceito por maioria.

O CONAR, no mês de agosto, julgou apenas doze representações, sendo que nenhuma tinha como tema criança e adolescente. Já no mês de setembro, os processos julgados saltaram para trinta e quatro, mas só duas representações sobre anúncios envolvendo criança e adolescente. A representação 166/16, foi interposta pelo CONAR mediante queixa de consumidores, contra o anunciante Coca-Cola e a agência Ogilvy&Mather Brasil, referente a campanha da Fanta – Leva na boa. A decisão foi pelo arquivamento.

Resumo: Consumidora de Campinas (SP) viu estímulo reprovável em animação para TV de refrigerante, que mostra uma mãe postando nas redes sociais foto de seu filho recém-nascido tomando banho. Para a consumidora, crianças poderiam imitar a cena. Anunciante e agência negaram, em defesa enviada ao Conar, qualquer desrespeito ao Código ou estímulo reprovável. Em seu voto, a relatora chamou a atenção para o caráter claramente fantasioso da animação, em sintonia com o público adolescente. Recomendou o arquivamento, voto aceito por unanimidade.

Apesar, de a relatora afirmar que, claramente a animação era fantasiosa, no filme⁶⁰⁶quando o garoto do filme (provavelmente um adolescente) posta a foto sua na banheira como forma de destacar-se nas redes sociais, esse comportamento não tem nada de fantasioso, muito pelo contrário, é o que as crianças e adolescentes mais almejam nas redes.

A outra representação julgada no mês de setembro foi a de nº 203/16, contra o anunciante Mondelez e a agência Brasil e Wieden + Kennedy Brasil, proposta pelo CONAR mediante queixa de consumidor. A

⁶⁰⁶FANTA. Youtube. **Fanta** – Leva na Boa. 30s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BvwNb9oefLo>>. Acesso em: 22 jan. 2017

representação deu-se por conta da campanha Lacta 5 star – mordeu, bateu, e a decisão foi pelo arquivamento. Destaca-se que o comercial não era direcionado diretamente para criança, apesar de utilizar cenas fantasiosas.

Resumo: Dois consumidores questionaram no Conar anúncio em TV do chocolate Lacta: ele implicaria em risco para crianças e adolescentes, ao mostrar um personagem que após ingerir o produto acha que pode fazer qualquer coisa, entre elas saltar sem paraquedas de um avião em pleno voo? Em sua defesa, anunciante e agência invocaram o tom humorístico do anúncio e que ele foi inserido em programação dirigida a público adulto. O autor do voto vencedor acolheu estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento da representação, voto acompanhado por maioria.

No mês de outubro, foram julgadas doze representações, sendo que apenas duas tiveram relação com tema criança e adolescente. A representação de nº 201/16 foi interposta pelo CONAR, mediante queixa do consumidor, contra a anunciante Brasil Kirin e a agência Leo Burnett Taylor Made, pela campanha Itubaina – Gostoso como ser criança. Mais uma vez a decisão foi pelo arquivamento da representação.

Resumo: Consumidora paulistana viu exemplo deseducativo em comercial para TV de refrigerante. A peça publicitária mostra brincadeiras infantis praticadas por adultos como, por exemplo, soltar a tampa do saleiro e jogar uma pedra de gelo dentro da roupa de um amigo. Anunciante e agência negaram, em defesa enviada ao Conar, a interpretação da consumidora, considerando o anúncio apenas bem humorado. O relator concordou com estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento, acompanhado por unanimidade.

A representação nº 207/16, julgada em outubro, também obteve como decisão o arquivamento. A representação foi proposta pelo CONAR, mediante queixa do consumidor, contra o anunciante Hasbro do Brasil, pela campanha Baby Alive hora do banho – Julia Silva.

Resumo: Prática denominada *unboxing* patrocinada pela Hasbro em canal do YouTube de Julia Silva, de

seis anos de idade, foi questionada por consumidor paulistano. Estaria tal modalidade de publicidade em acordo com as recomendações do Código ético-publicitário? Em sua defesa, a Hasbro negou responsabilidade pela página e por seu conteúdo, sendo este iniciativa de Julia Silva. A Hasbro trouxe ao processo declaração dos responsáveis legais pela menina, informando que não houve qualquer negociação envolvendo a Hasbro, sequer o envio do brinquedo mostrado no vídeo. A relator propôs o arquivamento, aceitando os argumentos da Hasbro. Seu voto foi aceito por unanimidade.

O assunto dos “youtubers mirins” tem preocupado muitos pais, pois a internet está sendo cada vez mais utilizada por crianças e crianças cada vez mais novas. No caso em questão, ao que parece, a Hasbro realmente não possui nenhuma responsabilidade, visto que trouxe a declaração dos responsáveis da menina Julia.

As representações julgadas em novembro chegaram a uma soma de trinta e nove, a mais alta do ano, sendo que cinco representações eram relacionadas à criança e ao adolescente. A representação de nº 212/16, teve como autor o CONAR, mediante queixa do consumidor, contra o anunciante Mead Johnson do Brasil, pela campanha Sustagen – Seu aliado para uma nutrição mais completa. A decisão foi pelo arquivamento.

Resumo: Reclamações de consumidores residentes em São José do Rio Preto (SP), Cuiabá (MT) e Campo Grande (MS), num total de quatro queixas, motivaram a abertura desta representação ética, contra anúncio em TV de produto alimentar. Mais reclamações chegaram ao Conar depois da abertura do processo. Segundo os consumidores, a peça publicitária pode estimular os pais a substituírem alimentação natural e variada por fórmula e estimular que as crianças peçam para consumir achocolatado ao invés de comida. A anunciante defendeu-se, considerando que o comercial não infringe as recomendações do Código, chamando a atenção para o fato de o filme mostrar a mãe oferecendo frutas à criança e que na mesa aparecem também salada e leite. A defesa aludiu a *lettering* presente no filme, para reforçar que Sustagem não substitui alimentação saudável e balanceado. Estes e outros argumentos da defesa convenceram a maioria dos membros do

Conselho de Ética que, atendendo à sugestão do autor do voto vencedor, optaram pela recomendação de arquivamento.

Essa é uma questão delicada, e ao que parece os *lettering* do filme⁶⁰⁷ não são suficientes para alertar aos pais mais desavisados que o importante mesmo é a alimentação saudável e que suplementos como esse não farão milagres, e quase sempre são desnecessários. A Resolução do Conselho Federal de Nutricionistas nº 390/2006⁶⁰⁸ ainda destaca que suplementos só devem ser incluídos na alimentação diária quando prescritos pelos nutricionistas, precedida de avaliação nutricional, sendo ainda que de nada adianta a suplementação se o hábito alimentar não for corrigido. Infelizmente a banalização do uso desses suplementos pela indústria, que investe pesado em publicidade e sabe como “tocar” os pais, acaba por comprometer a saúde de muitas crianças.

A representação de nº 222/16 foi proposta pelo CONAR, por iniciativa própria, contra o anunciante Hasbro do Brasil, pela campanha Hasbro – My little pony. A decisão da relatora, seguida por unanimidade, foi pela alteração da peça publicitária, fundamentados pelos artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "b" do CBAP.

Resumo: A direção do Conar questionou no Conselho de Ética se anúncio em TV e internet da Hasbro contém apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade, com uso de expressões como "acesse" e "participe" ligadas à aquisição do produto e ação promocional. Em sua defesa, a anunciante negou tal interpretação, relatando que o anúncio é dirigido aos pais, que só eles podem se inscrever e que a premiação é proporcionar uma festa para seus filhos. A relatora apoiou o seu voto em dois pontos: o planejamento de mídia da campanha e a coerência interna da mensagem. Em relação ao primeiro, depois de minucioso levantamento de informações, concluiu que o anúncio foi veiculado em programação capaz de atingir também crianças, ainda que em número menor do que o de adultos. Indo adiante, a relatora

⁶⁰⁷ SUSTAGEN Brasil. Youtube. **Sustagen, seu aliado para uma nutrição** + completa. 30s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xZ-bSeru5Xc>> Acesso em: 22 jan. 2017

⁶⁰⁸ CONSELHO Federal de Nutricionistas. **Resolução nº 390/2006**. Regulamenta a prescrição dietética de suplementos nutricionais pelo nutricionista e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cfn.org.br/novosite/pdf/res/2006/res390.pdf>>. Acesso em 22 jan. 2017

considerou indiscutível que o filme foi concebido para atrair a atenção também dos menores de idade, ao ser concebido a partir de vários elementos do universo infantil. "Não foi feito nenhum esforço para se falar com adultos, para se utilizar de uma linguagem mais apropriada a pessoas maduras", escreveu em seu voto. "Existe, portanto, um bom fundamento para se concluir que as crianças são público-alvo dessa promoção e que o comando, 'participe', foi também dirigido a elas". Escreveu mais: "o que tem que ficar claro é que mesmo não sendo o público-alvo, a criança pode ser informada e influenciada por qualquer mensagem com apelo infantil. **Essa criança está crescendo em uma sociedade de consumo e como tal está exposta a todos os tipos de mensagem. Cabe ao anunciante respeitar certas regras, entre elas a de não utilizar linguagem e códigos universais do mundo infantil e imperativos de consumo para transmitir mensagens que não deveriam ser dirigidas a este segmento**". Ela notou ainda o que chamou de "um ruído" na promoção, ligado à questão de gênero, ao dirigi-la apenas a meninas. Terminou recomendando a alteração da peça publicitária, por se dirigir também a crianças em um ambiente infantil. Seu voto foi aceito por unanimidade.

Nota-se no resumo do julgado que a relatora Conselheira Marlene Bregman tocou no ponto central da discussão que o Brasil enfrenta atualmente sobre publicidade infantil, admitir que a atual sociedade é uma sociedade de consumo, e que certos "artifícios" utilizados pelos publicitários com "linguagem e códigos universais do mundo infantil" e ainda "imperativos" devem ser considerados publicidade abusiva.

A representação nº 225/16, de autoria do CONAR, contra a anunciante Bob's, pela campanha Bob's turma do bairro, foi julgada pela relatora Conselheira Carla Simas, com voto complementar de Clementino Fraga Neto, e obteve a maioria para a decisão de alteração, e por unanimidade de advertência, com fundamentos nos artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letras "a" e "b" do CBAP e seu Anexo H.

Resumo: Campanha em TV e internet de rede de lanchonetes propõe, na visão da direção do Conar, estímulo a crianças de consumo excessivo de

alimentos para fins de coleção. Não houve defesa por parte do Bob's, mesmo sendo ele devida e comprovadamente citado. A relatora concordou com os termos da denúncia, vendo na campanha **apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade e estímulo ao consumo exagerado**. Por isso, sugeriu a alteração, aprovada por unanimidade, e complementada pela advertência ao Bob's, esta aprovada por maioria. (grifou-se)

Esse é o assunto muito discutido, principalmente porque se refere a alimento não saudável, com brinquedo e colecionável, note-se no resumo, que o anunciante sequer se defendeu. Essas artimanhas para “fisgar” as crianças, já bastante conhecidas, deveriam estar banidas de nossa sociedade. Como visto, são muitos os projetos de lei que querem proibir essa prática, mas o lobby das indústrias, das agências de publicidade e do comércio são enormes, dificultando assim posicionamento mais restritivo em relação à publicidade de alimentos não saudáveis. Enquanto a lei não deixa mais claro o que pode e o que não pode, o setor regulado aproveita-se das brechas, mesmo correndo o risco de sofrer advertências.

Também em novembro foi julgada a representação nº 232/16, iniciada pelo CONAR, contra a DTC Toys. A reclamação decorreu da campanha dos produtos Shopkins, veiculada para o dia das crianças. Apesar na decisão o relator Conselheiro Antonio Toledano ter recomendado a sustação da campanha, e sua posição ter sido aceita por unanimidade, questiona-se qual a efetividade da decisão, visto que o dia da criança já havia passado quando da votação da representação, e assim a campanha já tinha conseguido atingir seu objetivo antes mesmo de ser julgada. Os fundamentos para a sustação foram os artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "c" do CBAP.

Resumo: A direção do Conar viu pelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade em anúncio para TV de brinquedo da DTC Toys, em especial no apelo "para colecionar...". O anúncio foi veiculado por ocasião do Dia da Criança. Em sua defesa, a anunciante negou que a expressão possa ser considerada como apelo imperativo, não trazendo ordem impositiva, refletindo apenas a natureza do produto e considerando o ato de colecionar algo como benéfico ao aprendizado infantil. Estes e outros argumentos não convenceram, porém, o relator da representação, que votou pela sustação, considerando

que o filme afronta recomendação do Código. Seu voto foi aceito por unanimidade.

Última reclamação a ser julgada em novembro, a reclamação nº 233/16, foi proposta pelo CONAR contra a anunciante Candide. A campanha da foi para divulgação das mini bonecas surpresas Gift'sem. A posição da relatora Conselheira Cinthia Maria Ambrogi Alonso foi pela sustação, sendo aceito por unanimidade, fundamentados pelos artigos Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "c" do CBAP. O filme⁶⁰⁹ ainda se encontra disponível no YouTube.

Resumo: A direção do Conar questionou a existência de apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade em anúncio para TV da Candide. A frase objeto da preocupação do Conar é "abra as caixinhas para conhecer suas novas amigas... Misture e combine... Crie vários looks". Não houve defesa por parte da anunciante. A relatora propôs a sustação, por considerar procedente a denúncia. Seu voto foi aceito por unanimidade.

No último mês do ano de 2016, em dezembro, o CONAR julgou 26 reclamações, sendo quatro referentes ao tema criança e adolescente. A reclamação de nº 113/16 foi proposta pelo CONAR, mas mediante a queixa de mais de vinte consumidores, contra o anunciante Mondelez Brasil e a agência Wieden+Kennedy Brasil, pela campanha Susto do chocolate Bis. Em primeira instância pela maioria dos votos optou-se pela advertência ao anunciante e agência, mas em recurso, por maioria dos votos, a Câmara de Recursos decidiu pelo arquivamento.

Resumo: Mais de duas dezenas de queixas enviadas por consumidores motivaram esta representação, contra filme para TV do chocolate Bis. Eles consideraram que o filme infunde medo, podendo influenciar negativamente crianças e adolescentes. Em sua defesa, a anunciante e sua agência esclareceram que a personagem utilizada no anúncio remete a um filme popular de terror e que a sua programação de mídia visou predominantemente público adulto. Considerou ainda que a obra

⁶⁰⁹ CANDIDEONLINE. Youtube. **Gift'ems** - Candide Brinquedos. 30s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H6T_-bJr_fU> Acesso em: 22 jan. 2017.

publicitária tem tom bem humorado. Em primeira instância, seguindo proposta do relator, recomendou-se advertência ao anunciante e sua agência pela programação de mídia da campanha, sugerindo que seja veiculado apenas depois das 21h. Seu voto foi aceito por unanimidade. Anunciante e agência recorreram da decisão e conseguiram revertê-la. Por maioria de votos, a Câmara Especial de Recursos deliberou por maioria de votos pelo arquivamento, atendendo a proposta do autor do voto vencedor, por considerar que o filme não afronta recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

O filme⁶¹⁰ é realmente assustador, até para um adulto, mas talvez o que não ficou bem demonstrado pelos consumidores quais as influências negativas que poderiam advir para as crianças e adolescentes. A ideia do de veicular o filme após 21h seria uma boa ideia, mas, após o julgado do STF que desvinculou o horário da classificação indicativa, a decisão não faria muito sentido.

Também julgada em dezembro, a reclamação nº 223/16 foi interposta pelo CONAR contra o anunciante Ferrero do Brasil, DTC Toys e Brinquedos e Surpresas, canal do YouTube, pelo anúncio veiculado na internet do Kinder Ovo e Peppa Pig. A decisão foi pela sustação e advertência das três empresas envolvidas, fundamentando o voto com os artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 23, 28, 37 e 50, letras "a" e "c" do CBAP e seu Anexo H.

Resumo: A direção do Conar questionou no Conselho de Ética anúncio na internet do Kinder Ovo: ele não estaria enfatizando os brinquedos ofertados como brindes colecionáveis, estimulando assim o consumo excessivo do confeito, em desacordo com as recomendações do Código? Em sua defesa, a Ferrero informou não manter qualquer relacionamento com o canal do Youtube onde o anúncio foi divulgado e que também não apoiou ou participou da sua elaboração. A DTC Toys deu informações semelhantes em defesa enviada ao Conar, apontando a "Brinquedos e Surpresas" como única responsável pelo anúncio. Já

⁶¹⁰ CHOCOLATE Bis. Youtube. **Bis:** Susto – Feito para dividir. 30s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=NdFWZw2cgGw>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

esta última informou ao Conar que o material é conteúdo editorial, negando o seu caráter publicitário, confirmando que as duas empresas não contrataram a ação, sequer enviando os produtos para a gravação. A relatora propôs advertência às três empresas, mesmo considerando que o material não tem caráter publicitário, para que se mantenham atentos aos preceitos éticos recomendados pela autorregulamentação. Seu voto foi aceito por unanimidade. Já o autor do voto complementar sugeriu a sustação da ação, voto aprovado por maioria.

A reclamação nº 237/16, proposta pelo CONAR contra Turner International do Brasil, pela campanha Topsport Ventures – Copa Toon, foi arquivada, segundo o vota relatora Conselheira Sirley Fabiann Cordeiro de Lima, que foi seguido por unanimidade.

Resumo: A direção do Conar questionou se há apelo imperativo de consumo dirigido a menores de idade em anúncio em TV de game da Turner, em especial na frase "você pode jogar enquanto assiste ou assistir enquanto joga..." A anunciante negou, em defesa ao Conar, desrespeito ao Código. A relatora concordou em linhas gerais com a defesa e propôs o arquivamento, voto aceito por unanimidade.

Interposta pelo CONAR, mediante queixa do consumidor, contra a anunciante Danone e a agência Y&R, a reclamação de nº 255/16 foi arquivada pelo voto unânimes dos julgadores, devido ao anuncio ser do ano de 2002.

Resumo: Consumidora curitibana escreveu ao Conar, protestando contra anúncio em internet que associa crescimento, força e inteligência ao consumo de apresentação de Danoninho, menosprezando outros alimentos. Em sua defesa, anunciante e agência informaram que o anúncio objeto desta representação data de 2002, tendo sido veiculado por terceiros em um canal do YouTube. O relator acolheu esta explicação da defesa e propôs o arquivamento da representação, voto aceito por unanimidade.

Encerrando as análises das representações julgadas pelo CONAR em 2016, o que se observa é uma tendência de “condenar” o anúncio destinado a criança e ao adolescente, quando esse tenha conotação de imperatividade. Isso se agrava quando os objetos anunciados são colecionáveis, até porque, em objetos colecionáveis há um apelo de maior consumo, refletindo muitas vezes um consumo desnecessário e desmedido, atualmente reprimido por diversos setores da sociedade.

Apesar de muitas representações serem em prol dos consumidores, e em consequência a preservação dos direitos das crianças e dos adolescentes, há pouca efetividade. As penalidades são limitadas a advertência, sustação, correção e senão seguirem as determinações, o CONAR poderá apenas divulgar que as agências e anunciantes não seguiram a recomendação, não possuindo nenhuma força coercitiva para fazer cumprir sua decisão. Sendo esse exatamente um dos pontos mais criticados do modelo autorregulamentar.

3.3.2 Outras atuações do CONAR

Além do julgamento das representações, o CONAR também atua mediante a divulgação de várias campanhas em prol da liberdade de expressão, da publicidade ética, principalmente a publicidade direcionada a criança e ao adolescente. Essa preocupação tem sido crescente diante a ameaça da sociedade civil organizada, composta por várias organizações, que lutam pelo fim da publicidade infantil.

As normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, no que se refere à publicidade de produtos e serviços para crianças e adolescente, começam a ganhar mais rigorosidade. Em 2006, entram em vigor no CBAP, mais precisamente no Anexo H, que disciplina a publicidade de bebidas isentas de álcool, como refrigerante, achocolatado entre outras, foram editadas normas para maior proteção da criança e do adolescente em relação a certos produtos e serviços, conforme item 5: “Na publicidade dos produtos submetidos a este Anexo adotar-se-á interpretação a mais restritiva quando: for apregoado o atributo “produto natural”; o produto for destinado ao consumo por crianças”.

Em seu site, o CONAR disponibilizou documentos, que o próprio conselho organizou, que trata basicamente de dois assuntos, liberdade de expressão e publicidade infantil. Um dos documentos, de 2012, tem o seguinte título “Cidadãos responsáveis e consumidores conscientes

dependem de informação (e não da falta dela)”⁶¹¹. Outro documento, lançado em 2013 pelo CONAR e a Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), apresentam um “estudo sobre as leis e normas que regem a publicidade infantil no mundo”⁶¹².

Mais recentemente, em 2015, o CONAR reuniu em um documento informações sobre a autorregulamentação publicitária, intitulado como “As normas éticas e a ação do CONAR na publicidade de produtos e serviços destinados à crianças e adolescentes”⁶¹³. Nesse documento, o CONAR, além de demonstrar o compromisso que tem com a publicidade ética, pretende de todas as formas demonstrar os benefícios do sistema autorregulamentar. Em uma entrevista o presidente conselho, Gilberto C. Leifert, demonstra claramente a preocupação com a regulamentação do CONANDA, aduz que muitas pessoas e entidades que lutam para o fim da publicidade infantil o fazem por motivações políticas, e ainda destaca que crianças e adolescentes não precisam de proteção extra e sim atenção especial, mas sem colocar redomas no contato com a sociedade de consumo.

Em 2012, a Associação Brasileira de Agências de Publicidade (ABAP), que faz parte do CONAR, lançou uma campanha intitulada “Somos todos responsáveis”⁶¹⁴, apoiada por vinte e uma entidades ligadas aos setores de comunicação e de produtos infantis, para demonstrar o comprometimento com a publicidade ética. A campanha possui vídeos com depoimentos dos pais falando sobre publicidade infantil e ainda cinco cartilhas, cada uma direcionada para um público específico: pais e mães, educadores, jornalistas, legisladores e publicitários.

Em março de 2013, o CONAR proibiu o merchandising, mais uma vez modificando o Código para que fique ainda mais protetivo para criança e o adolescente:

SEÇÃO 11 - CRIANÇAS E JOVENS

Artigo 37

⁶¹¹ CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. *Site CONAR*. Cidadãos responsáveis e consumidores conscientes dependem de informação (e não da falta dela). Disponível em: <<http://www.conar.org.br/conar-criancas-e-adolescentes.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017

⁶¹² Ibidem.

⁶¹³ Ibidem.

⁶¹⁴ SOMOS todos responsáveis. *Site*. Disponível em: <<http://www.somostodosresponsaveis.com.br/>> Acesso em: 22 jan. 2017

3 - Este Código condena a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado.

4 - Nos conteúdos segmentados, criados, produzidos ou programados especificamente para o público infantil, qualquer que seja o veículo utilizado, a publicidade de produtos e serviços destinados exclusivamente a esse público estará restrita aos intervalos e espaços comerciais.

5 - Para a avaliação da conformidade das ações de merchandising ou publicidade indireta contratada ao disposto nesta Seção, levar-se-á em consideração que:

- a. o público-alvo a que elas são dirigidas seja adulto;
- b. o produto ou serviço não seja anunciado objetivando seu consumo por crianças;
- c. a linguagem, imagens, sons e outros artifícios nelas presentes sejam destituídos da finalidade de despertar a curiosidade ou a atenção das crianças.

De um jeito ou de outro, seja pelo setor regulado ou a sociedade, nessa briga de gigantes o assunto publicidade infantil ganha visibilidade e regras mais protetivas são criadas. Não há como questionar a atuação do CONAR, que tem demonstrado um total apego ao tema, mesmo que seja para defender a si próprio, algumas ações garantiram maior proteção à criança.

3.4 A NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS DEMOCRÁTICA E FRATERNA

A palavra fraternidade está intimamente ligada às ideias de liberdade de igualdade que formaram a tríade do pensamento revolucionário francês de 1789 e 1848. Baggio destaca a importância de a ideia de fraternidade ter sido interpretada politicamente na Revolução Francesa, que vislumbrava “um mundo novo; um *novum* que questiona inclusive o modo como o cristianismo entendera até então a fraternidade”. Essa perspectiva política,

que altera o conceito de fraternidade cristã, silenciou-se diante do liberalismo econômico, e a teoria não se consolidou na prática.⁶¹⁵

Para aprofundar as dimensões políticas do princípio da fraternidade e para comprovar que a fraternidade poder ser realizada na prática, e que tem sua eficácia política, na participação democrática e cidadania, é necessário que a participação do cidadão atinja seu caráter “forte”, pois a participação “fraca” tem-se demonstrado insuficiente. A participação deve ser “entendida como um vínculo que leva a reconhecer a existência de um bem comum da sociedade à qual se pertence”. Deve ir além do que a lei obriga, assim como era entendida a vida pública na antiga visão de cidadania.⁶¹⁶

As atuais sociedades ocidentais democráticas renunciaram aos princípios de igualdade e liberdade, gerando uma crise da democracia contemporânea. “É um universalismo que não confere nova identidade, mas leva à indiferença do fragmento”. Para a efetiva participação, é necessário que a partilha seja uma experiência interior, não apenas superficial, pois hoje se deve dialogar em um espaço não-homogêneo. Exige-se um processo de deliberação intersubjetiva, ir além do que é considerado bem para mim, continua sendo um bem para mim, mas ao mesmo tempo esse bem é compartilhado, são “lugares de encontro e comunhão”, exigindo uma nova definição de alteridade.⁶¹⁷

A conclamação para amar a teu próximo como a ti mesmo, diz Sigmund Freud, é um dos preceitos fundamentais da vida civilizada (e, de acordo com alguns, uma de suas exigências éticas fundamentais). Mas é também o que de mais antagônico pode haver com o tipo de razão que essa mesma civilização promove: a razão do interesse individual, da busca da felicidade. Seria a civilização, então, baseada numa contradição insolúvel? Assim parece; a se seguir as sugestões de Freud, chegaríamos à conclusão de que o preceito fundador da civilização só poderia ser cumprido caso se adotasse a famosa advertência de

⁶¹⁵ BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas.** Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista-SP: Cidade Nova, 2008. p.7-9.

⁶¹⁶ BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições de fraternidade na política.** Tradução Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista-SP: Cidade Nova, 2009. p.89-92.

⁶¹⁷ *Ibidem.* p.93-96.

Tertuliano: *credere quia absurdum* (acredite porque é absurdo).⁶¹⁸

A democracia desenvolveu-se no século XX, em números e aprofundamento, atingindo “uma dimensão horizontal da participação em massa”. No desenrolar dos fatos e acontecimentos, essa participação não atinge a qualidade nem a quantidade necessária. A participação preserva seu status quo, preserva seu círculo fechado sendo que a posse de recurso político reflete-se na posse de recurso sócio-econômico, e assim vice-versa. Até porque, no mundo atual, as pessoas não têm tempo de participar porque estão mais preocupadas em sobreviver.⁶¹⁹

Ropelato critica a democracia representativa que hoje está reduzida ao voto eleitoral, chama a atenção para a necessidade de “diálogo constante” entre eleitores e seus representantes, evidenciando a relação de baixo para cima. Primeiramente é necessário “abrir novas formas de participação”, seguido do cuidado de incluir sujeitos marginalizados, evitando reproduzir o ciclo fechado já conhecido. Favorecer a subsidiariedade horizontal que inverte o fluxo de poder deve ser privilegiado nas legislações atuais. Primeiramente é necessário “abrir novas formas de participação”, seguido do cuidado de incluir sujeitos marginalizados, evitando reproduzir o ciclo fechado já conhecido. Favorecer a subsidiariedade horizontal que inverte o fluxo de poder deve ser privilegiado nas legislações atuais. No processo de decisão da administração pública, diante da complexidade dos problemas, requer um envolvimento do titular do direito que, muitas vezes, é negligenciado ou até mesmo difícil de administrar, não se traduzindo em um processo fraterno.⁶²⁰

Mas qual seria o significado dessa participação?

(...) a participação é essencialmente uma questão de identidade e, conseqüentemente, conflituoso, o que a fraternidade oferece neste sentido, em primeiro lugar, é uma redefinição de laço social, a partir do reconhecimento da existência de uma relação constitutiva fundamental entre os diversos sujeitos das

⁶¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível no mundo de consumidores**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011. p.37.

⁶¹⁹ ROPELATO, Daniela. Notas sobre participação e fraternidade. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista-SP: Cidade Nova, 2008. p. 88-91.

⁶²⁰ *Ibidem*. p. 92-98.

relações políticas. A conotação própria desse laço é garantir a identidade específica de cada um (e a defesa de seus respectivos direitos) num quadro de referência unitária, que é a família humana.⁶²¹

Para experienciar a fraternidade é necessário um “pacto político-participativo”, onde três aspectos fundamentais precisam ser observados: “aspecto individual”, “aspecto interpessoal” e “aspecto coletivo”. O “aspecto individual” possibilita a participação de cada indivíduo independente de seus recursos, “baseada na igual dignidade dos sujeitos”. No “aspecto interpessoal”, a fraternidade impõe um diálogo transversal entre diferentes ideologias e partidos, onde o representante deverá perseguir uma identidade “coletiva comum”. No “aspecto coletivo”, o grupo deve ser identificado como “sujeito político”, e “a fraternidade aparece como princípio de responsabilidade compartilhada sobre a produção de bens públicos”.⁶²²

Já uma democracia de qualidade, traduzida como “uma estrutura institucional estável na qualidade democrática”, necessita também da participação fraterna seja no conteúdo, no resultado ou no procedimento da ação política. Ropelato acredita que “a fraternidade é capaz de expressar o coração inteligente da democracia”, harmonizando a convivência dos homens quando estes são chamados “a responder pelas decisões tomadas”, sendo responsabilizados pelo “controle efetivo das instituições políticas”.⁶²³

Mas será que os cidadãos estão realmente interessados nesta participação? Henriques traça um perfil entre consumo, cidadania e direitos fundamentais que, no mínimo, pede uma profunda reflexão: “a cidadania e a garantia de acesso aos direitos fundamentais, foram, aos poucos, sendo traduzidas em acesso a bens de consumo e mesmo em prática consumista”.⁶²⁴ “Numa sociedade de consumidores e na era de políticas de vida que substituem a Política com p maiúsculo, o ciclo econômico mais

⁶²¹ ROPELATO, Daniela. Notas sobre participação e fraternidade. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas.** Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista-SP: Cidade Nova, 2008. p. 103-104.

⁶²² Ibidem. p. 104-106.

⁶²³ Ibidem. p. 107-109.

⁶²⁴ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. O vazio da cidadania de consumo. In: FERRARI, Ana Claudia (Coord.); BARROS FILHO, Clóvis de (Org.). **Direito & cidadania.** São Paulo: Duetto Editorial, 2011. (Coleção Ética: pensar a vida e viver o pensamento;4). p. 48.

verdadeiro, o único que mantém de fato a economia de pé, é o ciclo de “compre, use e jogue fora”.⁶²⁵

A cidadania traz consigo além de direitos, deveres, o cidadão precisar reconhecer que tem responsabilidade perante a coletividade, perante o Estado, para se chegar ao bem comum é necessário participação de todos. Para Pires, “a educação é ponto chave para o desenvolvimento reflexivo e de conhecimento da procura pelo desaparecimento das desigualdades sociais através da luta dos membros do conjunto interessado”, somente com a educação, com a reflexão, se constrói a cidadania. “Em uma sociedade pós-moderna, com sujeitos cada vez mais preocupados com a industrialização e o consumismo, a cidadania depende cada vez mais da educação”.⁶²⁶

Baggio destaca que, no século passado, houve um processo de não-participação impostos pelos regimes totalitários, exemplos de “unificação social e política arbitrária” que impediam “qualquer forma de relação livre no espaço público”, “com o desenvolvimento de formas de individualismo extremo, sobretudo pelos fenômenos mais alienantes dos estilos de vida consumistas, que se configuram como uma forma inédita de niilismo de massa. Aqui também, mas por um caminho oposto ao dos totalitarismo políticos, atingiu-se o ponto mais alto da não-relação e da não-participação”.⁶²⁷

Hoje o principal alvo para a formação desse cidadão consumidor são as crianças e adolescentes, que precisam ter seus direitos garantidos, o direito da criança e do adolescente precisa ser evidenciado e respeitado pela tradução de fraternidade nele implícita. O novo paradigma do Estatuto da Criança e do Adolescente rompe o paradigma da doutrina da situação irregular. Isso implica um novo olhar às crianças e adolescentes, pois eles passam a ser “sujeitos de direito”. Mais do que um jogo de palavras, deve-se buscar a real efetivação, elevando as crianças e adolescentes como sujeito-cidadão. Para falarmos em Direitos Humanos, é necessário que todo ser humano seja sujeito de direitos, e todos sem exceções: homens,

⁶²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível no mundo de consumidores**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011. p. 152.

⁶²⁶ SUZANA Stainr Pires, BRAGA, Nara; PIRES CAVICHIOLI, Rossana. CIDADANIA E EDUCAÇÃO CONSCIENTES. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S.l.], v. 4, n. 1, abr. 2009. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7027/4245>>. Acesso em: 19 jan. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/198136947027>. p. 2-12.

⁶²⁷ BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições de fraternidade na política**. Tradução Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista-SP: Cidade Nova, 2009. p.113-114.

mulheres, adolescentes e crianças devem assim ser considerados para que possa pensar em sociedade fraterna.⁶²⁸

Não podemos permitir que as violações barbarizem o ser, não podemos permitir que as inovações técnico-científicas, que fenômenos político-econômicos de grande força, como é a globalização, que a cultura do hedonismo cuja sustentação hoje é tão bem definida nos *shopping centers*, os templos contemporâneos do consumo e paradoxalmente da exclusão social, desconstruam a humanidade.⁶²⁹

Será que pode existir um elo entre a fraternidade e a publicidade? Há espaço para uma sociedade fraterna na atual sociedade de consumidores? A publicidade infantil contribui para a construção desse novo cidadão que se faz necessário para uma sociedade fraterna e democrática?

Ainda não se têm respostas para essas perguntas, mas para isso é necessário que seja questionada a atual sociedade, pois esta vem se demonstrando insustentável, e essas questões passam pela análise da publicidade infantil. O consumismo precisa ser revisto, na sociedade em que vivemos, com graves contrastes sociais o cidadão troca seus direitos e deveres por acesso aos bens materiais. A igualdade não pode ser traduzida como mera capacidade de consumir, a liberdade não pode ser apenas individual ou negativa, e a fraternidade não pode ser novamente esquecida.

3.4.1 A participação da sociedade civil organizada

O direito de participar do governo deve ser traduzido em um dever de participar, e não apenas nas escolhas dos governantes. Para além dessa participação, muitos cidadãos estão se organizando para requerer o fim da publicidade infantil, por um mundo livre do consumismo, com a clareza de que querem uma sociedade diferente do que está aí.

Há que se destacar aqui o papel da internet, na democratização da sociedade, através da possibilidade criada pelas redes de interações de

⁶²⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**: qual espaço da relacionalidade? In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. **Direito e Fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.177-180.

⁶²⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: Um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry. ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo (Coord.). **Estatuto da Criança e Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 38.

maior articulação política. Muitas organizações sociais utilizam-se dessas novas tecnologias de informação e comunicação para conseguir que os cidadãos sejam mais participativos, através de pressão dos atores políticos, de criar agendas para debates de assuntos de interesse, para implementar políticas públicas, para exigir direitos. Assim, grande parte dos resultados dos que lutam pelo fim da publicidade infantil, foram obtidos com o apoio dessas novas tecnologias e suas possibilidades de fazer o encontro de pessoas que pensam de maneira semelhante, potencializando de certa forma a participação e a construção de uma cidadania ativa.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC⁶³⁰, fundado em 1987, é uma associação de consumidores, que tem como missão “promover a educação, a conscientização, a defesa dos direitos do consumidor e a ética nas relações de consumo, com total independência política e econômica”. Apesar de não ter o público infantil como sua principal atuação, o IDEC apoia a campanha pelo fim da publicidade infantil.

No dia 15 de março de 2001, no Dia Mundial do Consumidor, foi criado no Brasil o Instituto Akatu⁶³¹. O instituto “uma organização não governamental sem fins lucrativos que trabalha pela conscientização e mobilização da sociedade para o consumo consciente”. Apesar de não ser um instituto que trata da matéria específica da publicidade infantil, sempre tem discutido o tema e dado apoio aos movimentos que defendem maior rigor.

Outro projeto que surgiu no Brasil, que discute mais especificamente sobre o tema publicidade infantil, foi projeto Criança e Consumo⁶³², do Instituto Alana. Esse projeto, que está prestes a completar onze anos, e tem como missão “promover a conscientização e a defesa dos direitos da criança frente à comunicação mercadológica”. Mas o Instituto Alana também mantém outros projetos⁶³³, como Prioridade Absoluta, Território do Brincar, Satisfeito, Criativos da Escola, Criança e Natureza e Video Camp. O projeto Criança e Consumo é muito ativo, principalmente em São Paulo, onde mantém uma parceira com o Ministério Público da capital.

⁶³⁰ INSTITUTO Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. *Site IDEC*. O que é. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/o-idec/o-que-e>> Acesso em: 23 jan. 2017.

⁶³¹ AKATU. *Site Akatu*. Institucional. Disponível em: <<http://www.akatu.org.br/Institucional/OAkatu>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

⁶³² INSTITUTO Alana. *Site criança e consumo*. O projeto. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/o-projeto/>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

⁶³³ INSTITUTO Alana. Programas. Disponível em: <<http://alana.org.br/#programas>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

Também há o Movimento Infância Livre do Consumismo - MILC⁶³⁴, “um movimento social formado por mães, pais e cidadãos comprometidos com uma infância livre de comunicação mercadológica dirigida a crianças”, que atua através da internet desde o ano de 2012. O MILC realiza campanhas para além da restrição da publicidade infantil, são campanhas lutam pelo direito do brincar, por mais liberdade (de ir para rua brincar), por uma alimentação saudável, feiras de trocas de brinquedos, dia da criança sem consumismo, uma semana longe das telas, por reconstruir a tradição natalina, por menos presente e mais presença, entre outros.

A Rede Brasileira Infância e Consumo – REBRINC⁶³⁵ foi criada em 2013 e “é uma rede horizontal e colaborativa que reúne virtual e presencialmente, pessoas físicas, instituições e movimentos de todas as regiões do país interessadas na temática infância e consumo”. Essa rede foi criada para integrar e potencializar o trabalho de movimentos e organizações que envolvam o tema infância e consumo. Existe uma lista de quarenta e uma instituições, movimentos ou grupos que fazem parte da REBRINC⁶³⁶.

⁶³⁴ MOVIMENTO infância Livre de Consumismo – MILC. *Site Milc*. O Milc. Disponível em: <<http://milc.net.br/o-milc/>> Acesso em: 23 jan. 2017.

⁶³⁵ *Ibidem*.

⁶³⁶ “1. Aliança de Controle do Tabagismo + Saúde. 2. Aliança pela Infância. 3. Centro de Defesa da Criança e do Adolescente de Minas Gerais – CEDECA-MG. 4. Centro de Inteligência Urbana de Porto Alegre – CIUPOA. 5. Centro de Referência Cultura Infância (Rio de Janeiro). 6. Colégio Marista Dom Silvério – BH/MG. 7. Comissão de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional Rondônia). 8. Comunicação e Cultura (ONG). 9. E-grupo Criança e Consumo (criancaeconumo1@gmail.com). 10. Grupo de Alfabetização Econômica e Educação para o Consumo – GAEEC (Laboratório de Pesquisa Genética da Faculdade de Educação – Unicamp). 11. Grupo de discussão Consumismo e Publicidade Infantil (Facebook). 12. Instituto Akatu. 13. Instituto Alana. 14. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec. 15. Instituto 5 Elementos – Educação para a Sustentabilidade. 16. Movimento Barão para Crianças (Barão Geraldo – Campinas – SP). 17. Movimento Consciência e Consumo. 18. Movimento Infância Livre de Consumismo, Milc. 19. Movimento Põe no Rótulo. 20. Movimento Roda Bebedubem. 21. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Simbolismo, Infância e Desenvolvimento – Nepsid. 22. Núcleo de Estudos Transdisciplinares de Psicopolítica e Consciência (NETCCON-ECO-UFRJ). 23. Núcleo Interdisciplinar de Prevenção de Doenças Crônicas na Infância da Pró-Reitoria de Extensão da UFRGS. 24. Quintal de Trocas. 25. Rede Nacional Primeira Infância. 26. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. 27. Projeto Brasil sem Violência na Mídia. 28. Blog Descobrincante. 29. Blog Depois que virei mãe. 30. Blog Viciados em Colo. 31. Blog Cartas para Helena. 32. Blog Futuro do Presente. 33. Blog Telejornais e Crianças no Brasil. 34. Blog Menos Telas, Mais Janelas. 35. Blog Ecomaternidade. 36. Blog Alimentação Consciente. 37. Blog Conversando sobre Adolescência. 38. Site Ecopedagogia. 39. Revistapontocom. 40. Canal Do Campo à Mesa. 41. Blog Guia para Mães Incríveis.” REBRINC. **Diretrizes da Rede**. Disponível em: <<http://rebrinc.com.br/quem-somos/diretrizes-da-rede/>>. Acesso em 23 jan. 2017.

Os resultados obtidos por esses movimentos, grupos, institutos foram muitos, ao longo de todos esses anos. Foram selecionados apenas alguns deles para ilustrar o trabalho, e serão apresentados no próximo subitem.

3.4.2 Alguns resultados obtidos pelo exercício da cidadania

É inegável que o assunto publicidade infantil vem ganhando cada vez mais espaço e discussão. Foram muitos tropeços e muitos avanços em prol da infância. É justamente essa atuação que se quer dar destaque, a atuação da sociedade, na participação “forte” e “fraterna” de cada cidadão, em prol de uma infância livre do consumismo. É importante ter em mente que o Estatuto da Criança e do Adolescente requer essa atuação:

Nesse sentido é imperioso que se impulse os grandes eixos norteadores da Lei n. 8.069/1990: o da descentralização – deve resultar numa melhor divisão de tarefas, de empenhos, entre a União, os Estados e Municípios, no cumprimento dos direitos sociais. No que tange a participação, esta importa na atuação sempre progressiva e constante da sociedade em todos os campos de ação. Portanto é necessária a construção de uma cidadania organizada, isto é, a própria sociedade a mobilizar-se. Eis aí o porquê do grande estímulo do Estatuto da Criança e do Adolescente dá às associações, ONGs, grêmios, enfim, todos os mecanismos caracterizadores de um movimento social, pautados na compreensão mais moderna de cidadania, qual seja, a efetiva participação de cada cidadão, têm lugar de destaque na edificação do Direito da Criança e do Adolescente, pois aí o ser sujeito se consolida, pois não se trata de ‘aguardar’ paternalisticamente a ação do Estado, antes constitui-se num processo de mão dupla: reivindicar e construir.⁶³⁷

Além da mudança na legislação realizada pelo CONAR, para maior proteção da criança frente à publicidade, já apresentada em item específico,

⁶³⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: Um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry. ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.34.

que deve ser considerada como resultado da participação da sociedade civil organizada, serão demonstrados a seguir algumas outras conquistas..

A Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 24/ 2010 da Anvisa, a Resolução nº 163/2014, Nota Técnica nº3/2016 do SENACON, apesar de ainda carecer de falta de efetividade, foi uma vitória dos movimentos sociais. Ainda os projetos de lei apresentados, em discussão na Câmara e no Senado, possibilitaram uma série de audiências públicas onde todos os setores envolvidos, com o tema publicidade infantil, tiveram voz e espaço para suas manifestações.

Também a recente decisão histórica do Superior Tribunal de Justiça, no caso da Bauducco “É hora do Shreck”, foi obtida pela participação ativa da sociedade. A decisão é ícone pois pela primeira vez o assunto da publicidade infantil chegou nas instâncias superiores, e servirá como parâmetro para futuras decisões que se encontram em andamento.

No ano de 2013, a Coca-Cola firmou compromisso global para o combate à obesidade, de não mais dirigir publicidade ao público infantil. Após notificação do Instituto Alana à Coca-Cola questionando a publicidade do Natal de 2015, “Uma ponte para Noel”⁶³⁸, onde a empresa claramente direcionou para o público infantil, a mesma assumiu compromisso de não mais colocar a criança como protagonista em suas publicidades.⁶³⁹

Em decisão histórica em março de 2016, os integrantes da Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e de Bebidas Não Alcolólicas – ABIR, que reúne marcas como Coca-Cola, Pepsi e Ambev, decidiram suspender a publicidade e promoções destinadas à criança, de produtos como refrigerante e sucos artificiais. As indústrias sentiram o peso das ações das organizações não governamentais, dos movimentos sociais, das famílias.⁶⁴⁰

No início de 2017, entra em vigor no Brasil, um acordo das empresas Coca-Cola, Ferrero, General Mills, Grupo Bimbo, Kellogg’s, Mars, McDonald’s, Mondelez, Nestlé, PepsiCo., e Unilever de não mais fazer publicidade infantil. A empresa Mars e Coca-Cola já haviam assumido esse

⁶³⁸ YOUTUBE. **Vídeo Removido.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0DEfCsW2_xk> acesso em: 23 jan. 2017.

⁶³⁹ INSTITUTO Alana. **Site criança e consumo.** Coca-cola indústrias campanha de natal 2015 (maio/2016). Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/acoes/coca-cola-industrias-ltda-campanha-de-natal-2015/>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

⁶⁴⁰ G1. G1 São Paulo. **Fabricantes de refrigerantes vão parar de fazer publicidade para crianças.** 02 mar. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2016/03/fabricantes-de-refrigerantes-vaio-parar-de-fazer-publicidade-para-criancas.html>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

compromisso. Essas empresas só anunciarão produtos às crianças, se esses atenderem certos critérios nutricionais, que são estabelecidos pelo grupo.⁶⁴¹

Quanto à publicidade nas escolas, após notificação enviada pelo Instituto Alana à empresa BRF – Brasil Foods S.A (Sadia), questionando a ação “Saber Alimenta”, em outubro de 2016 a empresa justificou que a intenção era de apenas auxiliar na educação alimentar. Em Novembro a empresa reuniu-se com o instituto que reafirmara que práticas como essas são abusivas. A empresa reconheceu o equívoco de lançar simultaneamente a linha de produtos do chef Jamie Oliver com a ação educativa.⁶⁴² O IDEC e a Aliança de Promoção da Saúde, também questionaram a ação, inclusive enviando carta a Jamie Oliver, chef inglês criticando sua parceria com a Sadia.⁶⁴³

Ainda em relação à publicidade nas escolas, a Defensoria de São Paulo entrou com uma Ação Civil Pública contra o McDonald’s por promover nas escolas o “Show do Ronald McDonald’s”, com a justificativa de projeto educacional, a empresa deixava crianças expostas à ação de merchandising. A defensoria, além de pedir a suspensão do programa e requer indenização de R\$ 1,8 milhões por dano moral coletivo. O Ministério Público de São Paulo, em 2015, já havia recomendado que as escolas deixassem de receber o programa.⁶⁴⁴

O caso dos *youtubers* mirins também está sendo acompanhado de perto pelo Instituto Alana, em março de 2016 foi enviado ao Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro denúncia de quinze empresas que enviaram aos *youtubers* mirins produtos para serem divulgados pelos canais. As empresas denunciadas são: Bic, Biotropic, C&A, Cartoon Network, Foroni, Kidzania, Long Jump, Mattel, McDonald’s, Pampili, Puket, Ri Happy, SBT, Sestini e Tilibra. O Ministério Público instaurou um procedimento preparatório nº

⁶⁴¹ INSTITUTO Alana. **Site criança e consumo**. 11 empresas anunciam novas diretrizes para publicidade infantil .Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/11-empresas-anunciam-novas-diretrizes-para-publicidade-infantil/>> Acesso em: 23 jan. 2017.

⁶⁴² INSTITUTO Alana. **Site criança e consumo**. Criança e Consumo se reúne com Sadia para discutir publicidade nas escolas. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/crianca-e-consumo-se-reune-com-sadia-para-discutir-publicidade-nas-escolas/>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

⁶⁴³ INSTITUTO Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. **Site IDEC**. Em carta, Idec critica parceria entre chef Jamie Oliver e Sadia. 17 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/o-idec/sala-de-imprensa/release/em-carta-idec-critica-parceria-entre-chef-jamie-oliver-e-sadia>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

⁶⁴⁴ CONSULTOR Jurídico. **Site CONJUR**. Defensoria de SP processa McDonald’s por causa de atividades em escolas; 3 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-03/defensoria-sp-processa-mcdonalds-atividades-escolas>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

1.30.001.001561/ 2016-05, enviando ofício para todas as empresas comunicando que o objetivo do procedimento era apurar eventual abusividade de publicidade e comunicação mercadológica infantil realizada pelos canais de *youtubers* mirins. A maioria das empresas respondeu ao ofício, as respostas foram as mais variadas, algumas dizendo que enviam os produtos sem qualquer contato, enviam somente para adultos, outras negando o envio, outras ainda dizendo que firmaram contrato com a mãe, mas todas alegaram que não utilizam os canais para publicidade de seus produtos.⁶⁴⁵

O caminho não é fácil, mas o pior já está feito. Ele foi aberto, agora não tem volta. O cidadão, a sociedade não podem se contentar em ser o protagonista da história. Talvez o maior desafio seja a participação da população marginalizada, carente de educação, carente de cidadania. Educar é a palavra chave, educar para a cidadania e não para o consumo.

⁶⁴⁵ INSTITUTO Alana. *Site criança e consumo*. Criança e Consumo denuncia 15 empresas por direcionar publicidade às crianças no YouTube. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/crianca-e-consumo-denuncia-15-empresas-por-direcionar-publicidade-as-criancas-no-youtube/>>. Acesso em: 23 jan. 2017

4. CONCLUSÃO

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança possui natureza coercitiva e determina um agir do Estado e trouxe para o universo jurídico a Doutrina da Proteção Integral. Assim ela traduz-se como um poderoso instrumento que requer um reordenamento das instituições ligadas as crianças e adolescentes

Assim, a história do reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes foi construída ao longo de muita luta e inevitável sofrimento. No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece doutrinariamente os princípios da Convenção, assegurando proteção integral à criança e ao adolescente. A Constituição de 1988, em seu artigo 227, é que surge a preocupação com o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, com a determinação da “prioridade absoluta”, e deixa claro que à efetivação dos direitos destinados a criança e ao adolescente, que passam ter status de sujeitos de direito, de sujeito-cidadão, é dever da família, da sociedade e do Estado. Está-se frente ao trinômio da responsabilidade, ou melhor da co-responsabilidade.

O Direito da Criança e do Adolescente deve ser visto como um direito autônomo, que contém normas e princípios que regem a Doutrina da Proteção Integral, disposta na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1999. A doutrina eleva a criança a sujeito de direito, mas destaca a peculiaridade das mesmas como pessoas em desenvolvimento e por isso gozam de prioridade absoluta. A Doutrina da Proteção Integral é um modelo capaz de proteger os direitos fundamentais de todas as crianças, inclusive quando essas são alvos de publicidade abusiva, no entanto essa efetividade precisa de ações que devem ser coordenadas e compartilhadas.

A sociedade de consumo só foi possível com a publicidade e o advento dos meios de comunicação de massa. Além de satisfazer o consumo diário, o consumismo na atual sociedade pretende satisfazer valores, impõe signos, e transforma o indivíduo em mercadoria. A única maneira de existir na sociedade de consumo é tornar-se consumidor, tarefa árdua e desgastante. O consumismo, diante do argumento de satisfazer necessidades, do encontro com a felicidade, da satisfação individual, vira compulsão, vira vício, vira o símbolo da sociedade. Para o mercado o consumidor jamais pode ser satisfeito, por isso, quando as necessidades são satisfeitas rapidamente perdem a atração. A busca pela felicidade através do consumo é sempre frustrante, pois sempre há algo novo para consumir.

A publicidade passa a fazer parte do cotidiano das pessoas, e a partir de 1980, a publicidade ganha um novo alvo, um novo mercado, o da criança, que além de produtos exclusivos para elas, influencia nas compras dos adultos. Quanto o alvo é a criança, as consequências ainda são piores, além da insatisfação, do vazio do consumo, do estresse e desgaste familiar à publicidade gera ainda outros impactos negativos, como a erotização precoce, a violência, transtornos alimentares e a obesidade.

Como consumidora, a criança possui o que os autores chamam de vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade, e assim requerem uma proteção ainda maior, já que possui deficiência de julgamento. Ainda a autorregulamentação repete e reforça princípios e práticas consideradas abusivas das leis estatais, que servem de fonte subsidiária. As estratégias de marketing utilizadas, como a publicidade infantil, claramente afrontam os dispositivos de lei. O uso de personagens, de imperativos de consumo, de comparações, de brindes e brinquedos, e tantas outras estratégias, claramente se demonstram abusivos e se beneficiam da deficiência que a criança possui.

E aqui se encontra a principal questão a ser respondida por esse estudo, saber se controle de publicidade no Brasil, hoje denominado um sistema misto, composto pelo controle estatal e o autorregulamentar, são suficientes para efetivar a proteção integral da criança exposta a publicidade.

A hipótese levantada foi de que o controle da publicidade exercido no Brasil não regulamentam de forma suficiente e adequada a publicidade infantil, porque desrespeitam a qualidade de peculiar da criança de pessoa em desenvolvimento e a proteção integral, deixando-a ainda mais vulnerável.

No entanto, essa hipótese não se demonstrou adequada, visto que existe uma série de normas no ordenamento jurídico que fazem referência à criança e a publicidade, também a autorregulamentação trata sobre a matéria em seu código. Existem ainda as regulamentações do CONANDA e da ANVISA, que tentaram regulamentar a matéria sem obter efetividade. O problema aqui não é a falta de normas e sim a falta de efetividade das mesmas.

E mais, quando a questão é saber se a publicidade infantil é abusiva ou não, o primeiro olhar deveria ser direcionado para a Doutrina da Proteção Integral, e como subsídio para o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro da Autorregulamentação Publicitária. Mas o que acontece é exatamente o inverso, os julgados, tanto no âmbito estatal (judiciário e administrativo), quanto no âmbito autorregulamentar, destacam a consumidora criança e não a criança consumidora, e isso faz

toda diferença. Os julgados não levam em conta os principais fundamentos da Doutrina da Proteção Integral, e sim da deficiência do julgamento que como consumidora a criança possui. E onde fica a prioridade absoluta, o melhor interesse, a proteção integral que ela goza enquanto criança, antes mesmo de tornar-se consumidora?

É esse olhar que se precisa ter quando se está diante de um dilema como o da publicidade infantil, deve-se primeiro olhar para criança, e todas as garantias e direitos que ela possui. Aqui o critério da especialidade deveria ser pela especialidade de ser criança e não consumidora, se existe alguma antinomia, essa precisa ser resolvida com os olhos direcionados para a Doutrina da Proteção Integral.

As normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Constituição Federal, lidas conjuntamente com o artigo 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, não deixam dúvidas. Quando o assunto é publicidade infantil, pela leitura do ordenamento que está aí, só há uma conclusão, a publicidade infantil é proibida porque sempre será abusiva, sempre se aproveitará da deficiência de julgamento, não há meio termo.

A criança não tem a capacidade de entender o caráter persuasivo da publicidade, estudos comprovam, que a criança não consegue identificar e criticar os apelos publicitários. Os pais, nem mesmo os mais informados, conseguirão livrar seus filhos da pressão do mercado, pior, muitas vezes são eles que mais reforçam o consumismo, diante da tamanha eficiência da publicidade e da “culpa” que carregam pela falta de presença, compensando esta falta com presentes. Os pais e responsáveis não tem chance alguma diante dos investimentos pesado da indústria com publicidade, realmente não é fácil vencer aos apelos publicitários e a teimosia das crianças, teimosia essa que foi alvo de estudos dos publicitários, para desenvolver publicidades ainda mais eficientes.

A publicidade está cada vez mais sofisticada, ela não apenas informa as qualidades dos produtos, ela cria signos, cria tendências, cria falsa necessidade. A publicidade é onipresente, está em todos os lugares, não só nos shoppings, na televisão, mas também na internet, e também está presente nas escolas. Crianças viram promotoras de vendas, como no caso dos youtubers mirins, verdadeiros ídolos, que são incentivados inclusive pelos pais.

Nenhum argumento a favor da publicidade infantil é suficiente, nem mesmo os argumentos da liberdade de expressão e da autonomia familiar. Argumentar que a publicidade é direito de informação e que esse direito detém garantias consubstanciadas na liberdade de expressão, ou que a cabe aos pais educar os filhos contra pressão consumista exercida pela publicidade na atual sociedade, não são argumentos consistentes. A

proteção da infância passa pela infância livre do consumismo, livre da pressão do mercado, livre da publicidade infantil.

No entanto, as indústrias e as agências de publicidade não entregam o jogo fácil, fazem enorme pressão, participam das audiências públicas, fazem lobby nos poderes executivo e legislativo. E na maioria das vezes conseguem resultados, tanto que o projeto de lei mais emblemático, o PL 591/2001 está a mais de 15 anos em tramitação e as regulamentações do CONANDA e da ANVISA não conseguiram efetividade.

Para piorar, no Brasil há um excesso de judicialização, tornando a justiça lenta e ineficaz, como visto, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, no caso “É hora do Shreck” foi histórica e importante, mas será que foi eficaz? Talvez tenha sido eficaz no sentido didático da decisão, de alertar que o tribunal superior entende que a publicidade de alimentos é abusiva, de criar um precedente. No entanto, a decisão ainda não foi assimilada pelo mercado publicitário e pelas indústrias de alimento, é só ligar a televisão ou acessar a internet, a publicidade infantil é cada vez mais voraz.

Diante dos estudos desenvolvidos nesta dissertação, fica claro também que a participação da sociedade, do cidadão, é sem dúvida a forma mais eficiente de combater a pressão do mercado e do setor regulado, quando se trata da publicidade infantil. Muitos foram os avanços, até mesmo com a indústria, comprometendo-se em não mais direcionar sua publicidade ao público infantil. Esses resultados foram obtidos por um só motivo, pressão da sociedade, pressão do cidadão que não se cala diante da afronta aos direitos das crianças. Esses são pontos a serem destacados pois são frutos do exercício da cidadania, que não deve ser esquecida, por quem defende o Direito da Criança.

Como visto o Paradigma da Proteção Integral exige três suportes, o primeiro já efetivado é a recepção da Doutrina da Proteção Integral tanto no ordenamento jurídico internacional; o segundo, também se encontra efetivado, o direito da criança possui caráter interdisciplinar e é objeto de análise e desenvolvimento científico; e o terceiro, talvez o que aqui se defende com mais veemência, é a atuação do cidadão, da sociedade, da família, em ações concretas na defesa do direito da criança. O direito regula a sociedade, mas deve ser um reflexo dela, e não do mercado.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA dois tons. Youtube. **Comercial redoxitos**. 33s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FMXW01WfmVM>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

AKATU. *Site Akatu*. Institucional. Disponível em: <<http://www.akatu.org.br/Institucional/OAkatu>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Alemã. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008

ALVES, Mónica Almeida. Marketing infantil: estudo sobre a influência da publicidade televisiva nas crianças. Universidade Coimbra: 2011. p. 14.
APUD McNeal, J. U. (1992): **Kids as Customers**—A Handbook of Marketing to Children. Lexington Books Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/112438901/Marketing-infantil-um-estudo-sobre-a-influencia-da-publicidade-televisa-nas-criancas>>. Acesso em 02 jan. 2017.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

ASSEMBLÉIA Geral Das Nações Unidas. Declaração nº 13105, de 10 de dezembro de 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Resolução 217 A III** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

ASSOCIAÇÃO Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão. **Nota Pública - Publicidade Infantil**. Disponível em: <<http://www.abert.org.br/web/index.php/notmenu/item/22580-nota-publica-publicidade-infantil>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista-SP: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/2**: Exigências, recursos e definições de fraternidade na política. Tradução Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista-SP: Cidade Nova, 2009.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Reimp. Lisboa, Portugal: Edições 70 LDA., 2011

BAUDUCCO. **Site Bauducco**. Nossa Tradição. Disponível em: <<http://bauducco.com.br/nossatradicao>>. Acesso em: 12 jan. 2017

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível no mundo de consumidores**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed.1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com CitaliRoviroso-Madrazo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al (org.). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamim, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BENJAMIN, Herman. **Voto do Min. Herman Benjamin no Recurso Especial**: 1.558.086. 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/Transcri%C3%A7%C3%A3o-do-Voto-do-Ministro-Herman-Benjamin-10.3.2016.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 10ª. Ed., 1999.

BRASIL, Lei 8.242 de 12 de Outubro de 1991. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 nov. 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. **Detalhes da Consulta Pública nº 71/2006 - Alimentos**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/propaganda/consulta_71_2006.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Resolução nº 24 de 15 de junho de 2010**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33864/284972/RDC24_10_Publicidade%2Bde%2Balimentos.pdf/c406d0df-e88b-407a-9c0f-30da652f4a44>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. **Avanços do Marco Legal da Primeira Infância**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/altosestudios/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 112/2015**. Autor: Deputado Alceu Moreira. Veda a comercialização de brinquedos acompanhados de lanches. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945501>> Acesso em: 19 jan. 2017

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3128/2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para tipificar a prática da venda casada como crime contra as relações de consumo. Autor: Deputado Daniel Vilella. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1786730>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1146/2011**. Autor: Deputado Edson Silva. Proíbe a venda casada de produtos alimentícios com brinquedos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=499412>>. Acesso em: 18 jan. 2017

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1480/2003**. Autor: Deputado Lincoln Portela. Obriga a divulgação de advertência sobre obesidade em embalagens de produtos altamente calóricos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=124654>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1637/2007**. Autor: Deputado Carlos Bezerra. Dispõe sobre oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas, cujo objeto seja a divulgação e a promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360369>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1745/2011**. Autor: Roberto Santiago. Dispõe sobre a vedação na comercialização de alimentos e produtos em geral destinados ao consumo e uso por crianças, a oferta de brinquedos, brinde ou prêmio a título de bonificação. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=510891>>. Acesso em 18 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3046/1997**. Autor: Gilney Viana. Dispõe sobre regulamentação de anúncios publicitários em horários de programação infanto-juvenil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19019>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4815/2009 - íntegra**. Autor: Deputado Dr. Nechar. Veda a comercialização de brinquedos acompanhados de lanches. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=916114&filename=Tramitacao-PL+4815/2009>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4815/2009 – íntegra apensamento**. Autor: Deputado Dr. Nechar. Veda a comercialização de brinquedos acompanhados de lanches. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1286477&filename=Tramitacao-PL+4815/2009>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4815/2009**. Autor: Deputado Dr. Nechar. Veda a comercialização de brinquetes acompanhados de lanches. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=426002>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4888/2009**. Autor: Jorge Tadeu Mudalen. Dispõe sobre a proibição de venda casada de produtos alimentícios destinados ao público infante-juvenil em todo território nacional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427313>>. Acesso em 18 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4935/2009**. Autor: Capitão Assunção. Dispõe sobre a proibição da entrega de bonificação, brinde, brinquedo ou prêmio condicionado à aquisição de alimentos e bebidas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427943>>. Acesso em 18 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5608/2013**. Rogério Carvalho. Regulamenta a publicidade infantil de alimentos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=577703>>. Acesso em: 18. jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5921/2001**. Autor: Deputado Luiz Carlos Hauly. Acrescenta parágrafo ao art. 37, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que "dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências". Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6111/2013**. Autor: Deputado José Stedille. Estabelece como prática abusiva oferecer brinde, brinquedo, bonificação ou prêmio associado à aquisição de alimentos e bebidas para o público infantil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=587520>> Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 702/2011 - íntegra.**

Autor: Deputado Marcelo Matos. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, restringindo a veiculação de propaganda de produtos infantis.

Disponível em: <

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1379930&filename=PRL+2+CDEICS+%3D%3E+PL+702/2011>. Acesso em 19 jan. 2017.¹

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 702/2011.** Autor:

Deputado Marcelo Matos. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, restringindo a veiculação de propaganda de produtos infantis. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494596>>. Acesso em: 18 jan. 2017

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. **Resolução 163.** Disponível em: <

http://www.sinaprosp.org.br/visualizar_noticia.php?id_noticia=1678>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

BRASIL. Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, 21 mar. 1997. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de Novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União.** Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 9294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Notas Técnicas**. Disponível em: <www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/notas-tecnicas>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução CNS nº 408, de 11 de dezembro de 2008. Aprova diretrizes para a promoção da alimentação saudável com impacto na reversão da epidemia de obesidade e prevenção das doenças crônicas não transmissíveis. **Diário Oficial da União**. Brasília, 9 mar. 2009. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2010/img/211_ro/Reso408.pdf>. Acesso em: 20. out. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei não-numerado de 2012**. Autor: Senador Vital do Rêgo. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para disciplinar a publicidade dirigida a crianças e adolescentes. Disponível em:

<<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/115100.pdf>>.
Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 144 de 2012**. Autor: Senador Eduardo Amorim. Altera o Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, para vedar a promoção e a comercialização de refeição rápida acompanhada de brinde, brinquedo, objeto de apelo infantil ou bonificação. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105469>> Acesso em: 20 jan. 2017

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 360 de 2012**. Autor: Senador Vital do Rêgo. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para disciplinar a publicidade dirigida a crianças e adolescentes. Disponível em:
<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/107791>>
Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 493 de 2013**. Autor: Senador Eduardo Amorim. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para regulamentar a emissão de conteúdos voltados ao público infanto-juvenil e proibir a publicidade direcionada a crianças no horário diurno. Disponível em: <
<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115488>>
Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 50 de 2014**. Autor: Senador Wellington Dias. Altera os art. 1º e insere dispositivos sobre a Primeira Infância na Lei nº 8.069, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116231>>
Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Site do STF**. Consulta processual. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipo_PesquisaGenerica&num_registro=201500615780>.
Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Site do STF**. Notícias STF. Inconstitucional sanção a emissora por programa fora do horário indicativo, decide STF. 31 ago. 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324287>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRITO, Igor Rodrigues. **Nota Técnica nº 3/2016/CGEMM/DPDC/SENACON**, 2016. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nt-003-2016.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. Liberdade de expressão no contexto neoconstitucionalista e garantismo: uma reflexão crítica. In PASOLD, Cesar (Org). **Reflexões sobre teoria da constituição do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

CANDIDEONLINE. Youtube. **Gift'ems** - Candide Brinquedos. 30s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H6T_-bJr_fU> Acesso em: 22 jan. 2017

CHOCOLATE Bis. Youtube. **Bis**: Susto – Feito para dividir. 30s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=NdFWZw2cgGw>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

CONSELHO Federal de Nutricionistas. **Resolução nº 390/2006**. Regulamenta a prescrição dietética de suplementos nutricionais pelo nutricionista e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cfn.org.br/novosite/pdf/res/2006/res390.pdf>>. Acesso em 22 jan. 2017

CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. **Site CONAR**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>> Acesso em 12 jan. 2017

CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. **Site CONAR**. Cidadãos responsáveis e consumidores conscientes dependem de informação (e não da falta dela). Disponível em: <<http://www.conar.org.br/conar-criancas-e-adolescentes.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. **Site CONAR**. Cidadãos responsáveis e consumidores conscientes dependem de informação. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/pdf/conar-criancas.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária. - CONAR. **Site CONAR**. Publicidade e Criança: Comparativo Global da Legislação e da Autorregulamentação. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/wp.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

CONSULTOR Jurídico. **Site CONJUR**. Defensoria de SP processa McDonald's por causa de atividades em escolas; 3 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-03/defensoria-sp-processa-mcdonalds-atividades-escolas>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multimídia, 2009.

DATAFOLHA. **Opiniões sobre a propaganda infantil**, mai. 2011. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/285218079/Pesquisa-Datafolha-2011-Opinioes-sobre-a-propaganda-infantil>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

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

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Por uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EP151B. Youtube. **Promoção Bauducco Gulosos "É hora de Shrek"**. 30s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pROsWr3avg8>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

FANTA. Youtube. **Fanta** – Leva na Boa. 30s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BvwNb9oefLo>>. Acesso em: 22 jan. 2017

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação** : teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FARMÁCIA Rede do Povo. Youtube. **Colgate Máxima Proteção Anticárie** + Neutraçúcar. 30s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=nLU22gh8oX0>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al (org.). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I.

G1. G1 Paraíba. **Peça publicitária na PB usa foto de menino sírio morto e causa polêmica**. 14 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2015/10/peca-publicitaria-na-pb-usa-foto-de-menino-sirio-morto-e-causa-polemica.html>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

G1. G1 São Paulo. **Fabricantes de refrigerantes vão parar de fazer publicidade para crianças**. 02 mar. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/midia-e->

marketing/noticia/2016/03/fabricantes-de-refrigerantes-vaoparar-de-fazer-publicidade-para-criancas.html>. Acesso em: 23 jan. 2017.

HARVEY, David. **O Neoliberalismo: histórias e implicações**. São Paulo: Edições Loyola. 2008.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. O vazio da cidadania de consumo. In: FERRARI, Ana Cláudia (Coord.); BARROS FILHO, Clóvis de (Org.). **Direito & cidadania**. São Paulo: Duetto Editorial, 2011. (Coleção Ética: pensar a vida e viver o pensamento;4).

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2012.

HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Publicidade dirigida a crianças: ambiente jurídico-regulatório. In: HENRIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet. **Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBOPE. **Mercado de brinquedos movimentado cerca de R\$6 bilhões em 2012**. 11 out. 2012. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/113778542/Mercado-de-brinquedos-movimentado-cerca-de-R-6-bilhoes-em-2012>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ILANUD. **Consumo, Violência e Juventude**, 2010. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_sumário_executivo_ilanud_2010.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

INSTITUTO Alana. **Caderno Legislativo**. Publicidade infantil: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. São Paulo: Instituto Alana, 2016.

Instituto Alana. **Caderno Legislativo**. **Publicidade infantil**: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Instituto Alana: São Paulo, 2016.

INSTITUTO Alana. **Programas**. Disponível em: <<http://alana.org.br/#programas>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

INSTITUTO Alana. **Site criança e consumo** Pandurata Alimentos Ltda. (Bauducco) – Promoção Gulosos Shrek (julho/2007). Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/acoes/pandurata-alimentos-bauducco-promocao-gulosos-shrek/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

INSTITUTO Alana. **Site criança e consumo**. 11 empresas anunciam novas diretrizes para publicidade infantil. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/11-empresas-anunciam-novas-diretrizes-para-publicidade-infantil/>> Acesso em: 23 jan. 2017.

INSTITUTO Alana. **Site criança e consumo**. Coca-cola indústrias campanha de natal 2015 (maio/2016). Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/acoes/coca-cola-industrias-ltda-campanha-de-natal-2015/>>. Acesso em: 23 jan. 2017

INSTITUTO Alana. **Site criança e consumo**. Criança e Consumo denuncia 15 empresas por direcionar publicidade às crianças no YouTube. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/crianca-e-consumo-denuncia-15-empresas-por-direcionar-publicidade-as-criancas-no-youtube/>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

INSTITUTO Alana. **Site criança e consumo**. Criança e Consumo se reúne com Sadia para discutir publicidade nas escolas. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/crianca-e-consumo-se-reune-com-sadia-para-discutir-publicidade-nas-escolas/>>. Acesso em: 23 jan. 2017

INSTITUTO Alana. **Site criança e consumo**. Decisão Liminar nos autos nº 053.10.000782-4 da 6ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes da Comarca de São Paulo. Juíza Cynthia Thomé. 12 jan. 2010. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/BauduccoGulosos_Senten%C3%A7aLiminar.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017

INSTITUTO Alana. **Site criança e consumo**. O projeto. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/o-projeto/>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

INSTITUTO ALANA. **Sobre nós**. Disponível em: <<http://alana.org.br>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

INSTITUTO Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. **Site IDEC**. Em carta, Idec critica parceria entre chef Jamie Oliver e Sadia. 17 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/o-idec/sala-de-imprensa/release/em-carta-idec-critica-parceria-entre-chef-jamie-oliver-e-sadia>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

INSTITUTO Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. **Site IDEC**. O que é. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/o-idec/o-que-e>> Acesso em: 23 jan. 2017.

INTERSCIENCE. **Como atrair o consumidor infantil, atender as expectativas dos pais e ainda, ampliar as vendas**. Disponível em: <<http://www.interscience.com.br/site2006/download/estudosInstitucionais/influenciaCrianças.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2013.

JUNIOR, João Lopes Guimarães. O Estado de bem-estar social e a regulamentação da publicidade infantil. In. FONTENELLE, Lais (Org.). **Criança e consumo: 10 anos de transformação**. Instituto Alana: São Paulo: 2016.

LA TAILLE, Yves de. **Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança: A Publicidade dirigida ao público infantil – Considerações Psicológicas**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2008.

LESSA, João Marcos Gomes. A regulação da publicidade dirigida a crianças e adolescentes. In: Projeto Criança e Consumo. Instituto Alana (Org.). **Infância e Consumo**, estudos no campo da comunicação. Brasília: Instituto Alana, 2011.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese. Publicidade e consumo precoce: é possível garantir proteção à criança e ao adolescente pela via da autorregulamentação publicitária no Brasil? In. VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: fundamento para uma abordagem principiológica.** Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

LIMEIRA, Tania M. Vidigal. **Comportamento do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2008.

LINN, Susan. **Crianças do Consumo: a infância roubada.** São Paulo: Instituto Alana, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

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

MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o nome regime das relações contratuais.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentário ao código de defesa do consumidor.** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo & propedêutica do controle.** Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINS, Ana Paula Bortello (Org.). **Publicidade de alimentos não saudáveis: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil.** Série Alimentos – Volume 2. São Paulo: Idec, 2014.

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma lógica a ascensão dos precedentes no direito brasileiro,** 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

MEYER-PLFUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIGALHAS. **Julgamento histórico**: STJ proíbe publicidade dirigida às crianças. Migalhas, 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235576,101048-Julgamento+historico+STJ+proibe+publicidade+dirigida+as+criancas>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Instituto Alana: São Paulo, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito Consumidor**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. LIMA, Clarissa Costa de. **Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento sobre as relações familiares**. Revista de Direito do Consumidor. Ano 23, V,1, Jan/Fev, 2014.

MOVIMENTO infância Livre de Consumismo – MILC. **Site Milc**. O Milc. Disponível em: <<http://milc.net.br/o-milc/>> Acesso em: 23 jan. 2017.

MUITO além do peso. **Site**. Disponível em: <<http://www.muitoalemdopeso.com.br/>> Acesso em: 20 out. 2016.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada no seu uso no Brasil. In. DIDIER, Fredie (Coord.). MACEDO, Lucas Buril de Macêdo; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v.2: procedimento comum. Salvador: Juspodivim, 2016.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

O GLOBO. **Senacon e Unesco lançam balanço social de políticas de defesa do consumidor.** Disponível em:

<<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/senacon-unesco-lancam-balanco-social-de-politicas-de-defesa-do-consumidor-19161843>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

OBESIDADE Infantil Não. Youtube. **Amil** - Resista! #EuDigoNão para a obesidade infantil. 30s. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=6qAUFToVPEI>, acesso em 22 jan. 2017.

OMOBRASIL. Youtube. **OMO** – Libertem as Crianças – Dublado. 2min38s. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=zmprzaI_LdU>. Acesso em: 22 jan. 2017.

PASQUALOTTO, Adalberto. AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto Azambuja. **A comédia da publicidade:** entre a sátira e o politicamente correta. In: Revista de Direito do Consumidor, ano 23, vol. 96, 2014.

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

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

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

PROGRAMA de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo – PROCON SP. **Site PROCON SP.** Consulta Auto de Infração Lavrado e Emissão de Boleto. Disponível em:

<<http://sistemas.procon.sp.gov.br/gedoc/>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

Projeto Criança e Consumo. **Por que a publicidade faz mal para as crianças.** Instituto Alana. 2. ed. 2009.

RAMIDOFF, Mario Luiz. **Direito da criança e do adolescente:** teoria jurídica da proteção integral. Curitiba: Vicentina, 2008.p. 248

REBRINC. **Diretrizes da Rede**. Disponível em: <<http://rebrinc.com.br/quem-somos/diretrizes-da-rede/>>. Acesso em 23 jan. 2017.

REZ, Rafael. Branded Content. In: **Marketing de Conteúdo**. Branded Disponível em: <www.marketingdeconteudo.com.br/marketing-de-conteudo/branded-content/> Acesso em 21 jan. 2017.

ROPELATO, Daniela. Notas sobre participação e fraternidade. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista-SP: Cidade Nova, 2008.

SAMPAIO, Inês Silvia Vitorino; CAVALCANTE, Andrea Pinheiro Paiva. (Coord). **Publicidade Infantil em tempos de convergência**: relatório final. Universidade Federal do Ceará; Instituto de Cultura e Arte; Grupo de Pesquisa da Relação da Infância, Juventude e Mídia (GRIM): Brasil, 2016. Disponível em:<<https://pt.scribd.com/document/311527328/Publicidade-infantil-em-tempos-de-convergencia>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente**: Da vara de menores à vara da infância e juventude. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 77

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. Biblioteca do direito do consumidor, v. 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

SAYÃO, Rosely. **As crianças querem presentes, mas também estar com a família reunida**. Folha, 20 dez. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/roselysayao/2016/12/1842959-as-criancas-querem-presentes-mas-tambem-estar-com-a-familia-reunida.shtml>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

SERASA Experian. **Breve histórico**. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/quem-somos/institucional/historico/>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

SILVA, Daniela Freitas da. **Publicidade Infantil**: Limites e proibições à luz dos direitos da criança. In: Projeto Criança e Consumo. Instituto Alana (Org.). Infância e Consumo, estudos no campo da comunicação. Brasília: Instituto Alana, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil**. Instituto Alana. São Paulo, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas**: do consumismo à compulsão por compras. São Paulo: Globo, 2014.

SOCIEDADE Brasileira de Pediatria. **Nota pública**. Sociedade brasileira de pediatria critica decisão do STF de acabar com a classificação indicativa na TV. 5 set. 2016. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=201523&tp=1>, acesso em 20 jan. 2017.

SOMOS todos responsáveis. **Site**. Disponível em: <http://www.somostodosresponsaveis.com.br/> Acesso em: 22 jan. 2017.

SOUZA, Ismael Francisco. **O Reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho (PETI)**: Estratégias para a concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil. 2016. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) - Direitos Sociais e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul.

¹SPC Brasil. **Consumo Infantil**. set. 2015. Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/analise_consumo_infantil_setembro_20151.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

SPERANZA, Henrique de Campo Gurgel. Publicidade Enganosa e Abusiva. In: **Revista Síntese Direito Civil**. Nota: Continuação de Revista IOB Direito Civil e Processual Civil. v.12, n. 83, mai/ jun. 2013, p. 34-62.

STRECK, Lenio Luiz. **Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes II**. Coluna Senso Incomum. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso->

incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>. Acesso em: 10 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Coluna Senso Incomum. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção da inocência?** Coluna Senso Incomum. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 10 jan 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?** Coluna Senso Incomum. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma tese política à procura de uma teoria do direito:** precedentes III. Coluna Senso Incomum. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUSTAGEN Brasil. Youtube. **Sustagen, seu aliado para uma nutrição + completa.** 30s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xZ-bSeru5Xc>> Acesso em: 22 jan. 2017

SUZANA STAINR PIRES, Nara; BRAGA PIRES CAVICHIOLI, Rossana. Cidadania e educação conscientes. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S.l.], v. 4, n. 1, abr. 2009. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7027/4245>>. Acesso em: 19 jan. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/198136947027>. p. 2-12

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. **Delitos publicitários**. Curitiba: Juruá, 2007.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. UNICEF BRASIL. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

VELOSO, Andres Rodriguez, HILDEBRAND, Diogo, CAMPOMAR, Marcos Cortez. **Marketing e o mercado infantil**. São Paulo: Cenange Learning, 2012.

VELOSO, Andres Rodriguez; HILDEBRAND, Diogo; CAMPOMAR, Marcos Cortez. **Marketing e o mercado infantil**. São Paulo: Cenange Learning, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: Um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry. ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo (Coord.). **Estatuto da Criança e Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Lei “Menino Bernardo”: por que o educar precisa de emprego da dor? In: VERONESE, Josiane Rose Petry. ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo (Coord.). **Estatuto da Criança e Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos das crianças e adolescentes**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da. O acesso à cultura, informação e entretenimento e as medidas de prevenção previstas no estatuto da criança e do adolescente. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 299-326, jan. 2009. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p299>>. Acesso em: 19 jan. 2017. doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2009v30n59p299>.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Cognição jurisdicional, vol. 2, 16 ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

YOUNG, Mary. Por que investir na primeira infância. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. **Avanços do Marco Legal da Primeira Infância**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/altosestudos/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

YOUTUBE. **Vídeo Removido**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0DEfCsW2_xk> acesso em: 23 jan. 2017.

**ANEXO A - PETIÇÃO INICIAL AÇÃO CIVIL PÚBLICA
BAUDUCCO**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Rua Riachuelo 115, sala 130 - Centro - São Paulo/SP - CEP 01007-904
Fone: 3119-9061 / Fax: 3119-9060

URGENTE 03

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ___ª VARA
CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade.
(Declaração Universal dos Direitos da Criança; Unicef, 1959)

LIS 200807111447 583.00.2008.169077-00

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por intermédio de seu Promotor de Justiça do Consumidor que no final assina, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição da República, nos arts. 81, parágrafo único, incs. I, II e III, e 82, inc. I, ambos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), no art. 5º *caput*, da Lei Federal 7.347/85, e no art. 25, inc. IV, letra "a", da Lei Federal 8.625/93, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**, a ser processada pelo rito ordinário, contra **PANDURATA ALIMENTOS LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 70.940.994/0001-01, estabelecida e domiciliada na Rua Cavadas nº 847, Guarulhos/SP, CEP 07044-000, em razão dos fundamentos de fato e de direito e com os pedidos a seguir deduzidos:



I.- DOS FATOS.

A ré é empresa privada que, como fornecedora, atua no mercado de consumo, no ramo de alimentos. Dentre outras, a ré detém a marca BAUDUCCO, com a qual produz e fornece alimentos no mercado de consumo.

Consoante se apurou nos autos do Inquérito Civil 14.161.805/07-3 — instaurado e instruído pela Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital e cujos autos instruem a presente petição — a ré lançou, com a marca BAUDUCCO, linha de produtos designada por "GULOSOS", composta por bolinhos, biscoitos e *wafers*.

Para promover a venda da linha "GULOSOS", a ré criou estratégia de *marketing* e publicidade que resultou no lançamento e promoção da campanha "É HORA DE SHREK", voltada para o público infantil, inclusive pela utilização da imagem do personagem "Shrek", conhecido das crianças e do público em geral por protagonizar filmes (animações) de grande sucesso. O mecanismo da campanha promocional, que vigorou de 12/06/2007 a 19/08/2007, pode ser assim resumido:

- Os produtos da linhas "GULOSOS" passaram a ostentar em suas embalagens imagens do "Shrek" e de outros personagens do filme "Shrek";
- O objetivo da promoção é o consumidor adquirir relógio de pulso com imagem do "Shrek" e de outros personagens do filme "Shrek" (a campanha incluía quatro modelos de tais relógios);



- Para tanto, o consumidor haveria juntar 5 (cinco) embalagens de produtos da linha "GULOSOS" e, nos pontos de "troca" indicados, entregá-los junto com R\$5,00 (cinco reais), para receber então um dos relógios da campanha promocional.

Durante o período da promoção — 12/06 a 19/08/2007 — a ré faturou R\$1.570.631,00 com a venda de produtos da linha "Gulosos"¹.

Conforme constou do próprio regulamento da promoção (então divulgado pela ré no seu sítio de Internet²):

"Para participar, basta juntar 05 (cinco) embalagens de produtos Bauducco, da linha Gulosos, efetuar o pagamento do valor de R\$5,00 (cinco reais) e realizar a troca por 01 (um) relógio promocional Bauducco, com o tema Shrek, especialmente desenvolvido para esta promoção"

(fls. 37/38, do inquérito civil)

Fez parte da campanha publicitária também a exibição, em televisão, de comercial audiovisual (gravado em disco CD, a fls. 49 do inquérito civil), no qual um garoto de tenra idade exhibe seu relógio do *Shrek* a outro mais velho, fazendo-o em tom de vantagem ("olha que demais!"), para na seqüência do diálogo acabar admitindo: "tá bom, vai, eu ainda não sei ver as horas". No final da propaganda,

¹ A informação foi prestada pela ré a fls. 432, do inquérito civil.

² Em www.promocaogulosos.com.br/regulamento.php; acesso em 27 de junho de 2008.



o narrador esclarece que "são quatro modelos" e anuncia apelo imperativo: "colecione!".

O próprio CONAR, de ofício, analisou a peça publicitária e, em decisão liminar, recomendou³ a sua sustação, com apoio nos arts. 1º, 3º, 6º, 37, 50, letra "c", e Anexo "H", do Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitária.⁴

Por reputar abusivas a campanha publicitária e a correlata prática comercial, o Ministério Público formulou nos autos do inquérito civil proposta para ajustamento extrajudicial de conduta, mas não se conseguiu chegar a termo de consenso com a ré, de sorte que necessário se apresentou o ajuizamento da presente ação.

II.- DO DIREITO.

O autor, como acima adiantou, reputa abusivas — e conseqüentemente ilegais — assim a publicidade como a prática comercial descritas no item anterior desta petição.

³ Como se sabe, porquanto é entidade privada, formada por profissionais da área de publicidade, o CONAR não tem poderes para compelir o anunciante a sustar a veiculação de peça publicitária, donde suas decisões limitarem-se à recomendação.

⁴ Em www.conar.org.br, seção Decisões e Casos, Resumo das Decisões, ano 2007, mês de Setembro; acesso em 27 de junho de 2008.

As condutas são antijurídicas porque contrariam o Direito pátrio, notadamente o quanto disposto nas seguintes normas positivas:

Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90):

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

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

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

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

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

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;

Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90):

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

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

II.1.- Da venda casada.

A prática da *venda casada* é expressamente proibida pelo art. 39, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC):

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

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (...)

Segundo RIZZATTO NUNES, a venda casada se dá quando “o fornecedor pretende obrigar o consumidor a adquirir um produto ou serviço apenas pelo fato de ele estar interessado em adquirir outro produto ou serviço.”⁵

A prática da ré caracteriza, sem dúvida, a venda casada, pois existe um único modo de os pequenos consumidores adquirirem os colecionáveis relógios do *Shrek*: a aquisição conjunta e compulsória de cinco produtos da linha *Gulosos*. Não existe a possibilidade de aquisição avulsa dos primeiros, separadamente, o que

⁵ *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva. 2005. p. 515.



os obriga a comprar o alimento sempre que desejarem obter um dos relógios.

Mesmo quando se trata de “brinde”, sem qualquer pagamento extra em dinheiro, é crucial que não se vislumbre o estímulo a um desejo autônomo de sua aquisição, de sorte a poder inequivocamente ser tomado por acessório em relação ao produto principal vendido pelo fornecedor anunciante.

A campanha publicitária em questão atrai toda a atenção do consumidor para o relógio do *Shrek*, de sorte a ser natural que tenha ele despertado um desejo específico de aquisição do relógio, independentemente dos “gulosos”. Mas só pode comprar o relógio se antes adquirir alguns pacotes do biscoito ou bolo. Vale dizer: a compra de pelo menos 5 pacotes de biscoito é **condição sine qua non** para a subsequente compra do relógio.

Aliás, é possível encontrar precedentes judiciais que reconhecem a venda casada em supostas “promoções” comerciais, v.g.:

Responsabilidade civil. Reconhecimento. Tendo a editora veiculado promoção que configura venda casada, consistente da assinatura de revista, com a disponibilização à assinante usufruir passagem aérea “para qualquer lugar do Brasil”, deve responder pelos danos causados à autora que não pôde realizar a viagem, por ter a companhia aérea eleita pela ré parado de operar.

(Apelação Cível nº 70009592916, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 25/05/2005).

No inquérito civil a ré argumentou que não é empresa dedicada à comercialização de relógios. Mas sua estratégia de *marketing* atuou agressivamente para despertar nos consumidores, declaradamente do segmento infantil, o interesse justamente pelo relógio — ou, para ser mais preciso, pelos relógios, já que o apelo publicitário é para que o pequeno consumidor “colecione”!

Esse artifício da campanha da ré fica tanto mais evidente quando se observam as embalagens dos produtos da linha *Gulosos* (fls. 46/48, do inquérito civil): o maior destaque é sempre para o personagem *Shrek* e para o relógio, ficando em segundo plano o biscoito ou o bolo. O mesmo se deu com a publicidade audiovisual (CD a fls. 49, do inquérito civil): destaque absoluto para o relógio, praticamente esquecido o biscoito.

Oportuno lembrar que, em caso semelhante, a empresa McDonald's Comércio de Alimentos Ltda. assumiu com o Ministério Público Federal o compromisso de comercializar os brinquedos oferecidos como “brindes” no denominado “McLanche Feliz” *de forma avulsa*, e não apenas condicionada à aquisição daquele produto. Isso se deu porque naquele caso ocorria o mesmo que ocorre aqui: a criança ficava atraída pelo brinquedo e acabava comprando o alimento porque era o único meio de obtê-lo. Caracterizada lá, como aqui, a venda casada.⁶

⁶ TAC assumido nos autos da Representação nº 1.34.001.003115/2005-25, datado de 02 de março de 2006; fls. 112/116, do inquérito civil que instrui esta petição inicial.



Trata-se, enfim, de evidente prática desleal e abusiva, que fere visceralmente a garantia estatuída no art. 39, I, do CDC.

II.2.- Da inexperiência e da deficiência de julgamento da criança - A criança como presa fácil.

A estratégia publicitária da ré manifestamente explora a inexperiência e a deficiência de julgamento das crianças, o que fere diretamente o disposto no art. 37 e seu § 2º, do CDC.

É notório que as crianças não possuem maturidade (psicológica, emocional e intelectual) bastante para entender o caráter publicitário do apelo. É isso, aliás, que parece inspirar campanhas publicitárias como as que aqui se questiona: com alegorias de sabido interesse infantil, a criança é seduzida à idéia de consumir determinados produtos.

E a reprovabilidade de tal sorte de expediente abusivo é diretamente proporcional à facilidade de seu sucesso de mercado: afinal, parece não ser muito difícil iludir um consumidor que, não raro, ainda acredita em "Papai Noel", "Coelhinho da Páscoa" e "Fada do dente"! Enganar esse indivíduo, mais que uma barbada, é mesmo uma covardia.

Na dicção de CARLOS ALBERTO BITTAR, publicidade é "a arte e técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar aos consumidores

determinados produtos ou serviços, despertando neles o desejo de adquiri-los ou deles dispor".⁷

A sedução do desejo do consumidor é, pois, imanente a toda publicidade. Mas se o consumidor destinatário da publicidade é a criança, a Lei estabelece limites estreitos para a sua licitude. Se todo consumidor é conceitualmente vulnerável na relação de consumo (CDC, art. 4º, inc. I), especialmente vulnerável é a criança, por ser indivíduo em "condição peculiar" (Lei 8.069/90, art. 6º), "em processo de desenvolvimento" (idem, art. 15).

Daí a norma específica do § 2º, do art. 37, do CDC, estatuir a proibição, por abusividade, de toda publicidade que "se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança".

Tão óbvia é a facilidade de seduzir o consumidor infantil, que agressivas estratégias de *marketing* chegam a extremos surpreendentes, como o caso em que Pepsi, Dr. Pepper e Seven-Up licenciaram nos EUA seus logotipos a um grande fabricante de mamadeiras, com o escopo de incutir nos bebês a afeição pelas marcas e lhes estimular o futuro consumo de refrigerantes.⁸

Estudos revelam que a grande eficiência das mensagens publicitárias dirigidas ao público infantil decorre da

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: RT, 1981. p.73.

⁸ MICHAEL F. JACOBSON cita um estudo que constatou que as crianças estão quatro vezes mais sujeitas a tomar refrigerantes quando essas mamadeiras são usadas [*Liquid Candy* http://www.cspinet.org/sodapop/liquid_candy.htm (maio 03)].

facilidade de sua persuasão, dado que as crianças são sobremaneira mais vulneráveis. Crianças menores de seis anos, por exemplo, têm inclusive dificuldade para distinguir a publicidade da programação regular da televisão.⁹ Para LEEIA RAO, *"a questão discutível é a forma como a mensagem é embalada para um público que nem entende a intenção da propaganda, nem é capaz de distinguir as desaprovações, falsos argumentos e representações enganosas na mensagem comercial."*¹⁰

É tamanha a fragilidade da criança, ante o bombardeio de mensagens publicitárias a que se submete no cotidiano, que os próprios profissionais da publicidade, por intermédio do CONAR, estabelecem normas de proteção especial no Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitária:

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

⁹ M K LEWIS AND A J HILL, *Food advertising on British children's television: a content analysis and experimental study with nine-year olds*, Division of Psychiatry and Behavioural Sciences, University of Leeds, UK, *International Journal of Obesity*, Março de 1998, Volume 22, número 3, p. p.207. No mesmo sentido, *Interactive Advertising and Children: Issues and Implications* (www.childrennow.org/assets/pdf/issues_media_jadbriief_2005.pdf)

¹⁰ *Advogados de uma nova sociedade de consumo. in A Criança e a mídia* CECÍLIA VON FEILITZEN E ULLA CARLSSON (orgs.) São Paulo: Cortez/Unesco, 2002, p. 113.



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

- a) procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;
- b) respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;
- c) dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

Quando a publicidade concerne a alimentos, o item 2, do Anexo H, do Código de Auto Regulamentação Publicitária, acrescenta:

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

No caso da publicidade da ré, chegou-se ao absurdo de direcionar o apelo para colecionar relógios a crianças que sequer sabem ver as horas!, como se evidenciou no comercial de televisão da campanha "É Hora de Shrek" (gravação a fls. 49, do inquérito civil).



II.3.- Dos valores.

A proteção à criança é, no Estado Democrático e de Direito, prioridade absoluta do Estado e da sociedade, como preceitua o art. 227, da Constituição da República.

As normas do Código de Defesa do Consumidor que visam resguardar a criança dos malefícios da publicidade perniciosa são, pois, corolário da proteção prioritária consagrada constitucionalmente.

Igual predicado têm as normas estatuídas pela Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente nos arts. 15 e 17. O primeiro (art. 15) proclama indelével o respeito à especial condição de pessoa *em processo de desenvolvimento*. O segundo (art. 17) faz explícito que o direito ao respeito compreende a preservação dos valores e da integridade moral.

Não se pode conceber que o consumismo cego, que se concebe como um fim em si mesmo e domina o comportamento humano, subtraindo-lhe qualquer traço de razoabilidade, possa ser adotado pacificamente como valor a ser ensinado às nossas crianças.

Como adverte SUSAN LINN, "*quando o assunto é falar sobre o impacto da mídia comercial e da publicidade sobre as crianças, contudo, temos de falar sobre valores*".¹¹

¹¹ LINN, Susan. *Crianças do Consumo: A Infância Roubada*. São Paulo: Instituto Alana, 2006, p. 221.



A proliferação e universalização dos meios de comunicação de massa aliou-se nas últimas décadas ao notável desenvolvimento das técnicas de *marketing*, de sorte que hoje todos estamos, inclusive as crianças, submetidos à publicidade durante praticamente todo o tempo em que estamos acordados. Fácil, em tais condições, apreender a influência que a publicidade pode exercer sobre o público infantil.

O esclarecimento de SUSAN LINN é novamente oportuno: esclarece a estudiosa que inócua pode ser nossa preocupação em verificar os valores das pessoas que cuidam de nossas crianças (p.ex.: babás, professores e médicos), se considerarmos que *"com a proliferação da mídia eletrônica, contudo, a vida de nossos filhos é profundamente moldada por pessoas que não os conhecem e têm de se justificar somente perante seus colegas de trabalho, chefes e clientes"*.¹²

A publicidade da ré, na campanha "É Hora de Shrek", a par disso, deve ser considerada no contexto social e econômico da sociedade brasileira, para a qual alguns avanços no passado recente ainda não tiveram o condão de extirpar a pobreza que assola a maior parte dos brasileiros.

Como aceitar sem espanto que, num país de população eminentemente pobre, se ensine a uma criança que ela deva desperdiçar seu dinheiro para comprar coisas que não lhe representam qualquer utilidade? É o caso do relógio do *Shrek* no pulso de um

¹² LINN, Susan. *Ob. cit.*, p. 224.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

garotinho que ainda não sabe ver as horas, qual mostrado no comercial televisivo da campanha da ré.

Se, para uma criança de tenra idade que não sabe as horas, ter um relógio já é de utilidade questionável, que se dirá então da publicidade que seduz essa mesma criança a ter vários relógios?! — “colecione!”, ordena a propaganda!

O valor transmitido a essa criança é claramente: “consoma coisas inúteis que você possa ostentar.” Ou, sob outra ótica: “não importa se a coisa é inútil, o importante é comprá-la, tê-la em abundância e exibi-la no meio social”.

A par de tudo isso, a campanha publicitária ainda transmite outro valor reprovável deveras: a ostentação material. É isso que faz o garotinho do comercial de televisão, ao gabar-se perante a outra criança simplesmente por ter um objeto de consumo. Valoriza-se não o mérito pessoal, o denodo, a generosidade, a honestidade, a cordialidade, a simpatia, a amizade. Longe disso, valoriza-se a riqueza material, como fator distintivo de superioridade entre os indivíduos.

Comprar muitos relógios do *Shrek*: bom para a ré; péssimo para a criança. Qual dos interesses devemos então preservar? A resposta está proclamada no art. 227 da Constituição da República, e desdobrada no art. 17 do ECA: a criança deve ser prioridade, e prioridade absoluta!



II.4.- Das obrigações da ré.

Não resta dúvida, de tal sorte, que a publicidade e a prática comercial promovidas pela ré são abusivas, por mais de uma razão:

- ✓ **Constituem a *venda casada* proibida pelo CDC;**
- ✓ **Se aproveitam na inexperiência e deficiência de julgamento da criança;**
- ✓ **Violam o direito da criança ao respeito aos valores e ao desenvolvimento moral.**

Como se cuida de ato ilícito (Código Civil, art. 186), que produz dano a uma imensa e indeterminável coletividade de pessoas, imperioso que o Ministério Público persiga e o Poder Judiciário determine a sua proscrição, com a necessária indenização à sociedade.

Com efeito, voltados os olhos para o futuro, necessário se mostra estabelecer sanção rigorosa para que a ré não reincida no ilícito. Vale dizer, a ré deve ser condenada a não mais promover a mesma sorte de ilícito, sob pena de multa substancial, bastante para representar real desestímulo à recidiva.

Os arts. 37 e 39, do CDC, encerram normas proibitivas — “é proibida” diz o primeiro; “é vedado ...”, exorta o segundo. Se a ré violou uma proibição legal, deve então ser efetivamente compelida a não mais fazê-lo.



O autor entende que a multa, para ter a efetividade requerida pela Lei (CDC, art. 6º, VI), deve ter o valor mínimo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), dada a notória magnitude econômica da ré, uma das principais empresas do ramo de alimentos a atuar no país, por meio de diversas marcas de renome, dentre as quais a "Bauducco".

No que concerne ao passado, há que se promover a necessária reparação. Todo ato ilícito gera direito a indenização, nos termos do art. 927 do Código Civil.

A publicidade ilícita produz obrigação de contrapropaganda (CDC, art. 56, XII e art. 60). Mas toda contrapropaganda pressupõe a capacidade de "desfazer o malefício da publicidade" ilícita (CDC, art. 60, § 1º).

Na espécie, não se vislumbra possível uma contrapropaganda que pudesse restituir a sociedade ao *status quo ante*, ou seja, apta a desfazer os perniciosos efeitos da publicidade abusiva, mormente à vista do tempo decorrido desde a sua veiculação.

A alternativa que resta, no que respeita aos danos já produzidos, é a obrigação de a ré indenizar os interesses difusos da sociedade, aviltados pelo seu ato ilícito.

É que os danos já produzidos aos consumidores não podem ser, nem de longe, efetivamente desfeitos, reparados em sua plenitude, por meio da contrapropaganda imposta pela Lei. Noutros termos, impossível a obtenção satisfatória do resultado prático



correspondente à tutela dos consumidores, dada a impossibilidade material de recuperação do estado anterior ao ato ilícito.

Em tais situações, o CDC prevê a possibilidade de conversão da obrigação de fazer em *perdas e danos*:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

A espécie é caso exemplar — no que respeita aos danos já consumados — de conversão da obrigação de fazer (contrapropaganda) em “perdas e danos”, em favor da coletividade de consumidores difusamente considerada.

O valor de tal *indenização*, à impossibilidade de delimitação material, deve ser arbitrado pelo Juízo, consideradas as finalidades da indenização, a magnitude do universo de lesados e a força econômica da ré.

Há lembrar aqui que a *indenização* decorrente da conversão prevista no art. 84, § 1º, do CDC, não cuida de promover uma reparação patrimonial mensurável. A se tratar de dano difuso, aliás,



impossível mesmo seria pensar em qualquer quantificação matemática relacionada ao patrimônio das vítimas.

Tal *indenização* na verdade constitui reparação de prejuízo presumido pelo legislador, que não pretendeu deixar sem resposta idônea as violações da ordem jurídica que não pudessem ser efetiva e suficientemente reparadas de modo específico. A *indenização* então deve ser de dimensão tal que figure, também ela, efetivo desestímulo à reincidência. Tal finalidade só poderá ser alcançada se representar ônus realmente sensível para o infrator: em termos práticos, não pode ser de monta irrisória se comparada à força econômica do infrator e ao universo de vítimas.

Por isso é que o autor pretende seja a *indenização* fixada em valor não inferior ao correspondente a 50% (cinquenta por cento) do faturamento com a venda dos produtos durante a vigência da promoção, corrigido tal valor desde a época da promoção (agosto de 2007) até a data da efetiva satisfação. Como informou a ré nos autos do inquérito civil (fls. 432), tal faturamento foi da ordem de R\$1.570.631,00 — o que resulta em indenização de no mínimo R\$785.315,50.

Tal indenização, longe de representar cifra expressiva, por certo não significará agravo substancial para ré, dado que seu faturamento global inclui inúmeros outros produtos, de inúmeras outras marcas. O valor pretendido pelo autor, bem por isso, mais está para módico do que para elevado.

O valor da indenização deverá, por fim, reverter para o Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual 6.536/89.

III.- DOS PEDIDOS.

III.1.- Dos pedidos principais.

Mercê de todo o exposto, o autor pleiteia a procedência desta ação civil pública, com o acolhimento dos seguintes pedidos:

III.1.A. **Condenação da ré à obrigação de não fazer consistente em não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de qualquer bem ou serviço à compra de algum de seus produtos;** sob pena de multa, no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), devidamente corrigido até a data do recolhimento, a ser feito em favor do Fundo Especial de Despesa de reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual 6.536/89;



- III.1.B. Condenação da ré à obrigação de não fazer consistente em não mais promover publicidade que, direta ou indiretamente, possa concorrer para a transmissão de valores inadequados a crianças, ou por qualquer modo explore sua inexperiência ou deficiência de julgamento; sob pena de multa, no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) por peça publicitária, devidamente corrigido até a data do recolhimento, a ser feito em favor do Fundo Especial de Despesa de reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual 6.536/89;**
- III.1.C. Condenação da ré a indenizar a sociedade pelos danos difusos produzidos por seu ato ilícito, na forma do art. 84, § 1º, da Lei 8.078/90, mediante recolhimento de indenização no valor de R\$785.315,50, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do faturamento obtido com a venda de produtos da linha "Gulosos", da marca Bauducco, durante a vigência da promoção "É Hora de Shrek"; o valor da indenização deverá ser corrigido monetariamente de agosto de 2007 até a data do efetivo recolhimento, a ser feito em favor do Fundo Especial de Despesa de reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual 6.536/89.**



III.2.- Dos pedidos acessórios.

O autor requer ainda:

- a) Seja determinada a citação e intimação postal da ré, nos endereços acima informados, a fim de que, com expressa advertência sobre os efeitos da revelia (CPC, art. 285) e no prazo de 15 (quinze) dias, apresente resposta, se lhe aprouver, aos pedidos ora deduzidos;
- b) Seja determinada a expedição e publicação no órgão oficial do edital de que trata o art. 94 da Lei 8.078/90, a fim de que eventuais interessados possam intervir como litisconsortes;
- c) A condenação da ré ao pagamento das custas processuais, devidamente atualizadas;
- d) A dispensa do autor ao pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, tendo em vista o disposto no art. 18 da Lei 7.347/85.
- e) Sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos com vista, na Promotoria de Justiça do Consumidor, sediada na Rua Riachuelo, 115, 1º andar, sala 130, Centro, São Paulo/SP, à vista do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil, e no art. 224, inc. XI, da Lei Complementar Estadual 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).



Protesta o autor por provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente pelas provas testemunhal, pericial e documental, bem assim por todos os demais meios que se apresentarem úteis à demonstração dos fatos aqui articulados, observado ainda o disposto no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no que toca à inversão do ônus da prova em favor da coletividade de consumidores substituída processualmente pelo autor.

Anota, outrossim, que a presente petição inicial vai instruída com os autos do Inquérito Civil 14.161.805/07-3, instaurado e instruído pela Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital.

Para efeito de alçada, à causa atribui o valor de R\$ R\$785.315,50.

De tudo pede deferimento.

São Paulo, 11 de julho de 2008

Paulo Sérgio Cornacchioni
6º Promotor de Justiça do Consumidor

ANEXO B – ACÓRDÃO BAUDUCCO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Câmara de Direito Privado

Registro: 2013.0000257478

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0342384-90.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTERIO PUBLICO, é apelado PANDURATA ALIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 8 de maio de 2013

RAMON MATEO JÚNIOR

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 7ª Câmara de Direito Privado

Voto nº 01927

Apelação nº 0342384-90.2009.8.26.0000

Apelante: Ministério Público

Apelada: Pandurata Alimentos Ltda

Comarca: São Paulo

Ação Civil Pública – Publicidade voltada ao público infantil – Venda casada caracterizada – Aquisição dos relógios condicionada à compra de 05 produtos da linha “Gulosos” – Campanha publicitária que infringe o artigo 37 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária – Utilização de verbos no imperativo inadequada – Proibição pelo Conar do uso dessa linguagem em publicidade voltada às crianças – Prática comum, que deve ser repudiada – Publicidade considerada abusiva, que se aproveita da ingenuidade das crianças – Sentença reformada – Apelo provido – Verbas sucumbenciais impostas à ré.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 974/982, que julgou improcedente a Ação Civil Pública movida por Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Pandurata Alimentos Ltda.

Inconformado, o Ministério Público apelou, requerendo a reforma do julgado (fls. 987/1023).

Alega que o seu objetivo é que a ré faça a sua publicidade e as suas campanhas de marketing em conformidade com a Constituição Federal e as leis.

Afirma que houve venda casada, pois a compra dos relógios era condicionada à compra dos biscoitos da linha “Gulosos”. Tratava-se de uma estratégia de marketing, que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Câmara de Direito Privado

resultou na campanha “É Hora de Shrek”. Com ela, os relógios de pulso com a imagem do Shrek e de outros personagens do desenho poderiam ser adquiridos com 05 embalagens dos produtos “Gulosos” e mais R\$ 5,00.

Alega que, por se tratar de campanha e publicidade direcionadas para crianças, deveriam ter sido respeitadas as normas protetivas desse público. A ré, no entanto, agiu de forma abusiva. Aproveitou-se da inexperiência e da ingenuidade das crianças para impor a aquisição de seu produto para que elas adquirissem a coleção de 04 relógios de pulso com os personagens do Shrek.

Afirma que a campanha veiculada pela ré estimula crianças que sequer sabem ver as horas a adquirirem mais de um relógio, apenas pelo prazer de colecionar. A mensagem passada à criança é: “Consuma coisas inúteis que você possa ostentar”.

Alega que, devido à prática de ato ilícito, a ré deve ser obrigada a indenizar os danos causados aos consumidores coletivamente considerados.

Requer o provimento do apelo para que a ação seja julgada integralmente procedente.

Isento de preparo, o recurso foi processado e contra-arrazoado (fls. 1029/1066).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, opinando pelo provimento do apelo (fls. 1069/1087).

É o relatório.

O apelo merece provimento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 7ª Câmara de Direito Privado

O artigo 37 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, dispõe que: *“No anúncio dirigido à criança e ao jovem: a) dar-se-á sempre atenção especial às características psicológicas da audiência-alvo; b) respeitar-se-á especialmente a ingenuidade e a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade dos menores; c) não se ofenderá moralmente o menor; d) não se admitirá que o anúncio torne implícita uma inferioridade do menor, caso este não consuma o produto oferecido; e. não se permitirá que a influência do menor, estimulada pelo anúncio, leve-o a constranger seus responsáveis ou importunar terceiros, ou o arraste a uma posição socialmente condenável; f) o uso de menores em anúncios obedecerá sempre a cuidados especiais que evitem distorções psicológicas nos modelos e impeçam a promoção de comportamentos socialmente condenáveis; g) qualquer situação publicitária que envolva a presença de menores deve ter a segurança como primeira preocupação e as boas maneiras como segunda preocupação”.*

A campanha publicitária feita pela empresa apelada fere algumas dessas regras, conforme se demonstrará.

É certo que, atualmente, as crianças estão mais exigentes e formam opiniões fortes desde cedo. Não que isso seja um problema, é bom que elas sejam espertas e independentes. As circunstâncias em que vivemos hoje exige isso.

Não se pode esquecer, todavia, que, mesmo independentes e espertas, elas ainda são crianças e carecem de atenção e cuidado para tomarem as decisões certas. É



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Câmara de Direito Privado

preciso também que um pouco da ingenuidade da criança seja estimulada, a fim de que ela não perca os prazeres da infância.

A publicidade discutida nos autos, referente à linha de produtos “Gulosos” investiu na conhecida modalidade de atrelar um “brinde” à aquisição dos produtos da marca.

A palavra “brinde” significa presente, mimo. Normalmente, esse produto é utilizado como uma forma de propaganda do estabelecimento, da marca ou de algum produto. Desse conceito, pode-se concluir que os “brindes” deveriam ser entregues gratuitamente aos consumidores, o que não acontece no presente caso. Aqui, os consumidores pagavam pelo “brinde”.

A venda casada acontece quando um consumidor, ao adquirir um produto, leva conjuntamente outro, seja da mesma espécie ou não. Esse instituto pode ser visualizado quando o fornecedor de produtos ou serviços condiciona que o consumidor só pode adquirir o primeiro se adquirir o segundo.

Essa situação restou caracterizada nos autos. Os consumidores somente poderiam adquirir o relógio se comprassem 05 produtos da linha “Gulosos” e ainda pagassem a quantia de R\$ 5,00. A venda do relógio, portanto, estava condicionada à compra dos bolinhos e biscoitos. Sem estes, aquele não poderia ser adquirido.

Essa prática é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O consumidor não pode ser obrigado a adquirir um



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Câmara de Direito Privado

produto que não deseja.

Considerando-se essa situação, a publicidade induzia as crianças a quererem os produtos da linha “Gulosos” para poderem obter os relógios. Havendo 04 tipos de relógio à disposição, seriam 20 produtos adquiridos.

Com certeza, muitas crianças, senão todas importunariam seus pais, avós, tios, ou qualquer pessoa com poder aquisitivo para tanto, a adquirirem os relógios e, conseqüentemente, os produtos. Tal conduta vai de encontro ao disposto na alínea “e” do artigo 37 do Código supramencionado. Os responsáveis seriam verdadeiramente constrangidos pelas crianças e, ainda que se diga que eles têm o discernimento para dizer não, sabe-se que uma criança contrariada pode nos colocar em situações vexatórias.

Além disso, o fato de uma criança não ter os relógios pode colocá-la em situação de inferioridade perante outras tantas que possuam a coleção. A ingenuidade e a inexperiência das crianças as tornam, muitas vezes, insensíveis, até cruéis com aqueles que são diferentes. A publicidade, então, pode ferir a alínea “d” do artigo 37.

Esse tipo de campanha publicitária, embora comumente utilizada, deve ser considerada abusiva e não normal. É preciso mudar a mentalidade de que aquilo que é corriqueiro é normal. Não é bem assim.

No caso, ainda existe a questão da utilização de verbos no imperativo, ou seja, existe verdadeira ordem para que a criança adquira os produtos e colecionem os relógios. O Conar repudia esse tipo de linguagem nas publicidades



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 7ª Câmara de Direito Privado

voltadas ao público infantil.

Assim, ainda que, em um primeiro momento, a campanha publicitária se mostre normal e aceitável, existem elementos que a tornam abusiva e que passam despercebidos aos leigos e distraídos. É preciso, portanto, repudiá-la e exigir que, em uma próxima vez, a empresa aja de forma mais adequada.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao apelo para julgar a Ação Civil Pública procedente, condenando-se a apelada a não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de um bem ou serviço à compra de algum de seus produtos e não mais promover campanha de publicidade para as crianças, sem estrita observância das regras próprias, com a fixação da pena de multa no valor de R\$ 50.000,00, que deve ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, caso haja descumprimento do preceito novamente.

A apelada também fica condenada a indenizar a sociedade pelos danos difusos produzidos por seu ato ilícito, mediante o recolhimento da quantia de R\$ 300.000,00, bastante inferior ao faturamento que obteve com a campanha publicitária.

Diante da sucumbência da apelada, deve ela arcar com os seus ônus.

Ramon Mateo Junior
Relator

ANEXO C – VOTO DO MINISTRO HUMBERTO MARTINS

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
RECORRENTE : PANDURATA ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : NELSON HANADA E OUTRO(S)
FÁBIO HANADA
ALEXANDER HIDEMITSU KATSUYAMA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : INSTITUTO ALANA - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA E OUTRO(S)
FELIPE ADJUTO DE MELO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF.

2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de *marketing* que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).

3. *In casu*, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin,

Superior Tribunal de Justiça

Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). DURVAL AMARAL SANTOS PACE, pela parte
RECORRENTE: PANDURATA ALIMENTOS LTDA

Dr(a). MARIO LUIZ BONSAGLIA, pelo MINISTÉRIO
PÚBLICO FEDERAL

Dr(a). DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA, pela parte
INTERES.: INSTITUTO ALANA

Brasília (DF), 10 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
RECORRENTE : PANDURATA ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : NELSON HANADA E OUTRO(S)
FÁBIO HANADA
ALEXANDER HIDEMITSU KATSUYAMA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : INSTITUTO ALANA - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA DE MORAES RÊGO
E OUTRO(S)
FELIPE ADJUTO DE MELO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

(Relator): **O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS**

Cuida-se de recurso especial interposto por PANDURATA ALIMENTOS LTDA., com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (fl. 1.230, e-STJ):

"Ação Civil Pública - Publicidade voltada ao público infantil - Venda casada caracterizada - Aquisição dos relógios condicionada à compra de 05 produtos da linha "Gulosos" - Campanha publicitária que infringe o artigo 37 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária - Utilização de verbos no imperativo inadequada - Proibição pelo Conar do uso dessa linguagem em publicidade voltada às crianças - Prática comum, que deve ser repudiada- Publicidade considerada abusiva, que se aproveita da ingenuidade das crianças - Sentença reformada - Apelo provido - Verbas sucumbenciais impostas à ré."

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fl. 1.270, e-STJ):

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Alegação de falhas no v. acórdão embargado - Inocorrência - Pretendida rediscussão da matéria já apreciada - Manifesto caráter infringente - Embargos rejeitados."

No recurso especial, alega a parte recorrente, preliminarmente, ofensa ao art. 535, II, do CPC, porquanto, apesar da oposição dos embargos de

Superior Tribunal de Justiça

declaração, o Tribunal de origem não se pronunciou sobre pontos necessários ao deslinde da questão.

No mérito, alega violação dos arts. 6º, IV e VI, 37, § 2º, e 39, I e IV, todos da Lei 8.078/90; e 15 e 17 da Lei 8.069/90.

Sustenta que, *"no terreno dos fatos incontroversos da espécie subjudice, tendo o v. acórdão considerado a publicidade comercial de biscoitos normalmente consumidos por crianças 'abusiva e não normal' (fls. 1195), tem-se como invocados à qualificação jurídica do fato submetido à apreciação judicial, principalmente ao arts. 6º, IV e VI, 37, § 2º, 39, I e IV, todos da Lei n. 8.78/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor); e 15 e 17 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Entretanto, e data venia, tal fato não ocorreu na espécie"* (fl. 1.285, e-STJ).

Aduz, ainda, que, *"no caso, NÃO houve venda casada, porque o brinde NÃO ficou condicionado à compra dos biscoitos. Muito diversamente, a compra de 5 embalagens dos produtos mais R\$ 5,00 (preço muito inferior ao seu preço de mercado) ensejava o recebimento do brinde O QUE é COISA MUITO"* (fl. 1.286, e-STJ).

Aponta divergência jurisprudencial.

Oferecidas as contrarrazões ao recurso especial (fls. 1.309/1.317, e-STJ), sobreveio o juízo de admissibilidade negativo na instância de origem (fls. 1.319/1.321, e-STJ), o que ensejou a interposição de agravo.

Foi apresentada contraminuta do agravo (fls. 1.334/1.337, e-STJ).

Agravo convertido em recurso especial (fls. 1.412/1.413, e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso, conforme parecer cuja ementa reproduzo (fl. 1.444, e-STJ):

"1. Processual Civil. Direito Administrativo. Recurso Especial.

2. Participação do Instituto Alana. Animus Curiae. Possibilidade. Revolvimento fático. Óbice da Súmula 7 do STJ.

3. Parecer pelo não conhecimento e improvimento do Recurso Especial."

É, no essencial, o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF.

2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de *marketing* que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).

3. *In casu*, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".

Recurso especial improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS
(Relator):

DA ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC

Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação.

Com efeito, a recorrente limitou-se a alegar, genericamente, ofensa ao referido dispositivo legal, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF: "*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a*

Superior Tribunal de Justiça

deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Nesse sentido:

"PROCESSO CIVIL - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC - DESCABIMENTO - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO - SÚMULA 284/STF - ACORDO DE PARCELAMENTO - GARANTIA DO JUÍZO - ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL (LEI ESTADUAL Nº 6.374/89) - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 280/STF. PRECEDENTES.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial que aponta violação do art. 535, II, do CPC, sem especificar as teses sobre as quais o tribunal de origem teria sido omissos. Incidência da Súmula 284/STF.

(...)

3. Recurso especial não conhecido."

(REsp 1.203.051/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/5/2013, DJe 15/5/2013.)

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR IRRISÓRIO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. MAJORAÇÃO.

1. Alegações genéricas de violação do artigo 535 do CPC não são suficientes para viabilizar o conhecimento do recurso especial. É mister que sejam apontadas as omissões, contradições ou obscuridades consideradas como existentes no acórdão recorrido e as razões pelas quais a decisão não estaria devidamente fundamentada. Incidência da Súmula 284/STF.

(...)

6. Recurso especial conhecido em parte e provido."

(REsp 1.349.013/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/5/2013, DJe 10/5/2013.)

DO MARKETING ABUSIVO DIRIGIDO ÀS CRIANÇAS

É abusivo o *marketing* (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

DA VENDA CASADA

A controvérsia cinge-se a saber se ficou configurada a venda casada na estratégia de *marketing* desenvolvida pela recorrente, na qual, mediante 5 (cinco) rótulos de produtos da linha "Gulosos", o consumidor poderia comprar um relógio pelo valor de R\$ 5,00 (cinco reais).

O Tribunal de origem, ao analisar todo o contexto fático da causa, assentou que ficou configurada a venda casada no caso dos autos, pois os consumidores só poderiam adquirir o relógio se comprassem 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos" e mediante o pagamento de R\$ 5,00 (cinco reais).

Confira-se trecho do acórdão impugnado (fls. 1.233/1.234, e-STJ):

"A publicidade discutida nos autos, referente à linha de produtos "Gulosos" investiu na conhecida modalidade de atrelar um "brinde" à aquisição dos produtos da marca.

A palavra "brinde" significa presente, mimo. Normalmente, esse produto é utilizado como uma forma de propaganda do estabelecimento, da marca ou de algum produto. Desse conceito, pode-se concluir que os "brindes" deveriam ser entregues gratuitamente aos consumidores, o que não acontece no presente caso. Aqui, os consumidores pagavam pelo "brinde".

A venda casada acontece quando um consumidor, ao adquirir um produto, leva conjuntamente outro, seja da mesma espécie ou não. Esse instituto pode ser visualizado quando o fornecedor de produtos ou serviços condiciona que o consumidor só pode adquirir o primeiro se adquirir o segundo.

Essa situação restou caracterizada nos autos. Os consumidores somente poderiam adquirir o relógio se comprassem 05 produtos da linha "Gulosos" e ainda pagassem a quantia de R\$ 5,00. A venda do relógio, portanto, estava condicionada à compra dos bolinhos e biscoitos. Sem estes, aquele não poderia ser adquirido.

Essa prática é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O consumidor não pode ser obrigado a adquirir um produto que não deseja."

Sobre o tema, em relação à interpretação do art. 39, I, do CDC, a doutrina considera como venda casada quando 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"*. Destaca-se, ainda, que o referido instituto não está adstrito somente à compra e venda, *"valendo também para outros tipos de*

Superior Tribunal de Justiça

*negócios jurídicos, de vez que o texto fala em 'fornecimento'" (BENJAMIN, Antonio Herman. In **Manual do Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).*

No caso dos autos, ficou configurada a venda casada, visto que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".

Dessa forma, irretocável o acórdão da origem, ao vedar que os responsáveis por crianças sejam constrangidos a comprar determinados produtos que efetivamente não desejam. Sendo oportuno trazer à colação o opinativo do Subprocurador-Geral da República, *in verbis*: "*Daí surge a correta, e oportuna, participação do INSTITUTO ALANA, e do Ministério Público Estadual, em defesa dos direitos das crianças, buscando preservar, in casu, os valores que lhes são repassados por meio da comercialização dos produtos da recorrente, bem como dos reflexos causados na formação do caráter desses menores por ocasião da venda desses produtos*" (fl. 1449, e-STJ).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Quero cumprimentar os ilustres advogados e também o eminente Subprocurador-Geral da República pelas sustentações orais sobre um tema – como já se adiantou aqui – paradigmático, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Não há dúvida de que estamos diante de um caso típico de propaganda abusiva, vedada pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, mais especificamente no seu art. 37, e também diante de um caso de venda casada, que, como muito bem disse nosso professor de Direito do Consumidor, o Ministro HERMAN BENJAMIN, igualmente é vedada pelo art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Penso eu que, nessa hipótese fática, a situação é ainda mais grave, por ter, como público alvo, a criança, que, como bem colocado no memorial que me foi encaminhado pelo **amicus curiae**, tem seu discernimento incompleto, mas que, por outro lado, tem uma enorme capacidade de convencimento sobre os seus pais, responsáveis ou familiares, voltada à aquisição daqueles produtos que lhe interessam.

O voto do eminente Relator está irretocável, mas pude perceber, examinando o recurso especial, que este tem, como fundamento, não só a alínea **a** do permissivo constitucional, como também a alínea **c**. Porém, quanto à alínea **c**, não se indicou o dispositivo de lei federal que teria obtido interpretação divergente, pelo que seria, nessa hipótese, aplicável a Súmula 284/STF, e, de qualquer sorte, não há similitude fática entre os julgados confrontados.

Diante de tudo isso, penso que nada mais há a acrescentar aos argumentos que foram colocados no voto do eminente Relator e ratificados pelos votos dos Ministros HERMAN BENJAMIN e MAURO CAMPBELL MARQUES. Não tenho dúvida em acompanhar o eminente Relator, cumprimentando-o pela excelência do voto, cujo resultado de julgamento já se encaminha para uma maioria, de tal sorte que fica recomendado, ao Serviço de Comunicação do Tribunal, que proceda à divulgação deste julgamento, em face de sua relevância.

Acompanho o voto do Ministro Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2015/0061578-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.558.086 / SP**

Números Origem: 03423849020098260000 3423849020098260000 5830020081690770 994093423840

PAUTA: 10/03/2016

JULGADO: 10/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARIO LUIZ BONSAGLIA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PANDURATA ALIMENTOS LTDA

ADVOGADOS : NELSON HANADA E OUTRO(S)

FÁBIO HANADA

ALEXANDER HIDEMITSU KATSUYAMA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES. : INSTITUTO ALANA - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS : DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA DE MORAES RÊGO E OUTRO(S)

FELIPE ADJUTO DE MELO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Intervenção no Domínio Econômico - Proteção à Livre Concorrência - Venda Casada

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **DURVAL AMARAL SANTOS PACE**, pela parte RECORRENTE: PANDURATA ALIMENTOS LTDA

Dr(a). **MARIO LUIZ BONSAGLIA**, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Dr(a). **DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA**, pela parte INTERES.: INSTITUTO ALANA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

ANEXO D – EMENTA DO ACÓRDÃO

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
RECORRENTE : PANDURATA ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : NELSON HANADA E OUTRO(S)
FÁBIO HANADA
ALEXANDER HIDEMITSU KATSUYAMA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : INSTITUTO ALANA - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA E OUTRO(S)
FELIPE ADJUTO DE MELO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF.

2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de *marketing* que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).

3. *In casu*, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin,

Superior Tribunal de Justiça

Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). DURVAL AMARAL SANTOS PACE, pela parte
RECORRENTE: PANDURATA ALIMENTOS LTDA

Dr(a). MARIO LUIZ BONSAGLIA, pelo MINISTÉRIO
PÚBLICO FEDERAL

Dr(a). DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA, pela parte
INTERES.: INSTITUTO ALANA

Brasília (DF), 10 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



ANEXO E – RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 – SP

Superior Tribunal de Justiça

RE nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)

RELATORA : **MINISTRA PRESIDENTE DO STJ**
RECORRENTE : PANDURATA ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : NELSON HANADA E OUTRO(S) - SP011784
FÁBIO HANADA - SP098691
LUIZ RODRIGUES WAMBIER - PR007295
ALEXANDER HIDEMITSU KATSUYAMA - SP214077
HELENA MARINA ZOIA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : INSTITUTO ALANA - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA E OUTRO(S) - DF013121
FELIPE ADJUTO DE MELO E OUTRO(S) - DF019752

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso extraordinário interposto por PANDURATA ALIMENTOS LTDA, com fulcro no art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça relatado pelo Ministro Humberto Martins e ementado da seguinte maneira:

"PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, mutatis mutandis, o disposto na Súmula 284/STF.

2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).

3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".

Recurso especial improvido" (fl. 1.470-1.471)

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados em acórdão publicado em 14/06/2016 (fl. 1.535).

Superior Tribunal de Justiça

Em suas razões, sustenta o Recorrente, além da existência de repercussão geral, ofensa aos arts. 5.º, inciso II (princípio da legalidade), 170 (livre iniciativa) e 220 (liberdade de expressão), da Constituição Federal de 1988.

Argumenta o Recorrente, no que concerne à tese de violação ao princípio da liberdade de expressão, que *"a publicidade é considerada forma de exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de criação e uma modalidade de comunicação social. Assim, pela Constituição, é fora de dúvida que a publicidade é uma forma de expressão protegida, de modo que qualquer ação nesse campo deve ser pautada em prestígio da liberdade"* (fl. 1.547). Entende, assim, que *"a restrição imposta no v. acórdão configura censura à atividade publicitária da Recorrente, ampliando o próprio objetivo inicial da demanda (vedar a suposta abusividade da campanha publicitária denominada "Gulosos")"* (fl. 1.548).

A Empresa recorrente alega também que fica evidente a ofensa ao princípio da legalidade, decorrentes das limitações genéricas impostas pelo acórdão recorrido ao exercício da liberdade de expressão, em evidente atuação do Poder Judiciário como legislador. Nesse ponto, aduz que *"o Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, veda apenas a publicidade abusiva, por meio do exame no caso concreto, realizado pelo Poder Judiciário. Não é possível, portanto, sustentar que toda publicidade destinada ao público infantil seja abusiva. O tema é, ainda, objeto de debate no mundo todo e não há, no Brasil vedação legal genérica à publicidade dirigida ao público infantil"* (fl. 1.549).

Por fim, assevera que a publicidade, além de estar amparada pela liberdade de expressão, também está protegida pelo princípio da liberdade de iniciativa, insculpido no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Requer, assim, que o recurso extraordinário *"seja admitido e provido para reformar o v. Acórdão recorrido, reconhecendo o direito constitucional da Recorrente de desenvolver sua atividade comercial e suas campanhas publicitárias, cabendo a análise de eventual excesso ser apurado individualmente no caso concreto"* (fl. 1.551).

Foram apresentadas as contrarrazões pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 1.560-1.572) e pelo *amicus curiae*, Instituto Alana (fls. 1.573-1.592).

É o relatório.

Decido.

Ao que se tem dos autos, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao recurso especial – mantendo o acórdão proferido pelo Tribunal de

Superior Tribunal de Justiça

Justiça do Estado de São Paulo, que julgara procedente a ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual para condenar a Recorrente pela prática de "venda casada" e propaganda abusiva –, o fez alicerçado exclusivamente em legislação infraconstitucional, especificamente em dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

É o que se colhe dos seguintes trechos do acórdão recorrido:

"DO MARKETING ABUSIVO DIRIGIDO ÀS CRIANÇAS

É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

DA VENDA CASADA

A controvérsia cinge-se a saber se ficou configurada a venda casada na estratégia de marketing desenvolvida pela recorrente, na qual, mediante 5 (cinco) rótulos de produtos da linha "Gulosos", o consumidor poderia comprar um relógio pelo valor de R\$ 5,00 (cinco reais).

O Tribunal de origem, ao analisar todo o contexto fático da causa, assentou que ficou configurada a venda casada no caso dos autos, pois os consumidores só poderiam adquirir o relógio se comprassem 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos" e mediante o pagamento de R\$ 5,00 (cinco reais).

Confira-se trecho do acórdão impugnado (fls. 1.233/1.234, e-STJ):

'A publicidade discutida nos autos, referente à linha de produtos "Gulosos" investiu na conhecida modalidade de atrelar um "brinde" à aquisição dos produtos da marca.

A palavra "brinde" significa presente, mimo. Normalmente, esse produto é utilizado como uma forma de propaganda do estabelecimento, da marca ou de algum produto. Desse conceito, pode-se concluir que os "brindes" deveriam ser entregues gratuitamente aos consumidores, o que não acontece no presente caso. Aqui, os consumidores pagavam pelo "brinde".

A venda casada acontece quando um consumidor, ao adquirir um produto, leva conjuntamente outro, seja da mesma espécie ou não. Esse instituto pode ser visualizado quando o fornecedor de produtos ou serviços condiciona que o consumidor só pode adquirir o primeiro se adquirir o segundo.

Essa situação restou caracterizada nos autos. Os consumidores somente poderiam adquirir o relógio se comprassem 05 produtos da linha "Gulosos" e ainda pagassem a quantia de R\$ 5,00. A venda do relógio, portanto, estava condicionada à compra dos bolinhos e biscoitos. Sem estes, aquele não poderia ser adquirido.

Essa prática é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O consumidor não pode ser obrigado a adquirir um produto que não deseja.'

Sobre o tema, em relação à interpretação do art. 39, I, do CDC, a doutrina considera como venda casada quando o "fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em

Superior Tribunal de Justiça

adquirir também um outro produto ou serviço". Destaca-se, ainda, que o referido instituto não está adstrito somente à compra e venda, "valendo também para outros tipos de negócios jurídicos, de vez que o texto fala em 'fornecimento'" (BENJAMIN, Antonio Herman. In *Manual do Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).

No caso dos autos, ficou configurada a venda casada, visto que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".

Dessa forma, irretocável o acórdão da origem, ao vedar que os responsáveis por crianças sejam constrangidos a comprar determinados produtos que efetivamente não desejam. Sendo oportuno trazer à colação o opinativo do Subprocurador-Geral da República, in verbis: "Daí surge a correta, e oportuna, participação do INSTITUTO ALANA, e do Ministério Público Estadual, em defesa dos direitos das crianças, buscando preservar, in casu, os valores que lhes são repassados por meio da comercialização dos produtos da recorrente, bem como dos reflexos causados na formação do caráter desses menores por ocasião da venda desses produtos" (fl. 1449, e-STJ).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto." (fls. 1.475-1.477)

Dessa forma, fica evidente que a reforma do acórdão recorrido exigiria, de forma inquestionável, a prévia interpretação da lei federal, evidenciando que eventual ofensa ao Texto Constitucional somente ocorreria de maneira reflexa, circunstância que inviabiliza a abertura da via extraordinária.

Ante o exposto, NÃO ADMITO o recurso extraordinário.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2016.

MINISTRA LAURITA VAZ
Presidente

ANEXO F – ADMISSÃO DO INSTITUTO ALANA NOS AUTOS

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL nº 1558086 - SP (2015/0061578-0)

RELATOR : MIN. HUMBERTO MARTINS

RECORRENTE : PANDURATA ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : NELSON HANADA E OUTRO(S)
: FÁBIO HANADA
: ALEXANDER HIDEMITSU KATSUYAMA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : INSTITUTO ALANA - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA DE MORAES RÊGO E
OUTRO(S)
: FELIPE ADJUTO DE MELO E OUTRO(S)

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de recurso especial interposto por PANDURATA ALIMENTOS LTDA. contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A Corte de origem entendeu que a recorrente efetivou indevida publicidade voltada ao público infantil, por caracterizá-la como venda casada.

Nesse contexto, o Instituto Alana, em petição apresentada às fls. 1.372/1.405, e-STJ, requer sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*, pelos seguintes argumentos (fls. 1.373/1.374, e-STJ):

"No caso ora em discussão neste colendo Superior Tribunal de Justiça, aprecia-se a possibilidade, ou não, da adoção de práticas comerciais que impliquem em condicionar a aquisição de qualquer bem ou serviço à compra de algum produto, bem como a proibição de realização de publicidade que, direta ou indiretamente, possa concorrer para a transmissão de valores inadequados a crianças, ou por qualquer modo explore sua inexperiência ou deficiência de julgamento, usurpando valores sociais ainda em desenvolvimento no público infantil.

Veja V. Exa., portanto, tratar-se de caso de alta relevância pública por estar afeta a toda coletividade juvenil do País.

Por outro lado, o ora Requerente, INSTITUTO ALANA, tem por objeto social (doc. 02), promover atividades e projetos em prol do desenvolvimento das capacidades plenas e da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, em consonância com sua missão de "HONRAR A CRIANÇA".

Trabalha o Requerente, desde 2002, para encontrar caminhos

Superior Tribunal de Justiça

transformadores para as novas gerações, buscando um mundo sustentável e de excelentes relações humanas. Reúne projetos cujo principal objetivo é mobilizar a sociedade para os temas da infância.

Assim, comprovada está a relação direta entre a finalidade institucional do ora Requerente e o objeto jurídico controvertido nestes autos, o que, na jurisprudência desta casa abaixo descrita, autoriza a admissão do amicus curiae."

Relatados, decido.

No âmbito do presente recurso especial, discutir-se-á a prática de publicidade ao público infantil caracterizada por "venda casada".

À luz do disposto no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, vislumbra-se a relevância da matéria discutida nos autos (objeto de recurso especial) e a representatividade do Instituto Alana, requerente, que tem por objeto social:

"promover atividades e projetos em prol do desenvolvimento das capacidades plenas e da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, em consonância com sua missão de 'HONRAR A CRIANÇA'."

Ante o exposto, admito o ingresso, nos autos, do instituto ora requerente como *amicus curiae*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2015.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

ANEXO G – VOTO DA MINISTRA ASSULETE MAGALHÃES

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Quero cumprimentar os ilustres advogados e também o eminente Subprocurador-Geral da República pelas sustentações orais sobre um tema – como já se adiantou aqui – paradigmático, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Não há dúvida de que estamos diante de um caso típico de propaganda abusiva, vedada pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, mais especificamente no seu art. 37, e também diante de um caso de venda casada, que, como muito bem disse nosso professor de Direito do Consumidor, o Ministro HERMAN BENJAMIN, igualmente é vedada pelo art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Penso eu que, nessa hipótese fática, a situação é ainda mais grave, por ter, como público alvo, a criança, que, como bem colocado no memorial que me foi encaminhado pelo **amicus curiae**, tem seu discernimento incompleto, mas que, por outro lado, tem uma enorme capacidade de convencimento sobre os seus pais, responsáveis ou familiares, voltada à aquisição daqueles produtos que lhe interessam.

O voto do eminente Relator está irretocável, mas pude perceber, examinando o recurso especial, que este tem, como fundamento, não só a alínea **a** do permissivo constitucional, como também a alínea **c**. Porém, quanto à alínea **c**, não se indicou o dispositivo de lei federal que teria obtido interpretação divergente, pelo que seria, nessa hipótese, aplicável a Súmula 284/STF, e, de qualquer sorte, não há similitude fática entre os julgados confrontados.

Diante de tudo isso, penso que nada mais há a acrescentar aos argumentos que foram colocados no voto do eminente Relator e ratificados pelos votos dos Ministros HERMAN BENJAMIN e MAURO CAMPBELL MARQUES. Não tenho dúvida em acompanhar o eminente Relator, cumprimentando-o pela excelência do voto, cujo resultado de julgamento já se encaminha para uma maioria, de tal sorte que fica recomendado, ao Serviço de Comunicação do Tribunal, que proceda à divulgação deste julgamento, em face de sua relevância.

Acompanho o voto do Ministro Relator.

ANEXO H – PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Nº 29.548/2015-MGMF

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)

RECORRENTE : PANDURATA ALIMENTOS LTDA
 ADVOGADOS : NELSON HANADA E OUTRO(S)
 FÁBIO HANADA
 ALEXANDER HIDEMITSU KATSUYAMA
 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
 INTERES. : INSTITUTO ALANA - "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADOS : DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA DE MORAES RÊGO e OUTRO(S)
 FELIPE ADJUTO DE MELO E OUTRO(S)
 RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

1. Processual Civil. Direito Administrativo. Recurso Especial.
2. Participação do Instituto Alana. Animus Curiae. Possibilidade. Revolvimento fático. Óbice da Súmula 7 do STJ.
3. Parecer pelo não conhecimento e improvimento do Recurso Especial.

O Recurso Especial foi interposto por Pandurata Alimentos Ltda, com esteio na artigo 105, III, "a" e "c" da Carta Magna, contra acórdão proferido pela 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que rejeitou os embargos por aquela empresa opostos.

2. Na origem, o Ministério Público do Estado do São Paulo ajuizou Ação Civil Pública em face da recorrente, por entender que esta agira em desacordo com a legislação pátria, na divulgação e comercialização de produto destinado ao público infantil infringindo, principalmente, o Estatuto da



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90).

3. Devidamente enfrentado o mérito, a ação foi julgada improcedente em primeira instância, sendo que a sentença foi reformada em sede de apelação e tal reforma mantida nas demais instâncias seguintes.

4. Inconformada com as decisões contrárias às suas pretensões, a recorrente Pandurata Alimentos vem utilizando-se de toda a sorte de recurso possíveis a fim de ver seu intento satisfeito, sendo que, por último, mesmo depois de colher decisão contrária em Agravo de Instrumento, teve seu pleito atendido em Agravo Regimental, com o acatamento do pedido de reconsideração da decisão monocrática, dando provimento ao recurso anterior para determinar a conversão do autos em recurso especial, razão pela qual vieram os presentes.

5. No curso do processo, surge o Instituto Alana, como *amicus curiae*, com ingresso devidamente admitido por força de decisão, a fim de defender a comunidade juvenil do país, alegando ser o tema em comento de alta relevância para os jovens em tenra idade.

6. Tenho por relatado. Passo ao parecer.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

7. Não assiste razão à recorrente.
8. Acertada é a decisão que proveu o recurso de apelação do parquet estadual, cujo trecho de maior relevância, segue abaixo transcrito:

(...)

A palavra "brinde" significa presente, mimo. Normalmente, esse produto é utilizado como uma forma de propaganda do estabelecimento, da marca ou de algum produto. Desse conceito, pode-se concluir que os "brindes" deveriam ser entregues gratuitamente aos consumidores, o que não acontece no presente caso. Aqui, os consumidores, pagavam pelo "brinde". A venda casada acontece quando o consumidor, ao adquirir um produto, leva conjuntamente outro, seja da mesma espécie ou não. Esse instituto pode ser visualizado quando o fornecedor de produtos ou serviços condiciona que o consumidor só pode adquirir o primeiro se adquirir o segundo. Essa situação restou caracterizada nos autos. Os consumidores somente poderiam adquirir o relógio se comprassem 05 produtos linha "Gulosos" e ainda pagassem a quantia de R\$ 5,00. A venda do relógio, portanto, estava condicionada à compra dos bolinhos e biscoitos. Sem estes, aquele não poderia ser adquirido. Essa prática é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O consumidor não pode ser obrigado a adquirir um produto que não deseja. (grifo nosso).

(...)

9. O referido *decisum* está em harmonia com o entendimento dessa Corte Especial, acerca da chamada venda casada. Senão, vejamos:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VENDA CASADA. ART. 535, II DO CPC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ASSOCIAÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. SÚMULA 83/STJ. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não viola o art. 535, inciso II, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando a Corte de origem obrigada a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que a associação, ora recorrida, possui interesse processual na defesa de direitos individuais homogêneos.

3. Incidência do disposto na Súmula 83 do STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

4. Tendo a Corte de origem entendido pela configuração de prática de venda casada, infirmar tal fundamento pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1258695/PR, Min. OG FERNANDES, Segunda Turma, Dje de 30/09/2015).

10. Tal prática publicitária vem sendo praticada há muitos anos em nosso país, sem que se perceba. O caso mais famoso, e que também (ao que parece) passou incólume, foi a promoção conhecida como "Mamíferos da



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Parmalat", no final dos anos 90, em que o cliente tinha que juntar 20 códigos de barras de produtos Parmalat e, com mais R\$ 8,00, poderia trocar por um bichinho de pelúcia da série "mamíferos" que vinha segurando junto uma caixinha de leite Parmalat de pelúcia.

11. Noutro norte, analisar as pretensões do recorrente, sugerindo que o Superior Tribunal de Justiça reveja a ótica do Tribunal a quo, para se chegar à conclusão de que houve, ou não, lesão, é inserir petitório que demanda, necessariamente, reexame fático probatório, pretensão essa vedada, em sede de apelo extremo, consoante a súmula nº 07¹ da Corte Superior, conforme entendimento do aresto acima colacionado.

12. Insta frisar, que consumismo exacerbado praticado nos dias atuais, atinge de forma devastadora a população menos favorecida. Temos notícias de casos em que pessoas (adolescentes e adultas) desenvolvem processos depressivos pelo simples fato de verem seus "amigos" ostentarem alto poder aquisitivo nas redes sociais. Sendo assim, o que podemos esperar daquela criança que não tem condições de comprar sequer um produto da série "Gulosos"? O que passa na cabeça dessa criança ao ver o seu colega ao lado com vários relógios daquela promoção, e ele(a) sem poder ter algum?

1 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

13. Daí surge a correta, e oportuna, participação do INSTITUTO ALANA, e do Ministério Público Estadual, em defesa dos direitos das crianças, buscando preservar, *in casu*, os valores que lhes são repassados por meio da comercialização dos produtos da recorrente, bem como dos reflexos causados na formação do caráter desses menores por ocasião da venda desses produtos.

14. Ademais, a prática da chamada "venda casada" encontra vedação expressa no art. 39, I, da Lei 8.078/90², mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

Assim, entendendo não padecer de reforma o aresto confrontado, opina o MPF pelo não conhecimento e improvemento do recurso.

É o parecer.

Brasília/DF, 30 de novembro de 2015.

MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO
Subprocurador-Geral da República

² - Art. 39 - é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas.

Inciso I: "condicionar o fornecimento de produtos ou serviços ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos".