

São Paulo, 09 de Junho de 2011

Ao
Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor do Estado da
Paraíba - PROCON/PB
A/c: Dr^a Klébia Maria Ludgério Borba
Rua Parque Solon de Lucena, 234
João Pessoa - PB
58013-130

Ref.: Representação - Abusividade verificada nas estratégias de
comunicação mercadológica para a promoção da linha 'Sustagen kids'.

Prezada Senhora,

o Instituto Alana vem, por meio desta, apresentar representação em face de Mead Johnson do Brasil Comércio e Importação de produtos de Nutrição Ltda., detentora da marca 'Sustagen', em razão de abusividade verificada em estratégia de comunicação mercadológica¹, desenvolvida para promover a venda do produto 'Sustagen kids'. A referida estratégia de marketing, claramente direcionada às crianças, é abusiva e capaz de induzir o consumidor ao erro, além de se constituir em prática comercial ilegal de venda casada.

¹ O termo 'comunicação mercadológica' compreende toda e qualquer atividade de comunicação comercial para a divulgação de produtos e serviços independentemente do suporte ou do meio utilizado. Além de anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio e banners na internet, podem ser citados, como exemplos: embalagens, promoções, merchandising, disposição de produtos nos pontos de vendas, etc.

I. Sobre o Instituto Alana.

O **Instituto Alana** (docs. 1 a 3) é uma organização sem fins lucrativos que desenvolve atividades educacionais, culturais, de fomento à articulação social e de defesa dos direitos da criança e do adolescente no âmbito das relações de consumo e perante o consumismo ao qual são expostos [www.institutoalana.org.br].

Para divulgar e debater idéias sobre as questões relacionadas ao consumo de produtos e serviços por crianças e adolescentes, assim como para apontar meios de minimizar e prevenir os prejuízos decorrentes da publicidade e da comunicação mercadológica, voltados ao público infanto-juvenil criou o **Projeto Criança e Consumo** [www.criancaeconsumo.org.br].

Por meio do **Projeto Criança e Consumo**, o **Instituto Alana** procura disponibilizar instrumentos de apoio e informações sobre os direitos do consumidor nas relações de consumo que envolva crianças e adolescentes e acerca do impacto do consumismo na sua formação, fomentando a reflexão a respeito da força que a mídia, a publicidade e a comunicação mercadológica infanto-juvenil possuem na vida, nos hábitos e nos valores dessas pessoas ainda em formação.

As grandes preocupações do **Projeto Criança e Consumo** são com os resultados apontados como conseqüência do investimento maciço na mercantilização da infância e da juventude, a saber: o consumismo, a incidência alarmante de obesidade infantil; a violência na juventude; a sexualidade precoce e irresponsável; o materialismo excessivo e o desgaste das relações sociais; dentre outros.

II. Abusos verificados na estratégia de promoção e comercialização de 'Sustagen Kids'.

No escopo de sua atuação institucional, o **Instituto Alana**, por meio do **Projeto Criança e Consumo** identificou estratégia de comunicação mercadológica dirigida às crianças, desenvolvida pela empresa representada, para promover a venda do complemento alimentar infantil 'Sustagen Kids'. O produto em questão foi desenvolvido para complementar a nutrição de crianças que não consomem a quantidade diária de vitaminas e minerais necessária para compor uma alimentação equilibrada.

A partir de pesquisa realizada no web site² criado para promoção do produto 'Sustagen kids', verificou-se clara contradição no direcionamento do respectivo conteúdo publicitário. Aparentemente destinado aos pais, o conteúdo da página designada à descrição do produto ("Conheça tudo sobre Sustagen Kids") possui quadros informativos a respeito do referido complemento alimentar, como "mitos e verdades", "Por que dar Sustagen Kids para seu filho?", "Informações nutricionais", e "Como preparar". Não obstante, a linguagem visual utilizada para a construção do site é, absolutamente infantil, permeando todo o site em questão, com muitos desenhos, cores e animações, como pode ser notado na imagem abaixo.



Na mesma página há ainda um quadro informativo referente às 'Campanhas' contendo anúncios e filmes publicitários do produto. Os anúncios são imagens de pratos de alimentos saudáveis decorados como formas de animais, cuja finalidade é fazer despertar na criança o prazer de comer tais alimentos, necessários para uma dieta balanceada. Sobreposto às imagens estão postos textos com os seguintes dizeres: *"Mesmo depois deste trabalhão seu filho ainda não come toda a salada? Criança é assim mesmo: cisma com frutas, legumes e verduras - alimentos que garantem vitaminas e minerais essenciais. Por isso Sustagen Kids é um excelente opção para complementar diariamente a alimentação do seu filho. Um copo de leite com Sustagen Kids é delicioso e oferece 100% do ferro, zinco e vitamina C que seu filho precisa todo dia"*.

Os filmes (doc. 4), por sua vez, são comerciais que reproduzem o esforço diário de uma mãe para fazer seus filhos comerem alimentos saudáveis, como palmito e couve. No entanto, no comercial, o esforço é em

² <http://www.sustagenkids.com.br/#/home> (acessado em 26.4.2011)

vão, o que as deixam preocupadas com uma possível deficiência nutricional das crianças. Por isso, para complementar a alimentação de seus filhos elas utilizam ‘Sustagen Kids’ todos os dias. Nota-se o uso de linguagem infantil na conversa entre mãe e filho, reproduzindo erros comuns às crianças no período de aprendizado da língua portuguesa, reforçando a contradição no direcionamento da respectiva comunicação mercadológica. São apresentadas falas como as que seguem:

“Meu filho não come ‘palito’ (palmito); E dá um trabalho pra comer combi (couve)...”

“Eu gosti!; Se ele ‘gostiu’(gostou) eu também ‘gosti’ (gostei).”

A gravidade do problema exposto, refletida na contradição do direcionamento da comunicação mercadológica, reside no fato de que, apesar de transvestida pelo aparente direcionamento feito aos pais, a campanha dialoga diretamente com a criança, que não entende a comunicação mercadológica como tal.

O emérito professor de psicologia da Universidade de São Paulo, YVES DE LA TAILLE, em parecer conferido sobre o tema ao Conselho Federal de Psicologia ressalta³ (doc. 5);

“Não tendo as crianças de até 12 anos construído ainda todas as ferramentas intelectuais que lhes permitirá compreender o real, notadamente quando esse é apresentado através de representações simbólicas (fala, imagens), a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro e à ilusão. (...) é certo que certas propagandas podem enganar as crianças, vendendo-lhes gato por lebre, e isto sem mentir, mas apresentando discursos e imagens que não poderão ser passados pelo crivo da crítica.”

(...)

“As crianças não têm, os adolescentes não têm a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto e, portanto, não estão com condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo. A luta é totalmente desigual.” (grifos inseridos)

Em ambos os casos, as estratégias de comunicação mercadológica utilizadas, imagens e o comercial, ao afirmar que o complemento alimentar ‘Sustagem Kids’ oferece 100% do ferro, zinco e vitamina C que a criança precisa todo dia, pode levar o consumidor a pensar que o consumo diário do produto substitui a ingestão dos alimentos capazes de suprir a necessidade dessas vitaminas e minerais, quando na verdade ele é indicado apenas como

³ Parecer sobre PL 5921/2001 a pedido do Conselho Federal de Psicologia, ‘A Publicidade Dirigida ao Público Infantil - Considerações Psicológicas’.

um complemento alimentar. Ou seja, seu uso deve ser somado a uma alimentação equilibrada e saudável.



Mesmo depois deste trabalho seu filho não come toda a salada?

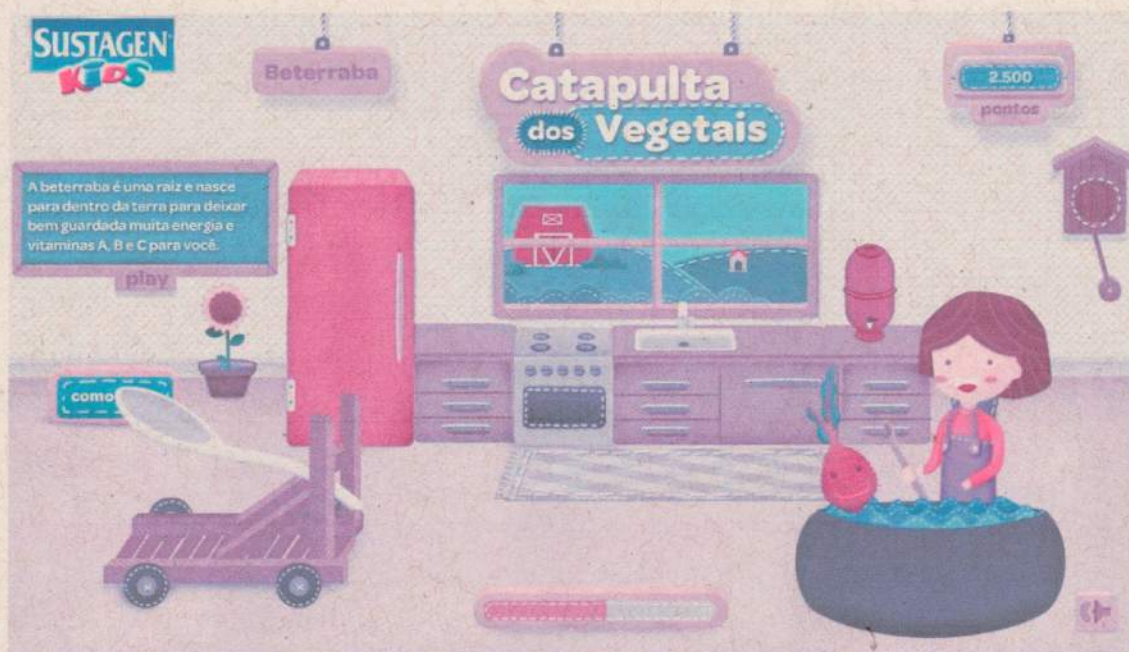
Criança é assim mesmo: olama com frutas, legumes e verduras - alimentos que garantem vitaminas e minerais essenciais. Por isso, Sustagen Kids é uma excelente opção para complementar diariamente a alimentação do seu filho. Um copo de leite com Sustagen Kids é delicioso e oferece 100% do ferro, zinco e da vitamina C que seu filho precisa todo dia.

O site⁴ ainda conta com uma página⁵ (“Hora da diversão”) onde podem ser encontrados três jogos infantis (“Hora da colheita”; “Catapulta dos vegetais”; e “Os animais também comem”). O primeiro, chamado “Hora da colheita”, apresenta uma plantação de vegetais que devem ser colhidos (com um ‘clique’ do *mouse*) e colocados em suas respectivas caixas. O segundo jogo, com o nome de “Catapulta dos vegetais”, no qual a criança deve lançar, de uma catapulta, os vegetais para dentro do caldeirão. Por fim, no terceiro jogo, “Os animais também comem”, a criança deve reconhecer qual o alimento favorito do animal que está sendo mostrado. Vale ressaltar que a marca ‘Sustagen Kids’ tem visibilidade constante em todos os jogos.

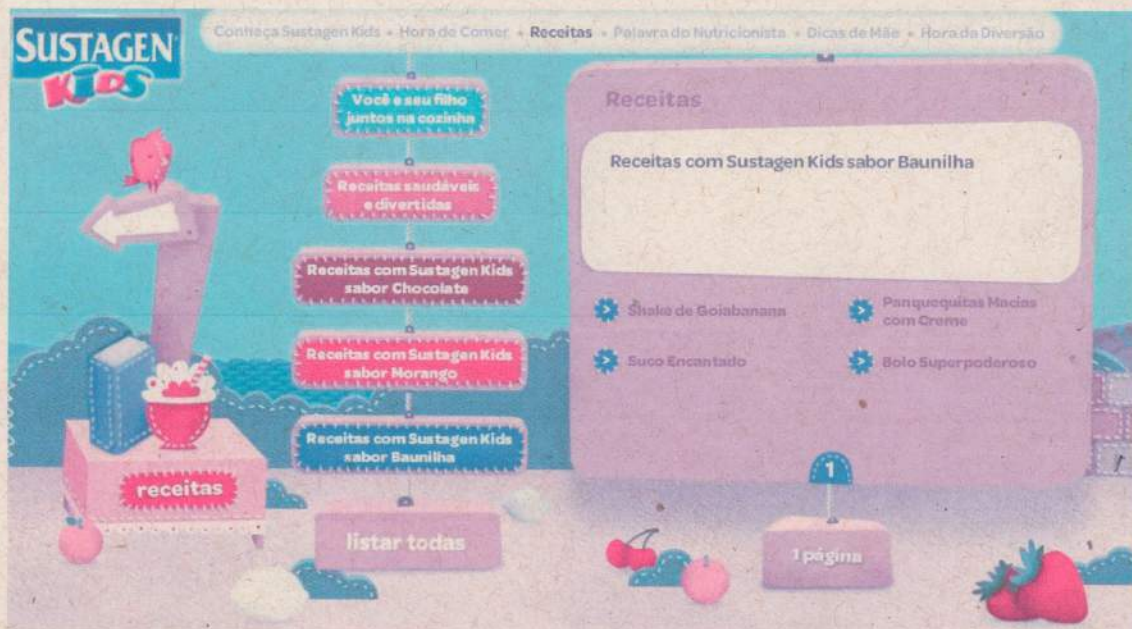


⁴ <http://www.sustagenkids.com.br/#/home> (acessado em 26.4.2011)

⁵ <http://www.sustagenkids.com.br/#/hora-da-diversao> (acessado em 26.4.2011)



Ainda no site⁶ do Produto em questão, encontra-se disponível uma página com sugestões de receitas⁷ de sobremesas que utilizam o produto 'Sustagen Kids', como "Shake de Goiabana", "Bolo superpoderoso", "Sobremesa dançante", "Suco encantado", dentre outros, como retratado na imagem abaixo. Todas as receitas sugerem uma interação entre os pais e filhos no preparo da comida.

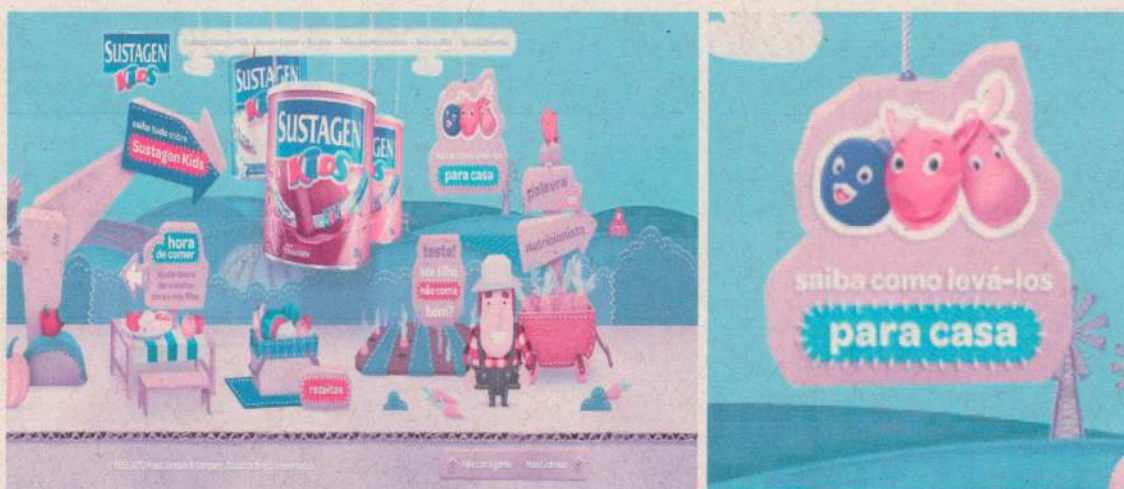


⁶ <http://www.sustagenkids.com.br/#/home> (acessado em 26.4.2011)

⁷ <http://www.sustagenkids.com.br/#/receitas?id=1> (acessado em 26.4.2011)

Nota-se novamente que, apesar do direcionamento dessa página ser feito aos pais, por se tratarem de receitas que exigem um preparo cauteloso na hora de cortar, descascar, e cozinhar os alimentos, logo não podem ser feitas por crianças, os nomes dos pratos são, sugestivamente, atrativos ao público infantil, funcionando como um estímulo à ingestão dos alimentos e, conseqüentemente, ao consumo de ‘Sustagem Kids’, já que a página se refere a receitas que utilizam o produto em seu preparo.

Ainda dentro da respectiva estratégia de comunicação mercadológica, criada para a promoção do Produto ‘Sustagem Kids’, foi verificado que a empresa utiliza-se do licenciamento dos personagens do desenho infantil “Backyardigans”, com a finalidade de torná-lo mais atrativo às crianças deixando, mais uma vez, claro o direcionamento da estratégia de comunicação mercadológica ao público infantil. O acesso à página referente à promoção se dá por meio de um anúncio (“saiba como levá-los para casa”) presente na *home Page*⁸ do produto em questão, logo abaixo da imagem dos personagens do desenho infantil citado, como registrado na imagem abaixo.



Ao veicular a imagem dos personagens do desenho infantil e logo abaixo anunciar “saiba como levá-los para casa”, como retratado na figura acima, a estratégia comunicacional pode induzir a criança a acreditar que ali há uma forma de efetivamente levar os personagens do desenho infantil para casa. Este entendimento, na verdade, se configura como ilegal, causado pelo potencial de enganiosidade contido no anúncio. A estrutura do anúncio possibilita que o consumidor entenda mal aquilo que, realmente, está sendo anunciado. Ao clicar na imagem, a fim de descobrir como fazer para ‘levar os personagens para casa’, o consumidor é direcionado a outra página⁹, referente à promoção “Nutrição e Diversão Garantidas”, revelando o que de fato está sendo posto como brinde pela empresa.

⁸ <http://www.sustagenkids.com.br/#/home> (acessado em 3.5.2011)

⁹ <http://www.sustagenkids.com.br/promocao/> (acessado em 3.5.2011)

No caso, não se trata de ‘levá-los (os personagem) para casa’, como podem vir a pensar os consumidores, principalmente as crianças, que são particularmente vulneráveis. Na verdade, trata-se meramente de levar como brinde, condicionado à compra de uma embalagem de 380g do produto ‘Sustagen kids’, um recipiente de plástico com a imagem dos personagens do desenho “Backyardigans” em seu exterior.

The advertisement is set against a light blue background. At the top left is the 'SUSTAGEN KIDS' logo. To its right, the text 'Seu filho não come bem?' is written in a playful font. Below this, the promotion is described as 'promoção Nutrição e Diversão Garantidas!'. A central graphic shows 'comprou 1' (bought 1) Sustagen Kids product and 'ganhou 1' (won 1) 'BRINDE' (gift) 'BACKYARDIGANS' container. To the right, a circular frame contains the Backyardigans characters. Below the characters, there are three plastic containers with the characters' faces on them. A 'POTE' (container) label is positioned next to them, with the text 'Onde encontrar este brinde em sua cidade' and a 'Onde encontrar' button.

De acordo com o estudo “Kids Power”¹⁰, da TNS, 83% das crianças brasileiras são influenciadas pela publicidade; 72% por produtos associados a personagens famosos; 42% por influência de amigos; 38% por produtos que oferecem brindes e jogos, e 35% por embalagens coloridas e atrativas.

Considerando pesquisa¹¹ realizada pelo Instituto de Pesquisa Datafolha em Fevereiro de 2010 (doc. 6), com pais de crianças de 3 a 11 anos; os pais ao serem questionados quais eram as principais atividades de lazer realizadas por seus filhos, 41% responderam ser acessar a internet e brincar no computador. Ainda na mesma pesquisa, 69% dos pais disseram que são influenciados pelo pedido dos filhos na hora das compras. Além disso, pesquisa¹² realizada pelo *Cartoon Network* (doc. 7), ao serem perguntados a respeito de quem mais admiram, 47% dos meninos e 18% das meninas responderam um personagem de desenho animado.

¹⁰ Pesquisa TNS Insterscience “Kids Power” - 2007

¹¹ Pesquisa ‘Consumismo na infância’ realizada pelo Instituto Datafolha em Fevereiro de 2010. (universo: pais de crianças entre 3 e 11 anos, pertencentes a todas classes sociais; Amostra: 411 entrevistas)

¹² Pesquisa CN.com.br - ‘Kids Experts’/Base: Crianças 7-15 anos (1.113)

De acordo com a pesquisa da Interscience (doc. 8), as crianças incidem em até 80% das decisões de compra de uma família, muitas vezes influenciando inclusive na escolha das marcas. Assim, não é por acaso que cada vez mais as publicidades [e comunicações mercadológicas] estão sendo dirigidas às crianças, uma vez que pela intensa presença de publicidades nos seus cotidianos, são transformadas em verdadeiras promotoras de vendas. Afinal, com apenas uma ação de marketing atinge-se pelo menos 3 mercados: o infantil diretamente (representado pelas compras efetuadas pelas crianças com dinheiro proveniente de mesada); o dos pais, indiretamente, na medida em que os pequenos insistem junto a eles para que adquiram determinado produto ou serviço e o mercado futuro que as crianças representam (fidelização do consumidor à marca). Utilizar-se dessa abusiva estratégia de marketing é atentar contra a integridade das crianças, as quais são sujeitos de direito especialmente e integralmente tutelados.

III. A ilegalidade das estratégias de comunicação mercadológica desenvolvidas para a promoção do complemento alimentar 'Sustagen Kids'.

A hipossuficiência presumida das crianças nas relações de consumo

As crianças, por se encontrarem em peculiar processo de desenvolvimento, são titulares de uma proteção especial, denominada no ordenamento jurídico brasileiro como proteção integral. Segundo a advogada e professora de Direito de Família e de Direito da Criança e do Adolescente da PUC/RJ e UERJ, TÂNIA DA SILVA PEREIRA¹³:

“Como ‘pessoas em condição peculiar de desenvolvimento’, segundo Antônio Carlos Gomes da Costa, ‘elas desfrutam de todos os direitos dos adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e ainda têm direitos especiais decorrentes do fato de:

- Não terem acesso ao conhecimento pleno de seus direitos;
- Não terem atingido condições de defender seus direitos frente às omissões e transgressões capazes de violá-los;
- Não contam com meios próprios para arcar com a satisfação de suas necessidades básicas;

- Não podem responder pelo cumprimento das leis e deveres e obrigações inerentes à cidadania da mesma forma que o adulto, por se tratar de seres em pleno desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e sociocultural.”

¹³ Pereira, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente - Uma proposta interdisciplinar - 2a edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, página 25.

Por conta da especial fase de desenvolvimento bio-psicológico das crianças, quando sua capacidade de posicionamento crítico frente ao mundo ainda não está plenamente desenvolvida, nas relações de consumo nas quais se envolvem serão sempre consideradas hipossuficientes.

Nesse sentido JOSÉ DE FARIAS TAVARES¹⁴, ao estabelecer quem são os sujeitos infanto-juvenis de direito, observa que as crianças e os adolescentes são *“legalmente presumidos hipossuficientes, titulares da proteção integral e prioritária”* (grifos inseridos).

Em semelhante sentido, ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN¹⁵ assevera:

“A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários.

O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É **em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então)** que alguns parâmetros especiais devem ser traçados.” (grifos inseridos)

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

Assim também entende o Conselho Federal de Psicologia, que, representado pelo psicólogo RICARDO MORETZOHN, por ocasião da audiência pública realizada na Câmara dos Deputados Federais, ocorrida em 30.8.2007, manifestou-se da seguinte forma¹⁶:

“Autonomia intelectual e moral é construída paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, do ponto de vista tanto cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade. Como as propagandas para o público infantil costumam ser veiculadas pela mídia e a mídia costuma ser vista como instituição de prestígio, é certo que seu poder de influência pode ser

¹⁴ *In Direito da Infância e da Juventude*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001, p. 32.

¹⁵ *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*, São Paulo, Editora Forense, pp. 299-300.

¹⁶ Audiência Pública n° 1388/07, em 30/08/2007, ‘Debate sobre publicidade infantil’.

grande sobre as crianças. Logo, existe a tendência de a criança julgar que aquilo que mostram é realmente como é e que aquilo que dizem ser sensacional, necessário, de valor realmente tem essas qualidades.” (grifos inseridos)

Por se aproveitar do fato do desenvolvimento incompleto das crianças, da sua natural credulidade e falta de posicionamento crítico para impor produtos, a publicidade dirigida a crianças restringe significativamente a possibilidade de escolha das crianças, substituindo seus desejos espontâneos por apelos de mercado.

Acerca da restrição da liberdade de escolha da criança pelos imperativos publicitários, é válido reproduzir as palavras do psiquiatra e estudioso do tema DAVID LÉO LEVISKY:

“Há um tipo de publicidade que tende a mecanizar o público, seduzindo, impondo, iludindo, persuadindo, condicionando, para influir no poder de compra do consumidor, fazendo com que ele perca a noção e a seletividade de seus próprios desejos. Essa espécie de indução inconsciente ao consumo, quando incessante e descontrolada, pode trazer graves conseqüências à formação da criança. Isso afeta sua capacidade de escolha; o espaço interno se torna controlado pelos estímulos externos e não pelas manifestações autênticas e espontâneas da pessoa¹⁷.”

Proibição da publicidade dirigida à criança

No Brasil publicidade dirigida ao público infantil é ilegal. Pela interpretação sistemática da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Convenção das Nações Unidas sobre as Crianças e do Código de Defesa do Consumidor, pode-se dizer que a publicidade dirigida ao público infantil é proibida, mesmo que na prática ainda sejam encontrados diversos anúncios voltados para esse público. Neste sentido, é emblemática a postura já adotada por eminentes juristas sobre o assunto, como Vidal Serrano Jr.¹⁸ (doc. 9):

“Assim, toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil parece inelutavelmente maculada de ilegalidade, quando menos por violação de tal ditame legal.

(...)

¹⁷ A mídia - interferências no aparelho psíquico. *In* Adolescência - pelos caminhos da violência: a psicanálise na prática social. Ed. Casa do Psicólogo. São Paulo, SP, 1998, página 146.

¹⁸ *In* Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro / coordenação Ives Gandra Martins, Francisco Rezek. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEI - Centro de Extensão Universitária, 2008. Pp. 845-846.

Posto o caráter persuasivo da publicidade, a depender do estágio de desenvolvimento da criança, a impossibilidade de captar eventuais conteúdos informativos, quer nos parecer que a publicidade comercial dirigida ao público infantil esteja, ainda uma vez, fadada ao juízo de ilegalidade.

Com efeito, se não pode captar eventual conteúdo informativo e não tem defesas emocionais suficientemente formadas para perceber os influxos de conteúdos persuasivos, praticamente em todas as situações, a publicidade comercial dirigida a crianças estará a se configurar como abusiva e, portanto, ilegal.”

A Constituição Federal ao instituir os direitos e garantias fundamentais de todos, homens e mulheres, promove os direitos e garantias também das crianças e adolescentes, assegurando os direitos individuais e coletivos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, além de elencar os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, à segurança, à proteção, à maternidade e à infância.

No artigo 227, a Magna Carta estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar “*com absoluta prioridade*” à criança e ao adolescente os direitos 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. Também determina que todas as crianças e adolescentes devem ser protegidos de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece os direitos dessas pessoas em desenvolvimento e o respeito à sua integridade inclusive com relação aos seus valores, nos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 17, 18, 53, dentre outros.

Merece destaque o artigo 4º do ECA, que em absoluta consonância com o artigo 227 da Constituição Federal, determina:

“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.”

Repisando a idéia expressa no artigo 227 do texto constitucional de que a proteção da infância e adolescência é responsabilidade coletiva e compartilhada pela família, sociedade e Estado, este artigo 4º deixa claro que nenhum destes entes, nominalmente identificados e destinados como guardiões da infância e adolescência, podem se escusar de atuar para a garantia da proteção integral a todas as crianças e adolescentes. De acordo com DALMO DE ABREU DALLARI:

“(...) são igualmente responsáveis pela criança a família, a sociedade e o Estado, não cabendo a qualquer dessas entidades assumir com

exclusividade as tarefas, nem ficando alguma delas isenta de responsabilidade.¹⁹”

E no mesmo sentido continua o eminente jurista:

“Essa exigência [de se oferecer cuidados especiais à infância e adolescência] também se aplica à família, à comunidade, e à sociedade. Cada uma dessas entidades, no âmbito de suas respectivas atribuições e no uso de seus recursos, está legalmente obrigada a colocar entre seus objetivos preferenciais o cuidado das crianças e dos adolescentes. A prioridade aí prevista tem um objetivo prático, que é a concretização de direitos enumerados no próprio art. 4 do Estatuto, e que são os seguintes: 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.²⁰”

Ainda sobre o assunto, é importante lembrar que essa responsabilidade direcionada à sociedade envolve obrigações positivas e negativas, vale dizer, envolve o dever da sociedade de agir efetivamente para evitar danos e prejuízos à infância e ao saudável desenvolvimento de pessoas com idade entre zero e dezoito anos e também o dever de se abster de praticar atos que possam lesionar tão relevante bem jurídico que é a própria proteção integral. Nesse sentido, é importante pensar na atuação das empresas privadas, que têm o mesmo dever de promover a proteção integral e de se absterem de realizar ações que venham ofender este princípio.

Vale ser mencionada aqui a idéia de garantia do melhor interesse da criança. Segundo interpretações as mais autorizadas de juristas especialistas em infância e adolescência, as ações que atingem as crianças e adolescentes - praticadas por particulares ou pelo poder público - devem ser levadas a cabo tendo-se em vista o melhor interesse da criança.

Como bem nos aponta TÂNIA DA SILVA PEREIRA acerca da proteção do melhor interesse da criança:

“O Brasil incorporou, em caráter definitivo, o princípio do ‘melhor interesse da criança’ em seu sistema jurídico e, sobretudo, tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente.²¹”

¹⁹ Cury, Munir (coordenador) Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários jurídicos e sociais. Editora Malheiros: São Paulo, 2003, 6 edição, página 37.

²⁰ Cury, Munir (coordenador) Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários jurídicos e sociais. Editora Malheiros: São Paulo, 2003, 6 edição, página 41.

²¹ O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. Pereira, Tania da Silva . Disponível para download em: http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf (acessado em 24.3.2008).

De acordo com este princípio de atendimento ao melhor interesse da criança, deve-se levar em conta, no momento da aplicação da lei; da criação de políticas públicas para a infância e adolescência e de desenvolvimento de ações do poder público e privado, o atendimento a todos os seus direitos fundamentais, o que inclui uma infância livre de pressões e imperativos comerciais.

Assim, não é demais reafirmar que, com a garantia da proteção integral e da primazia do melhor interesse da criança, espera-se proporcionar à criança e ao adolescente um desenvolvimento saudável e feliz, livre de violências e opressões, conforme preconiza o texto constitucional, o ECA e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Aliás, vale aqui lembrar que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças²² é o documento de direitos humanos mais bem aceito no mundo, tendo sido aprovada por unanimidade na Assembleia da ONU de 20 de novembro de 1989 e ratificada por quase todos os países do planeta (só não a ratificaram os Estados Unidos da América e a Somália). Em razão disso, suas disposições assumem papel de consenso internacional acerca dos direitos e garantias destinados a crianças e adolescentes.

Este documento foi internalizado no Brasil por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 e por isso integra o ordenamento jurídico brasileiro, tendo as suas disposições ao menos hierarquia de lei ordinária. Esta convenção também determina que o tratamento jurídico dispensado a crianças e adolescentes seja balizado pelos parâmetros de direitos humanos e norteadores da proteção integral. Segundo TÂNIA DA SILVA PEREIRA:

“A Convenção consagra a ‘Doutrina Jurídica da Proteção Integral’, ou seja, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram, e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado.

Recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando de consideração especial, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais.

Reafirma, também, conforme o *princípio do melhor interesse da criança*, que é dever dos pais e responsáveis garantir às crianças proteção e cuidados especiais e na falta destes é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam.²³”

²² A Convenção da ONU Sobre as Crianças considera “criança” como todo ser humano com idade entre 0 e 18 anos.

²³ Pereira, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente - Uma proposta interdisciplinar* - 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, páginas 22.

Especificamente no que se refere à temática de crianças e meios de comunicações merecem destaque os artigos 17 e 31, conforme abaixo reproduzidos:

“Artigo 17 - Os Estados-parte reconhecem a importante função exercida pelos meios de comunicação de massa e assegurarão que a criança tenha acesso às informações e dados de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente os voltados à promoção de seu bem-estar social, espiritual e moral e saúde física e mental. Para este fim, os Estados-parte:

- a)encorajarão os meios de comunicação a difundir informações e dados de benefício social e cultural à criança e em conformidade com o espírito do artigo 29;
- b)promoverão a cooperação internacional na produção, intercâmbio e na difusão de tais informações e dados de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais;
- c)encorajarão a produção e difusão de livros para criança;
- d) incentivarão os órgãos de comunicação a ter particularmente em conta as necessidades lingüísticas da criança que pertencer a uma minoria ou que for indígena;
- e) promoverão o desenvolvimento de diretrizes apropriadas à proteção da criança contra informações e dados prejudiciais ao seu bem-estar, levando em conta as disposições dos artigos 13 e 18.

Art. 31 -1. Os Estados-parte reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou seja nocivo para saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.”

Assim, reforçam-se as percepções de que a exposição de crianças à mídia deve favorecer o seu pleno desenvolvimento físico, mental e emocional e não prejudicá-lo, o que infelizmente ocorre quando da promoção de publicidade a elas dirigidas.

Aliás, sobre o tema, vale indicar trecho do Comentário Geral n. 1, parágrafo 21, do Comitê das Nações Unidas ligado à Convenção Sobre os Direitos da Criança:

“A mídia, amplamente definida, também tem um papel central a desempenhar tanto na promoção dos valores e objetivos estabelecidos no artigo 29 (1) como assegurando que suas atividades não prejudicarão esforços de outros na promoção destes objetivos. Os governos são obrigados pela Convenção, de acordo com o artigo 17 (a), a adotar todas as medidas para encorajar a mídia de massa a disseminar

informações e materiais que beneficiem a criança social e culturalmente.²⁴”

Em que pese a responsabilidade dos pais na determinação de horas a que a criança está exposta à Televisão ou a outras mídias, como a internet, e também na escolha dos alimentos que serão consumidos pelos pequenos, é importante frisar que a tutela da infância é encargo compartilhado por todos: pais, comunidade, sociedade e Estado, em uma verdadeira rede de proteção. Esse entendimento é endossado pelo Comitê das Nações Unidas para os Direitos da Criança:

“O Comitê enfatiza que os Estados-partes da Convenção têm a obrigação legal de respeitar e garantir os direitos das crianças como estabelecidos na Convenção, o que inclui a obrigação de assegurar que provedores de serviços não-estatais ajam em conformidade com seus dispositivos, portanto, criando indiretamente obrigações para estes atores.²⁵”

Além disso, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança é clara ao expor em seu Artigo 3°:

“1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança.

2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.” (grifos inseridos)

Em seu artigo 13° também afirma que *“A criança terá direito à liberdade de expressão”*, incluindo o da liberdade de procurar e receber informações. No entanto, também prevê, visando proteger a criança, que *“O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições”*.

²⁴ De acordo com: Código de direito internacional dos direitos humanos anotado/ coordenação geral Flávia Piovesan. - São Paulo: DPJ Editora, 2008, página 336.

²⁵ De acordo com: Código de direito internacional dos direitos humanos anotado/ coordenação geral Flávia Piovesan. - São Paulo: DPJ Editora, 2008, página 318.

Mas nem o Estatuto da Criança e do Adolescente e nem a Convenção da ONU disciplinam a publicidade de forma específica. Em contrapartida, a Constituição Federal expressamente delega a proteção ao consumidor à lei própria, no caso o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, no tocante ao público infantil, determina, no seu artigo 37, §2º, que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal.

Ao tratar do tema e especialmente do art. 37 do CDC, a edição nº 115 de outubro 2007 da Revista do IDEC - Instituto de Defesa do Consumidor é contundente:

“ O Artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) deixa claro que é proibida toda publicidade enganosa que (...) se aproveite da **deficiência de julgamento e experiência da criança**. Antes dos 10 anos, poucas conseguem entender que a publicidade não faz parte do programa televisivo e tem como objetivo convencer o telespectador a consumir. Dessa forma, **comerciais destinados a esse público são naturalmente abusivos e deveriam ser proibidos de fato.**” (grifos inseridos)

Esse é o grande problema da publicidade voltada ao público infantil no país -- que a torna intrinsecamente carregada de abusividade e ilegalidade --, porquanto o marketing infantil se vale, para seu sucesso, ou seja, para conseguir vender os produtos que anuncia e atrair a atenção desse público alvo, justamente da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Toda a publicidade abusiva é ilegal, nos termos do artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, lembrando que assim o será aquela que, nas palavras de PAULO JORGE SCARTEZZINI GUIMARÃES²⁶, “*ofende a ordem pública, ou não é ética ou é opressiva ou inescrupulosa*”.

Com relação a essa abusividade, cumpre ressaltar que as mensagens difundidas por meio da comunicação mercadológica dirigida a crianças e adolescentes não são éticas, bem ao contrário são inescrupulosas e ofendem frontalmente a ordem pública.

Nesse contexto é importante pontuar que atualmente a publicidade se dissemina pelas diversas mídias e redes sociais, encontrando na internet um campo fértil para a divulgação de produtos e serviços. Atentando para o fato de que crianças passam cada vez mais tempo conectadas à internet, as novas estratégias de comunicação mercadológica - como desenvolvimento de site com jogos, blog do Coelho e outros - pode ser mesmo mais agressiva do que o tradicional comercial televisivo, merecendo atenção por parte daqueles

²⁶ In *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Biblioteca de Direito do Consumidor, volume 6, p. 136.

responsáveis pela garantia e observância dos direitos do consumidor, em especial dos consumidores infantis.

Com isso, não é demais repisar que a publicidade que se dirige ao público infantil não é ética, pois, por suas inerentes características, vale-se de subterfúgios e técnicas de convencimento perante um ser que é mais vulnerável – e mesmo presumidamente hipossuficiente – incapaz não só de compreender e se defender de tais artimanhas, mas mesmo de praticar - inclusive por força legal - os atos da vida civil, como, por exemplo, firmar contratos de compra e venda²⁷.

O fato de as pessoas menores de 16 anos de idade não serem autorizadas a praticar todos os atos da vida civil, como os contratos, reflete a situação da criança de impossibilidade de se auto-determinar perante terceiros. Isso, no entanto, não significa que esta pessoa tenha menos direitos, mas ao contrário, a Lei lhe garante mais proteções exatamente para preservar esta fragilidade temporária da criança. Segundo a já citada advogada e professora de Direito de Família e de Direito da Criança e do Adolescente da PUC/RJ e UERJ, TÂNIA DA SILVA PEREIRA:

“O Direito Civil Brasileiro refere-se ao instituto da ‘Personalidade Jurídica’ ou ‘Capacidade de Direito’ como ‘aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações’, distinguindo-a da ‘Capacidade de Fato’ ou ‘Capacidade de exercício’, como ‘aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo’. Considera o mesmo autor [Caio Mário da Silva Pereira] que ‘a capacidade de direito, de gozo ou de aquisição não pode ser recusada ao indivíduo sob pena de desprovê-lo da personalidade. Por isso dizemos que todo homem é dela dotado, em princípio’. (...) ‘Aos indivíduos, às vezes, faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil. Embora não lhes negue a ordem jurídica a capacidade de gozo ou de aquisição, recusa-lhes a autodeterminação, interdizendo-lhes o exercício dos direitos, pessoal e diretamente porém, condicionado sempre à intervenção de uma outra pessoa que o representa ou assiste’.
(...) Segundo Caio Mário da Silva Pereira, ‘diante da inexperiência, do incompleto desenvolvimento das faculdades intelectuais, a facilidade de se deixar influenciar por outrem, a falta de autodeterminação ou de auto-orientação impõem a completa abolição da capacidade de ação’.²⁸”

Assim, é preciso que a criança seja preservada da maciça influência publicitária em sua infância, de maneira que possa desenvolver-se plenamente e alcançar a maturidade da idade adulta com capacidade de exercer plenamente seu direito de escolha.

²⁷ Conforme o seguinte dispositivo do Código Civil:

“Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; (...)”.

²⁸ Livro: Pereira, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente - Uma proposta interdisciplinar - 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, páginas 127 e 128.

Mas não é só. Um dos princípios fundamentais que rege a publicidade no país é o 'princípio da identificação da mensagem publicitária', por meio do qual, nos termos do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, "*a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal*".

Ora, existem inúmeras pesquisas, pareceres e estudos realizados não só no Brasil, como no exterior - sendo um dos mais relevantes o estudo realizado pelo sociólogo ERLING BJURSTRÖM²⁹, demonstrando que **as crianças, assim consideradas as pessoas de até doze anos de idade, não têm condições de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas, por não conseguirem distingui-las da programação na qual são inseridas, nem, tampouco, compreender seu caráter persuasivo.**

Daí tem-se que as crianças não conseguem identificar a publicidade como tal e, portanto, qualquer publicidade que lhes seja dirigida, em qualquer suporte de mídia, viola também o princípio da identificação da mensagem publicitária, infringindo igualmente o disposto no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor.

Até mesmo o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária de que se vale o CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, organização do mercado publicitário que se auto-regulamenta, reconhece a necessidade de se preservar a infância da publicidade. Nesse sentido, o artigo 37 do dito Código estabelece as regras para a publicidade em relação a crianças e jovens, mencionando, taxativamente, o seguinte:

“2. 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; (grifos inseridos)

Aliás, o próprio presidente do CONAR, Sr. GILBERTO LEIFERT, na audiência pública havida em 30.08.2007, pronunciou-se no sentido de que toda e qualquer publicidade que seja diretamente dirigida às crianças é abusiva, ilegal e deve ser coibida³⁰:

²⁹ Bjurström, Erling, 'Children and television advertising', Report 1994/95:8, Swedish Consumer Agency

http://www.konsumentverket.se/documents/in_english/children_tv_ads_bjurstrom.pdf.

³⁰ Audiência Pública n° 1388/07, em 30/08/2007, 'Debate sobre publicidade infantil'.

“Assim, em 2006, o CONAR adotou uma nova auto-regulamentação em relação à publicidade infantil. A novidade que veio a mudar a face da publicidade no Brasil, a partir de 2006, é que a publicidade não é mais dirigida, endereçada, a mensagem não é dirigida ao menor, à criança ou ao adolescente. Os produtos são destinados à criança e ao adolescente, mas a mensagem não pode ser a eles destinada.

As mensagens dos anunciantes, fabricantes de produtos e serviços destinados à criança, deverão ser sempre endereçadas aos adultos e estarão submetidas às penas previstas no Código de Defesa do Consumidor, que já impõe detenção e multa ao anunciante que cometer abusividade, e às regras éticas dispostas no Código de Auto-regulamentação que eu mais minuciosamente me permitirei ler mais adiante.”

Com isso, tendo-se em vista que a publicidade dirigida ao público infantil não é ética, é ilegal e ofende a proteção integral, de que são titulares todas as crianças brasileiras, é inadmissível que as empresas ora representadas, promovam publicidades comerciais dirigidas às crianças contrariando a legislação pátria e, igualmente, os compromissos por elas assumidos internacional e nacionalmente.

Venda casada

Mas no caso em questão não se trata apenas de se questionar o direcionamento de comunicação mercadológica às crianças. As práticas comerciais desenvolvidas pelas empresas revestem-se ainda de outra grave ilegalidade quando promovem a venda casada de produtos.

O Código de Defesa do Consumidor proíbe veementemente a técnica de *marketing* conhecida como ‘venda casada’, por meio da qual é condicionado o fornecimento de um produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço – exatamente como ocorre no caso em questão, relativamente ao fornecimento do pote com personagens do universo infantil, que está condicionado à compra do produto ‘Sustagen kids’.

Nesse sentido ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN³¹ bem observa:

³¹ In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, São Paulo, Editora Forense, pp. 312-313.

“O Código proíbe, expressamente, duas espécies de condicionamento do fornecimento de produtos e serviços.

Na primeira delas, o fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir também um outro produto ou serviço. É a chamada *venda casada*. Só que, agora, a figura não está limitada apenas à compra e venda, valendo também para outros tipos de negócios jurídicos, de vez que o texto fala em ‘fornecimento’, expressão muito mais ampla.” (grifos inseridos)

A venda casada também é fortemente reprimida pela Lei 8.884/94, em seu artigo 21, inciso XXIII, o qual determina ser a prática da venda casada uma infração à ordem econômica, sujeita à atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme trecho abaixo:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica

(...)

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.”

A discussão acerca da abusividade do condicionamento da venda de um produto alimentício a um brinde não é nova, visto que muitas empresas se valem desta estratégia para aumentar suas vendas. Nesse contexto, não parece mero acaso o fato de o Ministério Público Federal da 3ª Região ter celebrado Termo de Ajustamento de Conduta em caso semelhante com a empresa McDonald's Comércio de Alimentos Ltda., relativamente à oferta de brinquedos condicionada à aquisição do produto McLanche Feliz – em completa ofensa aos direitos dos consumidores – nesse caso principalmente composto por crianças –, bem como à ordem econômica.

No referido TAC restou ajustado que a partir de então a empresa em questão passaria “a também oferecer o brinquedo ou surpresa separadamente”, ou seja, independentemente da aquisição do produto McLanche Feliz, sob pena do pagamento de multa de R\$100.000,00 (cem mil reais) por dia de descumprimento. Resta claro, portanto, que ondicionar a oferta de brinde à aquisição de produtos alimentícios já é prática sabidamente ilegal, inclusive reconhecida pelo próprio Ministério Público Federal.

IV. Conclusão e Pedido.

Por tudo isso, é bem certo que a promoção de 'Nutrição e diversão garantidas', desenvolvida pela empresa em questão, afronta os direitos de proteção integral da criança – atacando suas vulnerabilidades, sua hipossuficiência presumida –, além de violar a legislação em vigor que regulamenta as respectivas práticas.

Frente ao exposto, o **Instituto Alana** vem repudiar a forma como tem sido oferecido o produto às crianças, na medida em que viola as normas legais de proteção das crianças e dos adolescentes e a normativa consumeirista e, por conseguinte, solicitar a este ilustre PROCON sejam tomadas as medidas cabíveis para que se coíba esta nociva prática comercial, a fim de que a empresa cesse com tal abusividade e ilegalidade, assim como repare os danos já causados às crianças de todo o país.

Instituto Alana
Projeto Criança e Consumo

Isabella Vieira Machado Henriques
Coordenadora
OAB/SP nº 155.097

Tamara Amoroso Gonçalves
Advogada
OAB/SP nº 257.156

Giovani Piazzini Seno
Acadêmico de Direito