

PUBLICIDADE DIRECIONADA A CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ABUSO DE DIREITO E PRÁTICA ABUSIVA; RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE FORNECEDORES, AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE E MEIOS DE COMUNICAÇÃO

“Não há porque considerar que haja arranhões ao código de ética na atitude do Mcdonald’s em promover seu Mcdonald’s Feliz associando a possibilidade da criança consumir o alimento e adquirir o brinquedo. As fantasias ambientadas de Mcdonald’s e do desenho animado se harmonizam, fazem parte do mesmo universo. As crianças azucrinam os pais por causa disso? Claro que sim! Crianças foram feitas para azucrinar e para isso existe, quando necessário o famoso NÃO!”[...] Da mesma forma que Suécia e Dinamarca tem por base evitar que suas crianças de olhos azuis fiquem gordinhas, o Brasil tem por base acabar com a desnutrição dos nossos meninos moreninhos. Ao contrário dos Estados Unidos, aqui o Mcdonald’s não é vício, é aspiração! [...] proibir a propaganda por causa disso é o mesmo que tirar o sofá da sala”¹

O tema que sobre o qual pretendemos tratar – a publicidade direcionada a crianças – reflete não apenas um debate jurídico, mas também, em alguma medida, sobre um modelo de sociedade e da participação que esperamos do Estado na vida social.

Algumas vozes, com olhar mais protetivo às crianças, reconhecem de plano a abusividade de qualquer forma de sugestão que tenha por finalidade despertar o desejo de consumo naqueles ainda despreparados para lidar com o assédio publicitário. Outras sustentam não haver abusividade na publicidade direcionada às crianças e adolescentes, pois ao agir assim haveria certo paternalismo asfixiante do Estado, intervenção indevida na livre iniciativa, aparelhamento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) por ONGs e transferência da responsabilidade dos pais ao Estado.

Sobre esses temas, pretendemos discorrer e ensaiar uma resposta jurídica acerca de pontos de vista tão díspares. Convém iniciar por uma leitura dos dispositivos constitucionais específicos. Depois, analisaremos a eficácia da Resolução n. 163/14 do CONANDA, das previsões do Estatuto da Criança e do

¹ CONAR. Representação n. 085/11. Rel. Enio Basilio Rodrigues. Fonte: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/07/ArcosDouradosRio_Decisao_2014.pdf> acesso em 02/02/2017.

Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor e a conveniência de aprovação do PL nº 5.921/2001, que cuida de alterar o CDC para enfatizar a abusividade da propaganda direcionada às crianças. Por fim, traremos uma análise da jurisprudência e comentários derradeiros.

1 – Limitações constitucionais à atividade publicitária

Em primeiro lugar, não devemos confundir o direito à liberdade de expressão previsto nos artigos 5º e 220 e seguintes da Constituição de 1988 com publicidade comercial. Esta última, por ser fruto da atividade empresarial, deve ser regida pelos artigos específicos destinados a reger a Ordem Econômica (art. 170-192).² Desta forma, parece um tanto bizarro defender a existência de “*liberdade de expressão comercial*”.³ Para Antonio Herman Benjamin, embora em regra a atividade publicitária seja livre, em setores delimitados deve haver restrições para que ela cumpra sua função social. “*Controla-se, então, a publicidade, porque se controla a empresa.*”⁴

Ainda que a liberdade e a propriedade sejam direitos fundamentais não se pode dizer o mesmo sobre a publicidade regida mais especificamente pelos princípios da Ordem Econômica. A chamada Ordem Econômica não basta por si mesma. Ela deve servir, antes de qualquer outra função, para viabilizar o exercício dos direitos fundamentais e cumprir os compromissos sociais advindos da redemocratização do país no período pós ditadura militar.

O traço marcante da Carta de 1988 em face das anteriores é exatamente o apreço que atribuiu à dignidade humana. Vigora uma concepção de Estado que pretende ter caráter social e de promoção de direitos. O chamado “capitalismo selvagem” foi em alguma medida domesticado por uma feição dirigista e programática da Constituição.

Para atingir esses objetivos de redução das desigualdades sociais e promoção da dignidade humana, é natural que o Estado seja obrigado a intervir na livre iniciativa. Nas palavras de Eros Grau, a partir da redemocratização do país em 1988, “*a ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista*”.⁵

² NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Publicidade Comercial: Proteção e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 154

³ NA ADI 3311, proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), contra a regulamentação do artigo 220 §4º da CF, que restringe a publicidade de tabaco, medicamentos e agrotóxicos, pela lei n. 9.294/96, a petição inicial evocou o “núcleo essencial do direito de fazer publicidade de tabaco”. Acerca do tema, conferir MARQUES, Cláudia Lima ; MIRAGEM, Bruno. CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE DE BEBIDAS ALCÓOLICAS E TABACO POR LEI FEDERAL. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública (art. 170, CF/88). Revista de Direito do Consumidor | vol. 59/2006 | p. 197 - 240 | Jul - Set / 2006.

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. O CONTROLE JURÍDICO DA PUBLICIDADE. Revista de Direito do Consumidor | vol. 9/1994 | p. 25 - 57 | Jan - Mar / 1994 . p. 36-37

⁵ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 57.

Uma das formas de consecução desses objetivos é precisamente a adoção de políticas públicas, na forma de criação de normas, dotação orçamentária e aparatos administrativos. Essas medidas representam precisamente um modelo de Estado que busca efetivar direitos fundamentais e não apenas ser expectador das ações do mercado (ainda que o mercado possua o protagonismo das ações econômicas.)

Quando nos referimos à temática concernente às crianças e aos adolescentes, evidentemente que não se pode descuidar das doutrinas da proteção integral e da prioridade nas políticas públicas, extraídas do art. 227 da Constituição Federal.⁶

Assim, é possível afirmar que, no âmbito da Constituição de 1988, as ações econômicas do mercado possuem ao menos duas condicionantes específicas quando se trata de crianças e adolescentes: aquelas previstas no caput e incisos dos artigos 170 e do art. 227. Proteção da infância e da juventude, em termos simples, são requisitos adicionais para o exercício da atividade lucrativa. Sem respeito à proteção da infância, a livre iniciativa pode incorrer em prática abusiva e abuso de direito. (art. 39 do CDC e 187 do Código Civil).

Por fim, vale recordar que, em sentido preciso, no texto constitucional, “publicidade” não se confunde com “informação”. Esta se refere à disseminação de mensagens indispensáveis ao exercício da cidadania e ao debate público, produzidas tanto por empresas jornalísticas, pelos próprios cidadãos, ou por órgãos públicos.

Respeitando opiniões divergentes, a nosso ver, *inexiste no direito à informação intenção deliberadamente mercadológica de venda de produtos ou serviços*. Essa característica é própria da publicidade. Confundir os termos serve apenas àqueles que desejam conferir à publicidade status de direito fundamental.

2 – A regulamentação infraconstitucional da publicidade direcionada às crianças e aos adolescentes - Resolução n. 163/14 do CONANDA, ECA, Código de Defesa do Consumidor e o PL 5.921/2001

A regulamentação infraconstitucional da publicidade no Brasil é essencialmente aquela regida pelo Código de Defesa do Consumidor. A questão que estamos a examinar, sobre a possibilidade jurídica de se realizar

⁶ Sobre o princípio da prioridade e da proteção integral, vide [ARE 639337 AgR](http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=639337&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M) / SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/09/2011. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=639337&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 05/02/2017

publicidade direcionada a crianças e adolescentes, nada mais é do que a interpretação dos artigos 37 § 2º e 39, IV :

*“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.” (Grifamos)*

Em adição, o artigo 39, inciso IV do mesmo Código, ao tratar sobre as práticas comerciais abusivas, assim dispôs:

*“É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas **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”** (grifamos)*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, norma de vanguarda, que em 1990 regulamentou o artigo 227 da Constituição Federal, merece algumas considerações sobre a proteção da infância. Vale destacar a proteção integral (art. 1º e 3º), proteção contra a exploração (art. 5º), condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º) e o direito ao respeito (art. 17).

Mais especificamente sobre o debate em exame, cumpre indagar: *toda publicidade direcionada a crianças e adolescentes, por si só, deve ser considerada abusiva ou seria necessário, nos casos concretos, investigar se determinado anunciante se aproveitou da ignorância ou ingenuidade das crianças para divulgar produtos ou serviços?*

Antes de ensaiar uma resposta, convém recordar o princípio motor das relações de consumo: o princípio da vulnerabilidade (art. 4º, inciso I do CDC). De acordo com tal premissa, os consumidores são, por força da lei, e de forma a concretizar o princípio constitucional da igualdade, vulneráveis diante dos fornecedores.

Criado a partir da doutrina consumerista e já aceita amplamente pelos tribunais, temos grupos sociais denominados *hipervulneráveis*, *super vulneráveis*, ou ainda dotados de *vulnerabilidade agravada*.⁷ São crianças, idosos, doentes crônicos e superendividados. A doutrina reservou a eles nomenclatura especial diante de suas condições e fragilidades mais agudas. Decerto, diante dessas peculiaridades, os deveres de lealdade, boa-fé e respeito merecem ser observados com maior rigor.⁸

Tendo em vista a condição de hipervulnerável dos infantes, entendemos que a simples exposição à publicidade e não alguma artimanha específica que explore de forma mais acentuada, configura abusividade.

De um lado os emissores da mensagem publicitária estão profissionais treinados em capturar a atenção humana e sugerir o consumo de marcas, produtos ou serviços. Do outro lado, por vezes crianças desacompanhadas dos pais ou responsáveis são expostas à publicidade comercial não apenas diante da televisão, mas de celulares e *tablets*.

São pessoas que, muitas vezes, sequer tiveram tempo e oportunidade de ser educadas para o consumo, (art. 4º, inciso IV e 6º, II, todos do CDC). Ademais, mesmo adultos sequer conseguem perceber de que certos programas de TV ou vídeos intercalados em desenhos infantis, são na verdade publicidade não ostensiva, o que viola o art. 36 CDC.⁹

O mero “diálogo” entre crianças e meios de comunicação que divulgam propaganda já deveria ensejar ações do Estado e da sociedade para proteger os mais vulneráveis. Inexiste “diálogo” desinteressado entre anunciantes e pessoas da primeira idade. Também difícil sustentar que, ao “direito” de fazer publicidade direcionada a crianças, corresponda qualquer “dever” dos pais ou responsáveis. Evoca-se um “direito” de bombardear crianças com sugestões de compra e o conseqüente “dever” dos pais de tolerar assédio de consumo aos seus filhos, inclusive de empresas que comercializam alimentos calóricos¹⁰.

⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2013, P. 230

⁸ A esse respeito, ver BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz . Os efeitos da publicidade na "vulnerabilidade agravada": como proteger as crianças consumidoras? Revista de Direito do Consumidor | vol. 90/2013 | p. 69 - 90 | Nov - Dez / 2013 |

⁹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 36. *A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.*

¹⁰ Idem, p. , 117. Matéria do Jornal The Guardian divulgada em 24/01/2014 indicou uma pesquisa cujos resultados mostraram que, em 3 supermercados da cidade de Sheffield na Inglaterra sobre os displays de produtos direcionados a crianças, 90% deles continham produtos com excesso de açúcar, gordura ou sódio. Fonte:

Conforme escreveu o Professor Titular do Departamento de Psicologia da USP, Yves de La Taille,

“Como dito, é mais fácil despertar vontades em quem ainda não se fixou sobre quererem do que em pessoas que já possuem metas definidas. Logo, a resistência afetiva aos apelos publicitários tende a ser fraca, e assim de os anunciantes terem êxito em seduzir a criança a querer algo que, minutos antes de ver o anúncio publicitário, ela nem sabia que existia e, portanto, não desejava. Tanto é verdade que, não raro, veem-se crianças, num primeiro momento, encantadas em receber o objeto cobiçado desde o momento em que conheceram por meio de um anúncio e, num segundo (às vezes poucas horas depois), desinteressarem-se completamente.[...] Sendo as crianças de até doze anos, em média, ainda bastante referenciadas por figuras de prestígio e autoridade [...] é real a influência que a publicidade pode ter sobre elas, a qual pode ser potencialmente aumentada se aparecerem personagens e/ou apresentadores de programas infantis.”¹¹

A exposição à publicidade é danosa à formação das crianças não apenas por frustrar ampla gama de crianças pobres, que não poderão consumir os produtos anunciados, mas também por despertar desejos de aquisição de objetos inúteis ou inapropriados essa etapa de desenvolvimento da pessoa.¹²

Basta sintonizar emissora de televisão ou site que veiculem desenhos infantis para verificar que os mesmos personagens que aparecem nas animações permanecem saltitantes nos intervalos comerciais, como se um fosse prolongamento necessário do outro. Talvez sem necessitar recorrer a teorias conspiratórias, seja isso mesmo que ocorra.

Conforme matéria assinada por Gabriela Sá Pessoa para o Jornal Folha de São Paulo, edição de 11/08/2016, horários destinados à programação

<<https://www.theguardian.com/society/2014/jan/24/children-supermarket-checkouts-unhealthy-study>> Acesso em 07/02/2017

¹¹ LA TAILLE, Yves de . A Publicidade dirigida ao público infantil: Considerações psicológicas. In FONTENELLE, Lais (org) Criança e Consumo. São Paulo: Alana, 2016, p. 106

¹² Idem, p. 117

infantil na TV aberta são preenchidos por desenhos concedidos gratuitamente às emissoras ou pagos por empresas titulares de licenciamento de produtos exibidos na programação, como Mattel, Disney e Viacom.¹³ Segundo a mesma matéria jornalística, a TV Cultura de São Paulo, que se diz pública, adota os mesmos critérios. O Diretor-Presidente da mantenedora da Cultura não viu problemas nesse acordo comercial:

“Mendonça afirma que os interesses das marcas em usar a exposição na TV para vender são "legítimos e naturais" e que a seleção segue os critérios educativos estabelecidos pelo estatuto da emissora. Diz ainda que o horário de exibição é definido pela Cultura.”

Contudo, prossegue o mesmo texto:

“Sob anonimato, um diretor do canal diz não ver propósito educativo em desenhos como "Winx" e que a escolha não foi debatida pela cúpula. Segundo esse diretor, houve escolha de horários: em troca da visibilidade (diariamente às 8h40 e 13h35), os distribuidores de "Peppa Pig" ofereceram à TV desconto nos episódios, que saíram por R\$ 101,4 mil.”

Podemos afirmar, portanto, a partir dessa narrativa, que para os titulares das marcas e direitos autorais, a exposição das personagens infantis, para fins de obter mais contratos de licenciamento, compensa a exposição dos desenhos de forma gratuita ou a valores abaixo do mercado, ao menos nas emissoras de TV aberta, sejam elas privadas ou não.

Por outro lado, em parecer elaborado a pedido de loja de departamentos alvo de Ação Civil Pública pelo MP-SP, Nelson Nery sustenta a impossibilidade de a publicidade infantil ser vedada em abstrato por meio da legislação sem agressão à liberdade de expressão, à legalidade e à livre iniciativa. Nem o Legislativo, tampouco o Judiciário poderiam, de forma abstrata, segundo Nery, proibir a veiculação de publicidade, inclusive a infantil.¹⁴ O citado autor advoga que as restrições à publicidade são apenas aquelas que o constituinte expressamente registrou: tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos,

¹³ <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/08/1801269-apos-proibicao-de-publicidade-infantil-canais-vendem-espaco-para-desenhos.shtml>> Acesso em 04/02/2017

¹⁴ NERY JUNIOR. Nelson. LIMITES PARA A PUBLICIDADE INFANTIL - DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA INICIATIVA PRIVADA. Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Junior | vol. 1/2014 | p. 427 - 465 | Set / 2014 | DTR\2014\15180

medicamentos e terapias (CF 220 § 4). Por fim, destaca que restrição prévia e absoluta não é admitida no direito brasileiro, seja em relação a certo produto, seja em relação ao público a que destina.¹⁵

Em outro caso em que prevaleceu essa posição mais liberalizante a favor do mercado, na Apelação nº, 0018234-17.2013.8.26.0053, do TJ-SP, o Rel. Fermino Magnani Filho derrubou multa aplicada pelo PROCON ao Mcdonald's em razão de publicidade abusiva na medida em que a empresa promoveu o McLanche Feliz, que congrega lanches e brinquedos, perante o público infantil. O citado Relator adotou como premissas para sua decisão os seguintes postulados:

a) A sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista, e as consequências dessa opção econômica e cultural hão de ser assumidas;

b) Cabe à família, notadamente aos pais ou ao responsável legal, o poder-dever da boa educação dos filhos, inclusive o ônus de reprimi-los nos apelos inconvenientes ao seu bem estar social, físico e mental;

c) Crianças bem educadas no berço, por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável, saberão resistir aos apelos consumistas;

d) Não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância “ongueira”, sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império. (grifos nossos)¹⁶

A posição mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, de Março de 2016, foi exposta no REsp 1.558.086. Em 2009, o MP-SP moveu Ação Civil Pública em face da Pandurata Alimentos Ltda, empresa titular da marca Bauducco. A citada empresa promoveu seus produtos ao público infantil mediante oferecimento de relógios de pulso do personagem Shrek que somente poderiam ser adquiridos com R\$ 5,00 mais 05 embalagens de bolachas recheadas.

O Ministro Humberto Martins, relator do processo, entendeu haver dupla abusividade na conduta da empresa ré: em função da publicidade direcionada ao público infantil e pelo condicionamento do consumo de pacotes de bolachas para poder adquirir relógio. Inexistiu, segundo Martins, no caso

¹⁵ Idem

¹⁶ TJ-SP. Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo. PROCON-SP, x ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. Rel, Fermino Magnani Filho.

concreto, fornecimento de “brinde”, pois a relação era onerosa. O voto condutor deixou claro que o marketing dirigido de forma direta ou indireta às crianças é abusivo:

“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).”¹⁷

Quanto à eficácia jurídica da Resolução 163/14 da CONANDA¹⁸, que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, somos partidários da visão segundo a qual se trata de regulamentação infra legal que explicita uma interpretação restritiva de qualquer modalidade de publicidade ao público infantil.¹⁹ Assim, a polêmica resolução efetivamente não cria direitos, tampouco obrigações que leis ordinárias já não tiveram criado anteriormente.

Em relação ao PL n. 5.921/2001, que busca explicitar a abusividade contida no art. 37 do CDC nas propagandas direcionadas ao público infantil, apesar de suas boas intenções, julgamos de certa desnecessidade.²⁰

Primeiro, por enfraquecer o argumento de que os artigos 37 § 2 e 39º IV do CDC não são suficientemente claros ao dizer que publicidade direcionada ao público infantil é abusiva. Ademais, seria uma redundância hermenêutica repetir um comando que o estatuto consumerista já traz.

Segundo, porque parece solução carregada de ares positivistas, nos quais a lei soa como única fonte do direito. Como acabamos de ver, precedentes dos tribunais superiores em matéria infraconstitucional vem sendo

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.558.086, Rel. Min. Humberto Martins. MP-SP x Pandurata Alimentos LTDA.

¹⁸ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>> acesso em 03/02/2017

¹⁹ Conferir MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por Resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente - Conanda. Parecer. Revista de Direito do Consumidor | vol. 95/2014 | p. 459 - 495 | Set - Out / 2014 |

²⁰ Projeto de Lei n. 5921/01. 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". Fonte: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>> Consulta em 02/02/2017

favorável à proteção das crianças. O problema que enfrentamos não é a falta de leis sobre o assunto: podemos mencionar o ECA, o CDC, a Lei 9.294/96, que restringe a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas e de outros mercados, a Lei n. 11.265/2006, que regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância, as normas do próprio mercado, como as editadas pelo CONAR.

Com efeito, inserir mais normas nesse cenário provavelmente não vai alterar a realidade de forma impactante. Se as demais normas são frequentemente desrespeitadas, provavelmente esta também será. Entendemos que, para resguardar os direitos da criança e do adolescente diante da publicidade, o quadro normativo é suficiente. Falta talvez consolidação maior da jurisprudência e fiscalização administrativa.

Assim, o que poderia sim ser bastante útil seria fortalecimento das estruturas dos Procons estaduais e municipais, bem como colaborar para o desenvolvimento de associações representativas, como ALANA, IDEC e o Balcão do Consumidor, elogiável atividade de extensão da Universidade de Passo Fundo-RS, e demais legitimados para propor Ações Cíveis Públicas em favor das crianças e adolescentes.

3 – Consequências do reconhecimento da abusividade da propaganda

No âmbito da proteção ao consumidor, reconhecendo suas diversas vulnerabilidades perante os fornecedores – informativa, econômica, técnica e jurídica – (art. 4º, I) a codificação de consumo assegurou, entre outros direitos, a preservação da integridade física, moral e econômica, (art. 6º, I) a proteção contra publicidade abusiva e enganosa, (art. 6, IV) mediante efetiva reparação dos danos causados, sejam eles individuais, coletivos ou difusos. (art. 6º, VI).

Em termos gerais no Código de Defesa do Consumidor, todos os fornecedores que obtiveram lucros ou vantagens, diretas ou indiretas, são responsáveis solidários pelos danos causados aos consumidores. (art. 25 § 1º e 34 do CDC).

Além do fornecedor-anunciante, a agência e o veículo que divulga publicidade poderiam ser responsabilizados solidariamente por danos decorrentes de divulgação da propaganda em desacordo com as normas legais.²¹ Evidentemente, se for o caso, aquele que pagou indenização por culpa alheia tem assegurado o direito de regresso. (art. 88 CDC)

²¹ NUNES, Antonio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 566

No entender de Cláudia Lima Marques, o responsável civil pela veiculação da publicidade abusiva é quem dela se beneficia para promover seus produtos ou serviços, ao passo que as vítimas são toda a coletividade, denominada pelo CDC como consumidores por equiparação (art. 29 do CDC).²² Os consumidores por equiparação, mesmo não tendo firmado diretamente uma relação de consumo, são vítimas de danos causados por fornecedores. Trata-se de uma maneira de ampliar a incidência do CDC às vítimas atingidas ou prejudicadas por atividades dos fornecedores no mercado.²³ Os danos aos consumidores, em razão de veiculação de publicidade abusiva, sequer precisam ser efetivos, bastando a sua potencialidade.²⁴

Se por um lado, na publicidade enganosa, o veículo dificilmente teria como saber que o teor de certa peça publicitária não corresponde à realidade em termos de preços praticados, condições de parcelamento e juros, quando se trata de publicidade abusiva, sobretudo quando direcionada à criança, o veículo de mídia não poderia alegar desconhecimento. Ademais, a ignorância sobre os vícios por inadequação de produtos ou serviços não exime o fornecedor de culpa (art. 23 do CDC). Além dos danos individuais, coletivos e difusos correspondentes, há que se cogitar da sanção administrativa de contrapropaganda às expensas do ofensor. (Art. 56, XII do CDC).

Conclusões

A publicidade direcionada a crianças e adolescentes, quando dialogar diretamente com esses possíveis consumidores, mediante uso de personagens, apresentadores infantis, apelo à fantasia e à imaginação, deve ser proibida. Para não ser considerada abusiva, parece correta a visão de que a publicidade deveria ser direcionada apenas aos pais ou responsáveis, em horários e mediante linguagem condizentes.

Devemos partir do pressuposto de que o modelo de sociedade traçado a partir da Constituição Federal de 1988, apesar de prestigiar o livre mercado, insere importantes condicionamentos para o seu funcionamento. A proteção da infância, certamente, é uma delas. Aproveitar da ingenuidade de criança para despertar desejos de comprar produtos que as condições materiais dos seus responsáveis não permitirão, ou que serão a elas inúteis em curto prazo de tempo, deveria ser encarada como abuso de direito. Os meios legais para tais

²² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2016 p. 915-916

²³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2013, p. 118

²⁴ NUNES, Antonio Rizzatto. *Op. cit.* p. 573-574

conclusões, a nosso ver, existem, e poderiam ser mais utilizados e disseminados.

Atribuir apenas aos pais a responsabilidade de dizer não aos desejos de consumo das crianças equivale a negar os direitos mais elementares das crianças em termos de proteção, consideração de pessoa em desenvolvimento, sem falar na sua hiper vulnerabilidade.

Na ausência de uma coletividade que se organize em favor da proteção das crianças, o mercado prossegue aproveitando das fraquezas de quem ainda não teve a oportunidade de ser educado para o consumo e de consolidar estrutura cognitiva e emocional para julgar mais adequadamente a necessidade e a conveniência de consumir.

Com efeito, urge pensarmos em publicidade direcionada a crianças e adolescentes como modalidade de publicidade abusiva e prática abusiva. Tais condutas podem ser reprimidas por tutelas coletivas que demandem reparação dos danos difusos causados, independentemente de comprovação de culpa, perante todos os fornecedores que tomaram parte na relação, como agências, veículos e anunciantes.

Entre um modelo de sociedade mais liberalizante, que dê mais importância ao direito das empresas realizarem publicidade direcionada às crianças e aos adolescentes do que à proteção destes, e outro mais protetivo às pessoas da primeira infância, que vê nessas condutas práticas abusivas em função das suas consequências negativas para a formação de pessoas em desenvolvimento, preferimos viver e criar nossos filhos neste último.

Referências:

BENJAMIN, Antonio Herman. O CONTROLE JURÍDICO DA PUBLICIDADE. Revista de Direito do Consumidor | vol. 9/1994 | p. 25 - 57 | Jan - Mar / 1994 . p. 36-37

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz . Os efeitos da publicidade na "vulnerabilidade agravada": como proteger as crianças consumidoras? Revista de Direito do Consumidor | vol. 90/2013 | p. 69 - 90 | Nov - Dez / 2013 |

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>> acesso em 03/02/2017

BRASIL. CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 5921/01. 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". Fonte: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>> Consulta em 02/02/2017

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.1.558.086, Rel. Min. Humberto Martins. MP-SP x Pandurata Alimentos LTDA.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [ARE 639337 AgR / SP](#), Rel. Min. Celso de Mello, j. **15/09/2011**. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO x MP-SP. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=639337&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 05/02/2017

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo. PROCON-SP, x ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. Rel, Fermino Magnani Filho.

CONAR. Representação n. 085/11. Rel. Enio Basilio Rodrigues. Fonte:<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/07/ArcosDouradosRio_Decisao_2014.pdf> acesso em 02/02/2017.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2001,

LA TAILLE, Yves de . A Publicidade dirigida ao público infantil: Considerações psicológicas. In FONTENELLE, Lais (org) Criança e Consumo. São Paulo: Alana, 2016,

MARQUES, Cláudia Lima ; MIRAGEM, Bruno. CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE DE BEBIDAS ALCÓOLICAS E TABACO POR LEI FEDERAL. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública (art. 170, CF/88). Revista de Direito do Consumidor | vol. 59/2006 | p. 197 - 240 | Jul - Set / 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2013

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2016

MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por Resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente - Conanda. Parecer. Revista de Direito do Consumidor | vol. 95/2014 | p. 459 - 495 | Set - Out / 2014

NERY JUNIOR. Nelson. LIMITES PARA A PUBLICIDADE INFANTIL - DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA INICIATIVA PRIVADA. Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Junior | vol. 1/2014 | p. 427 - 465 | Set / 2014 | DTR\2014\15180

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Publicidade Comercial: Proteção e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000

PESSOA, Gabriela Sá. Após restrição de publicidade infantil, canais vendem espaço para desenhos. Jornal Folha de São Paulo. Edição de 11/08/2016. Fonte: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/08/1801269-apos-proibicao-de-publicidade-infantil-canais-vendem-espaco-para-desenhos.shtml>> Acesso em 04/02/2017

THE GUARDIAN. 90% of food displayed to children at checkouts unhealthy, study find. Edição de 24/01/2014. Fonte: <<https://www.theguardian.com/society/2014/jan/24/children-supermarket-checkouts-unhealthy-study>> Acesso em 07/02/2017