



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

DENISE MICHELE LINO DE AZEVEDO MACIEL

**REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL
VERSUS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

SOUSA | PB

2016

DENISE MICHELE LINO DE AZEVEDO MACIEL

**REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL
VERSUS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Mestra Petúcia Marques Sarmiento Moreira.

SOUSA | PB

2016

DENISE MICHELE LINO DE AZEVEDO MACIEL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Mestra Petrócia Marques Sarmiento Moreira.

**REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL
VERSUS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Data de aprovação: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Petrúcia Marques Sarmiento Moreira – **Orientadora**
Professor Assistente I
CCJS/UFCG

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

A Jesus, minha inspiração, e seus presentes a mim concedidos: esposo, pai, mãe e irmão.

AGRADECIMENTOS

Esta pesquisa não poderia ter sido realizada sem o auxílio de pessoas, o maior deles, sem dúvida, é o de Deus, que concede a sabedoria e o entendimento, e por isso sou imensamente grata a Ele. Agradeço à minha família: meu esposo Hélio pelo amor e companheirismo, meus pais Lena e Azevedo e meu irmão Denis pelo apoio, amor e cuidado. Agradeço também à minha Orientadora Professora Petrócia Marques que dedicou tempo e seus conhecimentos a fim de auxiliar-me nessa missão. Agradeço à Universidade Federal de Campina Grande e a todos os meus professores, por tudo que me proporcionaram durante o curso de Direito.

Em minha calça está grudado um nome. Que não é meu de batismo ou de cartório, um nome... estranho.

Meu blusão traz lembrete de bebida que jamais pus na boca, nesta vida, [...] meu isso, meu aquilo, desde a cabeça ao bico dos sapatos, são mensagens, letras falantes, gritos visuais, ordens de uso, abuso, reincidências, costume, hábito, premência, indispensabilidade, e fazem de mim homem-anúncio itinerante, escravo da matéria anunciada.

Estou, estou na moda.

É doce estar na moda,

ainda que a moda

seja negar minha identidade, [...]

Agora sou anúncio,

ora vulgar ora bizarro.

Em língua nacional ou em qualquer língua (Qualquer principalmente.)

E nisto me comparo, tiro glória de minha anulação. [...]

Onde terei jogado fora, Meu gosto e capacidade de escolher, [...]

Já não me convém o título de homem.

Meu nome novo é Coisa. Eu sou a Coisa, coisamente.

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

A publicidade visa ao lucro através da persuasão e obtenção de adeptos aos itens e comodidades ofertados. Para alcançar este propósito, em um mercado de muita oferta e compradores cada vez mais exigentes, os anunciantes, ao divulgar seus produtos e serviços, podem se utilizar de técnicas as quais afetam normas e princípios jurídicos, principalmente do direito do consumidor, ademais, pelo fato da criança ser considerada consumidora atual e potencial, o direcionamento de publicidade a esta é uma questão mais delicada devido à sua vulnerabilidade agravada, e por essa razão, existe a discussão em torno da publicidade comercial dirigida às crianças, uns a seu favor, em defesa da liberdade de expressão comercial, outros contra, há até quem reclame uma maior restrição e clareza nas normas existentes, já que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro uma norma específica, ou mesmo o fim desses anúncios. Por isso, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar as formas de regulação da publicidade no Brasil, os posicionamentos em que se baseiam as opiniões contrárias e favoráveis à restrição da publicidade infantil, além de relacioná-la com as práticas abusivas, enganosas e vedadas do Código de Defesa do Consumidor; pretende, ainda, abordar a liberdade de expressão comercial defendida pelo setor regulado. Assim, através do método dedutivo e bibliográfico, com a análise da doutrina e legislação pertinente, ressalta-se o equilíbrio entre o direito de anunciar e a proteção da criança como ser em desenvolvimento, demonstrando se a liberdade de expressão comercial resguarda o direito de anunciar, ou este decorre da livre iniciativa consagrada na Ordem Econômica brasileira.

Palavras-chave: Criança. Publicidade. Abusiva. Enganosa.

ABSTRACT

The advertising aims to the profit through the persuasion and obtaining of adeptsto the items and commodities offered. To achieve this purpose, in a market of large offering and increasingly demanding buyers, the advertisers, when they disclose their products and services, they can utilize techniques that affect legal norms and principles, principally, of the consumer right, besides the fact that the child be considered current and potential consumer, the targeting of advertising for the child, whose aggravated vulnerability, is an issue more delicate, and for this reason there is the discussion around the commercial advertising directed at children, some in favour of the defense of freedom of commercial expression, others against, there are even those who ask for more restriction and clarification in the existent norms or the end of the advertisements, because there is not a specific norm in the Brazilian legal order. Hence, the aim of this research is to demonstrate the regulation forms of advertising in Brazil, the positions that support the contrary and favorable opinions to the children's advertising, besides to relate it with the abusive, deceptive and prohibited practices of Consumer Protection Code; the research also intends to address the freedom of commercial expression that is defended by the regulated sector. Therefore, through the deductive and bibliographic method, with the analysis of doctrine and relevant legislation, it is noteworthy the balance between the right to disclose and the child's protection as a human being in process of development and to demonstrate if the freedom of commercial expression keeps the right to disclose, or stems from the free enterprise established in the Brazilian Economic Order.

Keywords: Child. Advertising. Abusive. Deceptive.

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
ABTA	Associação Brasileira de Televisão por Assinatura
ANER	Associação Nacional de Editores de Revistas
ANJ	Associação de Jornais
CBARP	Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CONANDA	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FENEEC	Federação Nacional das Empresas Exibidoras Cinematográficas
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MP	Ministério Público
PROCON	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
RESP	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ/SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Julgamentos realizados pelo Conselho de Ética do CONAR em 2015.....	25
Quadro 2 - Regulamentação da publicidade infantil de alimentos em diversos países do mundo.....	26

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Ovos de Páscoa com brindes	38
---	----

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	PUBLICIDADE INFANTIL E OS SISTEMAS DE REGULAMENTAÇÃO.....	15
2.1	ASPECTOS GERAIS DA PUBLICIDADE E SISTEMA JURÍDICO DE REGULAMENTAÇÃO	15
2.2	DO CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO.....	21
2.3	DA AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA	23
2.4	DA REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NO DIREITO COMPARADO	26
2.5	ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS: REGULAMENTAÇÃO VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO	28
3	PRÁTICAS VEDADAS PELO CDC: PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA	33
3.1	DELINEAMENTOS DA PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA.....	33
3.2	PUBLICIDADE INFANTIL É ABUSIVA, ENGANOSA OU VEDADA?.....	37
4	DA PUBLICIDADE COMERCIAL:LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU LIVRE INICIATIVA?.....	48
4.1	A LIBERDADE EXPRESSÃO PODE SER APLICADA AO ÂMBITO COMERCIAL?.....	48
4.2	LIBERDADE DE ANUNCIAR GARANTIDA PELA ORDEM ECONÔMICA.....	54
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

A publicidade corresponde a um dos instrumentos utilizados para atingir uma ampla quantidade de pessoas com o emprego das mais variadas técnicas e o uso da criatividade. É através dela que os consumidores adquirem o conhecimento relativo a determinados produtos e serviços, suas qualidades e utilidades, mas também é através dela que podem ser repassadas informações inverídicas ou omissas, fato que demonstra os problemas que advieram com os anúncios em massa.

Tendo em vista que sua finalidade é a persuasão do consumidor e a captação de adeptos aos produtos e serviços ofertados, sua veiculação pode, em muitos casos, violar direitos constitucionais e infraconstitucionais, principalmente no âmbito das relações jurídicas de natureza consumerista. Essas transgressões são mais patentes quando se trata de publicidade enganosa e abusiva, pois ao usar da engenhosidade, os anúncios podem valer-se de elementos passíveis de induzir o consumidor em erro, ou influenciar negativamente no comportamento dos destinatários das mensagens publicitárias.

A legislação pátria reconhece a criança como ser em desenvolvimento, com ausência de capacidade para discernir seus atos, tanto que a elas não é dado o direito de celebrar contratos, por serem absolutamente incapazes, além do sistema da proteção integral previsto na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Em vista disso, muitos questionam o fato de a publicidade ser dirigida ao público infantil já que as crianças não possuem capacidade para contratar. Nesse questionamento surgem posicionamentos a favor da restrição ou até da abolição total da publicidade infantil, tendo como principais argumentos suas influências negativas na alimentação e atitudes dos infantes, além disso, os atores favoráveis à restrição desse tipo de publicidade reclamam uma previsão legal mais específica, visto que o tema é exposto de forma genérica no Código de Defesa do Consumidor, embora haja sido editada a Resolução nº 163 do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente, a qual é considerada um avanço, porém tem por alguns sua legitimidade questionada.

Se de um lado têm-se os direitos das crianças em pauta, de outro os direitos das empresas anunciantes e fornecedores, principalmente o direito à liberdade de iniciativa e demais previsões constitucionais que tratam da Ordem Econômica, são chamados de setor regulado e não coadunam com a ideia de intervenção do Estado para restringir a publicidade

infantil, nem com o fim desta e nem com uma regulamentação legal específica, sob o argumento da liberdade de expressão comercial e censura, além de argumentarem ser suficientes à autorregulamentação publicitária e a legislação em vigor. Então será que a liberdade de expressão pode ser estendida ao âmbito comercial? Será que a maior atenção por parte do Estado à publicidade infantil constitui censura? E a Autorregulamentação é suficiente? O princípio da função social exerce que papel em relação aos atos das atividades empresárias, principalmente nessas atividades que se direcionam ao público infantil?

Haja vista que a criança, sem dúvida, é um ser em formação, e que a publicidade não só é reflexo da sociedade, mas também a influencia, positivamente e negativamente, há de se pensar em seus efeitos quando se pretende atingir quem não compreende totalmente os artifícios e estratégias de persuasão dos anúncios, há de se pensar também no desenvolvimento econômico sustentável, com respeito aos direitos dos consumidores e da coletividade em geral, tendo em vista que a atividade econômica empresarial produz crescimento e melhoria das condições de vida onde é exercida, mas quando não atende sua função social, traz prejuízos à coletividade.

Nessa linha de abordagem, a pesquisa tem como escopo analisar a publicidade abusiva e enganosa, especialmente a voltada para o público infantil, a questão da liberdade de expressão comercial em contraponto com as restrições a esse tipo de publicidade, estudar a abusividade e enganabilidade na publicidade infantil tendo como base a legislação vigente e demais referenciais teóricos. Pretende examinar se a liberdade de expressão justifica a não intervenção estatal nesses anúncios, com delineamentos referentes aos argumentos favoráveis e contrários à restrição da citada publicidade, descrever as possíveis soluções viáveis para o problema abordado com o intuito de equilibrar a liberdade de exercer publicidade e o respeito aos direitos das crianças.

As análises supracitadas se fazem necessárias porque a questão da publicidade infantil é um tema relevante da atualidade, devido aos fortes apelos comerciais dirigidos ao público infantil, também em virtude dos debates que ocorrem na sociedade em torno da questão, a qual contrapõe a liberdade comercial ao sistema da proteção integral da criança consagrado no ordenamento jurídico, por isso é necessário um equilíbrio para que as empresas possam divulgar os produtos e serviços, atendendo à função social que lhes é conferida no Texto Constitucional.

Para tanto, se faz necessária a compreensão acerca das legislações vigentes e jurisprudência, da doutrina extraída de monografias, teses, dissertações, livros, artigos, além

da consulta a sites eletrônicos, análise de dados, documentário e material impresso, a fim de que se possa realizar o exame dos dispositivos jurídicos e promover um alcance que se conforme com os princípios basilares e norteadores da atuação do ser humano em sociedade, além de apresentar o embasamento em conhecimentos extraídos de pesquisas científicas realizadas por diversos autores, os quais proporcionaram sua contribuição na construção da pesquisa.

Com isso, o trabalho desenvolvido é estruturado da seguinte forma: o primeiro capítulo abordará os sistemas de regulação da publicidade, principalmente a infantil, abrangendo o controle jurídico exercido através de diversas normas, principalmente pelo CDC, abarcando também o controle realizado pelo Poder Judiciário e a Autorregulamentação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, regulação no direito comparado e a explanação dos argumentos favoráveis e contrários a restrição da publicidade infantil; o segundo capítulo diagnosticará especificamente a publicidade abusiva, enganosa e as práticas vedadas no diploma consumerista, verificando quais casos se enquadram na publicidade infantil ilícita e as práticas que não devem ser realizadas; o último capítulo abordará a liberdade de expressão comercial e se sua proteção é respaldada na liberdade de expressão ou na liberdade de iniciativa. Assim, se buscará elementos para que possa haver uma solução viável que equilibre os direitos dos atores envolvidos, porém que se tenha em consideração que a criança é um ser em desenvolvimento merecedor de proteção especial pelo ordenamento jurídico pátrio e internacional.

Por fim, serão feitas, ao término do presente trabalho, as considerações pertinentes sem pretender esgotar o tema, pois o Direito está sempre em constante movimento com as alterações sociais e as contribuições científicas da área jurídica e outras ciências sociais aplicadas, humanas e da saúde, podem se unir para melhoramento da proposição em questão.

2 PULICIDADE INFANTIL E OS SISTEMAS DE REGULAMENTAÇÃO

Neste momento, cumpre abordar as formas de regulação que em conjunto formam o sistema misto de regulamentação publicitário brasileiro, abrangendo as previsões jurídicas, a autorregulamentação, o controle judicial da publicidade, além dos argumentos contrários e favoráveis à regulamentação pública a qual é feita pelas normas jurídicas impostas pelo Estado.

2.1 ASPECTOS GERAIS DA PUBLICIDADE E SISTEMA JURÍDICO DE REGULAMENTAÇÃO

A publicidade, sem dúvida, tem um papel econômico relevante tanto para as empresas que produzem os anúncios e as que divulgam, como para os fabricantes, vendedores e detentores dos produtos e suas marcas, dessa forma, é possível afirmar de seu conceito que constitui “[...] toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado” (MARQUES, 2011, p. 829).

Dessa forma, a publicidade diferencia-se da propaganda, pois aquela possui como finalidade principal a obtenção de lucro, esta se destina à divulgação de ideologias, contudo os termos são utilizados, por vezes, como sinônimos, sendo a publicidade, ainda, divulgada através de diversos meios de comunicação, sendo que nesta pesquisa considera-se a publicidade veiculada por qualquer meio de comunicação de massa. Nesse aspecto, coadunando com a distinção entre publicidade e propaganda, Leal e Barbosa (2014, p.43) afirmam que:

A publicidade é claramente comercial, voltada a captação e adesão de novos consumidores, diferente da propaganda, que não tem no lucro uma finalidade explícita. Deve-se ressaltar que a publicidade integra um processo mais abrangente de estudo de mercado, qual seja, o marketing, cujo objetivo, por sua vez, é debruçar-se sobre as demandas do consumidor, de molde a prover o mercado de produtos e serviços que atendam a elas.

Evidencia-se também a distinção entre publicidade e *marketing*, este corresponde a um conjunto de técnicas que visam estudar o mercado, as preferências do consumidor e promover a produção, distribuição e divulgação dos produtos e serviços, aquela visa à divulgação desses produtos e serviços com o fim de persuadir a aquisição. Diante disso, a publicidade é apenas uma das ferramentas utilizadas pelo *marketing*, pois este envolve as atividades comerciais desde a produção até o consumo final dos bens e serviços segundo o seu moderno conceito (DIAS, 2013).

Cumprido salientar que a publicidade infantil não se caracteriza somente pela veiculação de produtos destinados às crianças, pois a diferenciação se encontra no destinatário da comunicação mercadológica, se a intenção do anúncio for se comunicar com os impúberes para conquistar sua atenção e adesão, restará caracterizada, ainda que os produtos anunciados não sejam destinados a eles, por isso há anúncios que divulgam mercadorias infantis, mas não se enquadram no conceito analisado por possuírem outro público alvo (LEAL; BARBOSA, 2014).

Destarte, como a publicidade infantil não é determinada pelos produtos que são veiculados, mas pelo público alvo dos anúncios, que no caso devem ser as crianças, o objeto a ser analisado se torna mais amplo quando se trata de publicidade infantil enganosa ou abusiva, além de tornar prováveis as violações não só ao direito do consumidor, mas aos direitos das crianças consagrados no ordenamento jurídico pátrio.

Observa-se que no sistema jurídico brasileiro inexistente uma lei específica referente à publicidade infantil, o que se verifica é um conjunto de normas que são utilizadas para a regulação da publicidade direcionada aos infantes, inclusive com regras estabelecidas pelo próprio setor regulado, representado pelos componentes do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

As entidades que compõem o Órgão supracitado são integradas pelas entidades fundadoras, quais sejam: Associação Brasileira de Agências de Publicidade (ABAP), Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER), Associação Nacional de Jornais (ANJ) e Centralde Outdoor; e as aderentes, quais sejam: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA), Federação Nacional das Empresas Exibidoras Cinematográficas (FENECC) e InteractiveAdvertising Bureau (CONAR, 2016).

Assim, tem-se o sistema misto adotado pelo Brasil, no qual a publicidade é regulada tanto pelo Estado como pelo setor privado, conforme afirma Torres (2014, p. 51): “para a

maior parte da doutrina, é o sistema de controle adotado no Brasil, exercido pelo CONAR, de forma contratual, privada, e pelo Poder Público, com base nas normas públicas do CDC.” Dá-se principalmente através do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP).

Além do CDC, principal diploma de regulação pública da publicidade, tem-se outras normas que o auxiliam como as da Constituição Federal de 1988 (CF) e Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), destacam-se também a atuação do Ministério Público através das Ações Cíveis Públicas na defesa dos direitos do consumidor e a Resolução nº 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

Do CDC são utilizados principalmente, os arts. 36, 37, e 39 os quais tratam, respectivamente, da publicidade abusiva, enganosa, e das práticas abusivas, cujas redações serão exploradas em momento oportuno. A publicidade, de forma geral, tem sua previsão no Código supramencionado o qual deixa claro o princípio da identificação da mensagem publicitária e assim dispõe no art. 36 *in verbis*: “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

Diante do conceito supracitado e da sua previsão legal, cumpre observar que as relações entre consumidores e fornecedores devem ser pautadas por princípios, dentre os quais se pode destacar: o princípio da veracidade, o da boa-fé e da vulnerabilidade. Nesse diapasão Torres (2014, p.23) aduz que:

[...] o estudo dos princípios informadores de um específico ramo do Direito é essencial para a compreensão de suas regras, servindo não só como azimutes na interpretação da lei e na solução de suas lacunas, mas também como normas autônomas, autoaplicáveis e cogentes como as demais.

Por isso, se faz necessária a análise dos princípios que informam as relações consumeristas, ligadas principalmente à atividade publicitária, para que se possa interpretar as normas jurídicas de acordo com as intenções e objetivos para as quais foram criadas. A base principiológica de um ordenamento jurídico demonstra quais valores foram elencados como importantes e essenciais para a sociedade de forma que, através deles, as decisões possam ser tomadas com nortes estabelecidos e considerados imprescindíveis para um país.

Um dos primordiais que deve ser observado na divulgação mercadológica é o princípio da veracidade, pois a sua observância pressupõe o repasse de informações verdadeiras, e não só, devem também possuir caráter comercial facilmente identificável pelo consumidor, sendo assim, decorre do dever do fornecedor de repassar informações claras,

corretas, precisas e ostensivas, portanto está ligado a não divulgação da publicidade enganosa (GONÇALVES, 2015), a qual será tratada mais adiante.

Em relação ao princípio da boa-fé, sua previsão se encontra no Código Civil Brasileiro o qual dispõe no art.113 que: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” e sua obrigatoriedade está expressa no mesmo diploma conforme art.422, *in verbis*: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Nesse aspecto, deve ser aplicado não só quando o contrato de consumo foi firmado, mas também quando dos anúncios dos produtos e serviços, pois deve ser observado nas fases pré-contratual, durante o contrato e também na fase pós-contratual, não excluindo em nenhum momento, portanto, a responsabilidade do fornecedor. Nesse sentido, estatui o enunciado da I Jornada de Direito Civil nº 25: “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”; já o nº 170, da III Jornada de Direito Civil, prescreve: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.”

É válido ressaltar que a tratada pelos diplomas citados constitui a boa fé objetiva, ou seja, não é diagnosticado pela intenção subjetiva da parte, mas pela sua atuação proba e leal, apesar de a boa fé subjetiva estar enquadrada como elemento integrante da boa fé objetiva (TARTUCE, 2012). Pode-se dizer que é pré-condição abstrata de uma relação ideal, pois no momento em que o magistrado se deparar, em um caso concreto, com possível tipo de abuso, precisa considerar essa condição *a priori* em que as partes se respeitam de modo justo e adequado (NUNES, 2015). Frise-se, ainda, que sua interpretação deve ser compatível com o CDC que em seu art. 4º, III o institui como um dos princípios base da Política Nacional das Relações de Consumo:

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 harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Já o princípio da vulnerabilidade previsto no art. 4º, I, do CDC dispõe o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. Nesse passo, afirma-se que a premência na proteção do vulnerável “surge de sua fraqueza diante da outra parte da relação, o que diante do direito pós-moderno faz surgir a necessidade de diferenciar e assegurar a eles direitos especiais[...]”(MARQUES; MIRAGEM, 2012 *apud* D’AQUINO, 2015, p. 46). Contudo, a vulnerabilidade não seria somente econômica, mas também fática, “técnica, jurídica, política ou legislativa, neuropsicológica, econômica e social, ambiental e tributária”(MORAES, 2009 *apud* D’AQUINO, 2015, p. 46). No caso das crianças, tem-se reconhecido uma vulnerabilidade agravada chamada de hipervulnerabilidade, Marques (2011) cita como exemplos a publicidade de comida para bebês e a direcionada às crianças, a autora a descreve como “[...] a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida” (MARQUES, 2011, p. 360).

No que concerne ao princípio da proteção integral da criança disposto no art. 227 da CF/88, afirma Elias (2010, p.12) que esta proteção “há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade”, ou seja, a criança deve ser protegida em todos os âmbitos, não somente nas ocasiões em que cometer algum ato infracional, tal princípio é consagrado no dispositivo constitucional com destaque aos responsáveis pela realização desta proteção:

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.

Tem-se também a defesa do consumidor como princípio da Ordem Econômica, consagrado em seu art. 170, V. Há também outros dispositivos constitucionais que tratam de publicidade como os que restringem a publicidade de medicamentos, bebidas alcoólicas, tabaco, agrotóxicos e terapias, constantes no art. 220, § 4º da CF/88, bem como o inciso II deste mesmo artigo que pretende estabelecer meios legais para garantir à família a defesa contra programações e propagandas de produtos, serviços ou práticas nocivas à saúde ou ao meio ambiente.

Em reforço ainda à proteção integral da criança, observa-se o artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prescreve: “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à

criança e ao adolescente”, além disso, o seu artigo 71 estabelece que “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”, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança. Ainda se pode extrair a definição de criança e adolescente, sendo este o sujeito com idade entre 12 e 18 anos, e aquela, a pessoa com idade de até 12 anos.

Já a Resolução nº 163 CONANDA, editada em 2014, tem causado polêmica, pois o seu art. 2º *caput*, incisos I a IX, deixam claro que seu propósito é a proibição total de publicidade direcionada à criança, pois assim o referido artigo dispõe:

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 a 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.

Apesar de alguns considerarem essa Resolução um avanço na proteção das crianças contra este tipo de publicidade, o setor regulado, formado pelas agências de publicidade e outras empresas, não reconhecem a legitimidade do CONANDA para disciplinar este assunto, tanto que as peças e anúncios não têm obedecido esta determinação, pois continuam valendo-se de mecanismos proibidos no referido regulamento, como por exemplo, personagens de desenhos animados. Nesse sentido, Lira (2015, p.43) assevera:

A resolução nº 163 do CONANDA, embora comemorada por parte da sociedade civil, composta em sua maioria por coletivos de pais, mães e educadores e organizações não governamentais, militantes pela proibição da publicidade destinada a crianças, nada se alterou no cenário midiático quanto à veiculação de peças publicitárias destinadas ao público infantil.

Divergências doutrinárias também surgiram em relação a sua constitucionalidade, posto que seria inconstitucional porque estaria inovando na ordem jurídica em questão de matéria publicitária e não apenas regulamentando o dispositivo do CDC que trata da

deficiência de julgamento e experiência da criança (DIAS, 2010 *apud* PÉRICO, 2015), por outro lado, tem-se que não há inovação, mas sim uma explicação e complementação de conceitos existentes no ordenamento jurídico (AZAMBUJA, 2014 *apud* PÉRICO, 2015).

Diante do exposto, observa-se que, apesar do ordenamento jurídico, em muitos de seus dispositivos, não versar especificamente da publicidade infantil, as disposições deixam transparecer a proteção integral da criança quando se trata das relações de consumo e dos anúncios publicitários, pois o próprio princípio citado estatui a proteção total, não englobando somente as crianças que estão em situação de risco ou marginalidade, mas todos os impúberes e na totalidade de situações que possam violar sua dignidade humana, devido a esta falta de regulamentação específica alguns atores se posicionam no sentido de um maior disciplinamento ou até total proibição desse tipo de publicidade, os respectivos argumentos serão tratados mais adiante.

2.2 DO CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

Em se tratando do controle realizado pelo Poder Judiciário, verifica-se que, dos casos relacionados à publicidade infantil, poucos são encaminhados ao controle jurisdicional do Estado, pois se pode destacar que de 2012 a 2013 foram detectados, em uma pesquisa nas instâncias superiores, acórdãos apenas no Tribunal de Justiça de São Paulo e Tribunal de Justiça do Distrito Federal, conforme relata Torres (2014, p.112):

Os processos julgados pelo Poder Judiciário autorizam a conclusão que o controle público é praticamente inexistente. Em dois anos, como dito, apenas cinco processos envolvendo o tema foram localizados e em apenas um deles o resultado foi favorável à limitação da atividade publicitária.

Percebe-se que os consumidores ou reclamantes, quando encontram algum tipo de publicidade a qual considera abusiva ou ilícita, preferem dirigir-se ao CONAR e não ao Judiciário, cite-se como exemplo as reclamações dirigidas a este Órgão, oriundas do Governo Federal e de outras instâncias de Governo, dentre elas, destaca-se que todas as vezes que a Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres da Presidência da República identificaram uma propaganda que consideraram machista, ou transgressora dos direitos da mulher, recorreram ao referido Órgão e não à Justiça (VALENTE, 2015).

É compreensível a busca de alternativas para reclamar sobre publicidade abusiva ou enganosa, tendo em vista a morosidade e o acúmulo de processos no Judiciário. Essa afirmação pode ser constatada através do fato de que ingressar com uma demanda judicial em matéria publicitária demora de 8 a 10 anos para a emissão de decisão em primeira instância, enquanto no CONAR dificilmente a demora ultrapassa os 40 ou 45 dias, por isso considera-se este dado uma importante contribuição da autorregulamentação para a desoneração da justiça (CORRÊA, 2014 *apud* VALENTE, 2015).

Em relação ao controle judicial dos contratos de consumo, evidencia-se que não há controle prévio de violação às normas do CDC nem pelo Judiciário e nem pelo Ministério Público, porém hoje somente se autoriza o controle judicial, sendo que Marques (2011, p. 1150) destaca que segundo o controle judicial em abstrato “o Ministério Público é o único legitimado para propor essa ação de controle abstrato dos contratos oferecidos no mercado, a pedido do consumidor ou a pedido de alguma entidade que o represente”. Assim, evidencia-se que o projeto do CDC aprovado pelo Congresso Nacional previa um controle prévio administrativo para os contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais, o qual seria exercido pelo Ministério Público e, além disso, haveria também um controle a *posteriori*, contudo a citada previsão foi vetada pelo Presidente da República (MARQUES, 2011). Ademais prossegue a autora (2011, p.1157) aduzindo que:

Os vetos presidenciais aos §§ 3º do art.51 e 5º do art. 54 retiraram tal possibilidade de controle administrativo geral e cogente, preferindo optar por um controle essencialmente judicial, como é a tradição brasileira. Perde-se, assim, em agilidade nas decisões. O papel do Ministério Público continua, porém, decisivo na proteção do consumidor, seja como órgão de conciliação, seja como legitimado para a ação civil pública, seja como órgão legitimado para propor a ação de controle em abstrato das cláusulas abusivas [...]

Apesar de detectar que recorrer ao CONAR, ou mesmo ao Ministério Público e ao Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), é mais viável para proteção do consumidor contra a publicidade ilícita, o Judiciário não deixa de ter sua relevância nos julgamentos, principalmente, de danos difusos e coletivos aos consumidores e condenação por esses danos, especialmente pela ampliação atual do debate sobre o tema, exemplo disso é uma relevante decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o assunto a ser explanada no segundo capítulo.

2.3 DA AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

A Autorregulamentação é o sistema em que o setor privado estabelece a normas que devem ser observadas pelas empresas na divulgação dos seus produtos e serviços, estabelecendo uma série de condutas a ser evitadas através de um Código de Ética, assim, observa-se que o surgimento dessa forma de controle está atrelado ao aparecimento das propostas de restrição a certos tipos de publicidade e também do Código de Defesa do Consumidor. Em relação a sua origem no Brasil, dentre as causas que a culminaram, estão as seguintes, conforme destaca Narchi (2014 *apud* VALENTE, 2015, p.92) aduzindo que:

Sobre a origem do modelo autorregulador no país, Edney Narchi elenca três causas principais: a ditadura militar, que censurava a propaganda, os mais de 100 projetos de lei que tramitavam com o intuito de proibir a propaganda, com destaque para o Projeto Lindoso, e a chegada, no Brasil, dos movimentos de defesa dos consumidores, inspirados no cenário americano.

Assim, diante da possibilidade de ter a atividade publicitária restringida e, conseqüentemente, ter seu lucro afetado, os anunciantes decidiram criar um sistema próprio de regulação, por isso se pode afirmar que a intenção foi promover uma normatização de condutas éticas entre as empresas, antes que o Estado impusesse regras mais rígidas para o mercado publicitário, exemplo disso é o Projeto Lindoso acima referido, proposto pelo Senador do Amazonas José Lindoso, este, em 1960, propôs a proibição da publicidade de cigarro o que estimulou a proposição de outros projetos de lei no sentido de restrições ou proibições relacionadas a determinados seguimentos ou formatos publicitários (NARCHI, 2014 *apud* VALENTE, 2015).

No tocante ao controle privado, tem-se o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) e as normas do seu Código. Assim, tem-se que este é um Órgão “fundado em 1980 e composto por publicitários e cidadãos de outras profissões, o CONAR é uma organização não governamental que atende a denúncias de consumidores, autoridades, associados, ou formuladas pela própria diretoria” (CONAR, 2016, p.2). Esta organização julga as denúncias através de seu Conselho de Ética, sendo que quanto às decisões que podem ser proferidas, CONAR (2010 *apud* VALENTE, 2015, p.96) argumenta:

O resultado final, a recomendação do Conselho, poderá determinar a alteração do anúncio, propor advertência do anunciante e de sua agência, impedir que ele venha a ser veiculado novamente e, excepcionalmente, divulgar publicamente a reprovação do Conar. Ao contrário, se resultar que o anúncio não fere qualquer dispositivo do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a denúncia será arquivada.

Vale ressaltar que as decisões citadas possuem caráter recomendatório e não obrigatório, sendo somente aplicadas aos membros do setor regulado que aceitarem de forma voluntária a se submeter ao referido Código. Desse modo, esse Órgão não tem poder para impor a obediência de suas decisões pelos membros, além de que somente estes possuem o dever ético de observar as disposições autorregulamentares e sofrer as sanções antes referidas, o que não se aplica a todos os profissionais e empresas (TORRES, 2014).

Outro fato a ser observado nesse tipo de regulação é o controle *a posteriori* no sentido de que o CONAR não exerce censura prévia em relação aos anúncios e por este motivo as determinações das penalidades antes mencionadas somente são aplicadas depois que os anúncios foram veiculados e, em muitos casos, várias vezes, em vista disso, criticando a fragilidade de tal controle, Valente (2015, p. 97) destaca:

Desta forma, o mecanismo de controle a posteriori do Conar é, inclusive, utilizado estrategicamente pelos próprios publicitários (e o Conselho tem consciência de tal fato), no intuito de aproveitar-se da “polêmica” gerada pela “proibição” de determinada campanha, através do poder “viral” das Novas Tecnologias da Comunicação.

Dessa forma, acredita-se em uma utilização pelos anunciantes e empresas beneficiárias dos anúncios, desse controle posterior dos anúncios publicitários, de forma a beneficiá-las, pois quando um anúncio é retirado de circulação ele já tem atingido um número inimaginável de pessoas e geralmente havia tanta criatividade na mensagem publicitária que muitos questionam o fato de haver sido retirada, então a polêmica causada em torno daquele anúncio que foi proibido de continuar circulando acaba auxiliando a sua propagação e a difusão do discurso da liberdade de expressão comercial.

Quanto ao seu Código de Ética, tem-se uma parte própria para dispor sobre a publicidade direcionada a crianças e adolescentes, que é a Seção 11, algumas das disposições específicas serão detalhadas mais adiante. Nesse momento cabe refletir somente sobre o art. 37 dessa Seção o qual determina que nenhum apelo imperativo de consumo deve ser direcionado diretamente à criança e ainda determina que a publicidade deve ser utilizada de

forma a ajudar pais, educadores e autoridades na formação da criança, especificamente quanto a responsabilidade e consumo consciente, conforme art. 37 *in verbis*:

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.

O Órgão também apresenta dados de seus julgamentos para reforçar sua importante atuação no disciplinamento do tema, por exemplo, foram abertos 2.920 processos pelo Conselho entre 1/09/2006 e 21/12/2014, destes, 416 se referiam à publicidade de produtos para crianças e adolescentes dos quais 243 terminaram com penalização para o anunciante (CONAR, 2015, p.2).

Dentre um total de 294 processos julgados por este Conselho no ano de 2015 destaca-se que, levando-se em consideração a porcentagem das decisões, em primeiro lugar ficaram os arquivamentos, em segundo as alterações, em terceiro as sustações e por último as advertências (CONAR, 2016).

Além disso, observam-se também os processos instaurados pelo Conselho de Ética do CONAR divididos por mídia em 2015, sendo que a televisão ainda ocupa o primeiro lugar quando se fala de reclamações sobre publicidade, em segundo a internet, em terceiro a mídia exterior, em quarto as revistas, em quinto os jornais, e por último a rádio, apesar de a TV ainda ser a campeã das reclamações, aponta-se o crescimento de reivindicações relacionadas à publicidade na internet (CONAR, 2016). Das informações apresentadas, evidenciam-se também os pontos do Quadro 1 (Julgamentos realizados pelo Conselho de Ética do CONAR em 2015):

Quadro 1 - Julgamentos realizados pelo Conselho de Ética do CONAR em 2015

No ano passado, reclamações contra peças publicitárias no meio internet iguaram aquelas contra anúncios veiculados em TV
Consumidores continuam dando origem à maioria dos processos abertos pelo CONAR. Eles foram responsáveis por 128 dos 241 processos instaurados em 2015.
Conselho de Ética realizou 111 sessões de julgamento ao longo do ano passado, nas câmaras de São Paulo, Porto Alegre, Brasília e Recife.
Ao longo de 2015, foram 294 processos julgados pelo Conselho de Ética; 56% deles terminaram com penalização para o anunciante.
Apenas em Setembro o Conselho debateu e votou 50 processos.
133 Conselheiros estiveram presentes ao menos uma das sessões ao longo do ano.
CONAR promoveu 53 reuniões de conciliação em 2015, número só superado pelas 65 de 2013.

Fonte: CONAR (2016)

Sendo assim, percebe-se que o CONAR tem proporcionado sua contribuição para a apuração e julgamento de proposições relacionadas à publicidade em diversos tipos de mídia, contudo vê-se que o número de arquivamentos representa quase a metade das decisões em relação às outras penalidades, há de se pensar e buscar as razões dessa elevada quantidade de processos arquivados que resultam em nenhuma punição para a empresa anunciante.

2.4 DA REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NO DIREITO COMPARADO

Destaca-se a pesquisa sobre a regulação da publicidade infantil de alimentos em diversos países, realizada pela Harvard Law and International Development Society para a ANDI e Instituto Alana, tendo esse estudo finalizado no ano de 2010. Os países analisados foram Canadá, Austrália, Estados Unidos, Suécia, França, Alemanha e Reino Unido, “a ANDI e o Instituto Alana escolheram estes países por acreditarem que as políticas ali desenvolvidas pudessem se constituir em base útil para a discussão da temática no Brasil” (ANDI; INSTITUTO ALANA, 2010 *apud* HENRIQUES; VIVARTA, 2013, p.84).

Diante disso, com base nos resultados obtidos com a pesquisa, cabe apresentar o Quadro 2(Regulamentação da publicidade infantil de alimentos em diversos países do mundo):

Quadro 2 - Regulamentação da publicidade infantil de alimentos em diversos países do mundo

PAÍS	PROIBIÇÃO TOTAL	RESTRICÇÕES
Canadá	Somente na província de Quebec e referente à publicidade direcionada a crianças menores de 13 anos de idade.	Aprovação prévia de anúncios direcionados a crianças e representação de alimentos no contexto de uma dieta equilibrada exigidos por códigos autorregulatórios.
Austrália	Não	Sistema misto que estabelece restrições quanto ao horário e uso de personagens populares, além da fiscalização do governo para com os anunciantes.
Estados Unidos	Não	Tempo destinado à publicidade, sem restrição quanto a conteúdo da publicidade de alimentos ou bebidas altamente calóricas.
União Européia	Não	Todos os Estados-membros adotam algum tipo de regulamentação de acordo com a diretiva MAS (Serviços de Mídia Audiovisual) a qual estabelece o incentivo aos estados-membros da autorregulamentação da publicidade direcionada a crianças, inclusive alimentos e bebidas pouco saudáveis
Suécia	Sim	Proibição de todos os comerciais televisivos

Continuação Quadro 2 - Regulamentação da publicidade infantil de alimentos em diversos 27 países do mundo

		direcionados a crianças, incluindo as de alimentos e bebidas conforme a Lei de Rádio e Televisão
França	Não	Não há restrição especificamente à publicidade infantil, porém o governo francês exige que todos os que anunciam alimentos industrializados e bebidas adoçadas devem incluir uma de quatro mensagens de saúde ou pagar multa.
Alemanha	Não	Sistema autorregulatório com regras sobre a publicidade de alimentos e bebidas adstrita à publicidade que incentiva a criança a comprar ou solicitar aos pais que comprem.
Reino Unido	Não	A publicidade não televisiva é autorregulamentada, a televisiva possui um sistema regulatório conjunto; a agência regulatória do governo proibiu a publicidade de produtos com alto teor de gordura, sal e açúcar para crianças sendo os órgãos regulatórios responsáveis por implementar; alguns códigos autorregulatórios proíbem incentivo à compra ou consumo de quantidades excessivas de alimentos, uso de celebridades do mundo infantil na promoção de alimentos muito calóricos à crianças pequenas ou incentivo para que as crianças solicitem aos pais a compra de produtos.

Fonte: HENRIQUES (coord.) (2013).

Em relação aos dados da regulamentação da publicidade infantil em diversos países do mundo apresentam-se dados de outros países não mencionados no quadro anterior, auxiliando, assim, a complementação das informações. Nessa perspectiva, na Noruega há a proibição da publicidade de produtos e serviços direcionados às crianças menores de 12 anos e durante os programas infantis, não podendo ultrapassar 15% da programação diária; na Irlanda é proibida a publicidade ao longo de programas infantis na TV aberta, esta possui semelhança com o disciplinamento da Dinamarca no qual é proibida durante programas infantis nos 5 minutos anteriores ou posteriores a estes; na Itália proíbe-se sua veiculação durante os desenhos animados; na Áustria, em Portugal e Luxemburgo há a proibição de qualquer publicidade nas escolas; na Grécia a proibição atinge os anúncios de brinquedos os quais não podem ser veiculados entre 7h e 22h, mas essa restrição para outros produtos está em fase de estudos; no Chile são proibidas aquelas que induzam as crianças a consumirem “junkfood” (INSTITUTO ALANA, 2009 *apud* LIRA, 2015).

Dentre os modelos de regulamentação adotados por vários países, percebe-se que, na maioria, não há total proibição da publicidade infantil, mas uma rigidez maior para a sua veiculação, principalmente quanto aos horários de veiculação, ou da proibição de anúncios em programas infantis e nas escolas, percebendo-se que a maior parte dos países indicados trata, com maior frequência, da publicidade na televisão, ademais se constata a presença atuante de órgãos autorregulamentares.

2.5 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS: REGULAMENTAÇÃO VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No Brasil, tem havido um forte apelo pela regulamentação ou restrição da publicidade direcionada ao público infantil, isso devido ao seu caráter persuasivo e sua capacidade de influenciar escolhas e comportamentos, além da divulgação da lógica consumista nos discursos publicitários que procuram transformar desejos em necessidades, criar padrões e estereótipos, fascinar até os mais resistentes aos apelos mercadológicos, assim, Sampaio (2013 *apud* LIRA, 2015, p.33) aduz-se que:

Seduz nossos sentidos, mexe com nossos desejos, resolve nossas aspirações, fala com nosso inconsciente, nos propõe novas experiências, novas atitudes, novas ações. Por mais defesas que possamos construir, por mais barreiras que levantemos, sempre há um anúncio que fura o cerco, o comercial que ultrapassa os muros, a ideia que interfere em nossa vontade.

Dentre seus defensores está principalmente o Instituto Alana, criado em 1994, o qual constitui uma Organização não-governamental que possui projetos relacionados à defesa dos direitos das crianças, sendo um desses projetos o Criança e Consumo o qual é utilizado para debater sobre a publicidade infantil e a relação entre crianças e consumo através de pesquisas, publicações, recebimento de denúncias sobre publicidade infantil abusiva e promoção de ações jurídicas (INSTITUTO ALANA, 2016).

Os argumentos para uma restrição a este tipo de publicidade são diversificados, um dos mais debatidos é a influência que o marketing e a publicidade exercem nas escolhas alimentares das crianças contribuindo para o crescente problema da obesidade infantil. Além desse, outros problemas são atrelados ao direcionamento de publicidade aos infantes como: o consumismo em crianças e adultização precoce.

Todas as consequências citadas devido à exposição de impúberes ao marketing e publicidade são atreladas a incapacidade de crianças muito pequenas compreenderem o caráter persuasivo dos anúncios e quanto às crianças mais velhas é posto o fato de serem facilmente influenciadas mesmo que já possuam alguma compreensão dessa intencionalidade, nesse aspecto, Linn (2009 *apud* D'AQUINO, 2015, p.26) observa que:

Crianças muito pequenas não conseguem distinguir entre os comerciais e a programação, e aproximadamente até os oito anos, as crianças não entendem a

intenção de persuadir – a base fundamental da publicidade. Não apenas isso, elas têm uma tendência de acreditar no que vêem, têm mais dificuldade em adiar um prazer, e estão mais a mercê das próprias emoções do que as crianças mais velhas. Apesar de sua capacidade de raciocinar ser maior do que a de seus irmãos e irmãs mais novos, os pré-adolescentes e adolescentes são vulneráveis à pressão dos colegas, aos hormônios em ebulição e à necessidade muitas vezes urgente de estabelecer uma identidade separada da dos pais – o que pode confundir seu discernimento e torná-los suscetíveis à manipulação do marketing.

Destaca-se ainda que aos 12 anos de idade compreende-se a entrada no estágio do pensamento operatório no qual as crianças conseguem distinguir entre realidade e publicidade, além de perceber sua intencionalidade. Estas conclusões em relação à compreensão dos anúncios publicitários de acordo com a faixa etária decorrem da teoria dos estágios de desenvolvimento cognitivo apresentadas por Jean Piaget, a qual é utilizada nos estudos sobre as influências psicológicas e neurológicas da publicidade em crianças (D'AQUINO, 2015).

Com relação especificamente à obesidade, no Brasil, principalmente em crianças, o seu aumento tem preocupado, pois os dados da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), entre 2008 e 2009, demonstram que o “excesso de peso em crianças de 5 a 9 anos de idade cresceu de forma mais acelerada que nas demais faixas; excesso de peso e obesidade mostrou crescimento em todas as idades, classes de rendimentos e Regiões e quando a situação é urbana e rural” (IBGE, 2010, p.38). Diante da realidade constatada por esta pesquisa, estudos são realizados para reforçar a ligação entre o apelo de consumo dirigido às crianças e as escolhas alimentares destas.

Percebe-se que esses estudos levam em consideração a publicidade de alimentos veiculada pela televisão, pois apesar de haver outras formas de divulgação desses anúncios as crianças despendem horas em frente à TV, “cerca de 5 horas diárias” (HENRIQUES; GONÇALVES, 2013 *apud* TORRES, 2014, p.11), sendo, portanto, este o meio midiático mais considerado quando dessas pesquisas. Dessa feita, apresenta-se uma pesquisa de doutorado na qual se avaliou a publicidade de alimentos veiculada na TV aberta brasileira e os hábitos alimentares de 600 crianças em Ribeirão Preto – SP, dentre as conclusões destacou-se que 34,5% dos anúncios se tratavam de alimentos ou bebidas alcoólicas e, em relação aos alimentos, 57,8% era de gorduras, óleos e doces, ademais se considerou que a publicidade de alimentos na televisão é um fator de predisposição ao aumento de peso e obesidade e deve ser relevado pelos pesquisadores, educadores e legisladores (NASCIMENTO, 2007 *apud* D'AQUINO, 2015).

Cite-se pesquisadores os quais realizaram uma investigação da escolha de alimentos relacionando-a a dois fatores: a exposição à publicidade e estado nutricional das crianças, o que resultou na constatação de que as que foram expostas a desenhos com publicidade de alimentos ingeriram mais calorias em relação às submetidas aos anúncios de brinquedos, sendo que as crianças com sobrepeso foram mais influenciadas e consumiram mais lanches altamente calóricos (HALFORD ET AL., 2007 *apud* UEDA; PORTO; VASCONCELOS, 2014).

Na mesma esteira, destaca-se que os anúncios de alimentos correspondem a cerca de 50% da publicidade infantil, e apesar desta não constituir a razão única da obesidade em crianças, é apontada por pesquisadores como forte influenciadora dos hábitos alimentares não saudáveis e com o aumento progressivo da obesidade infantil ocorrido nos últimos anos (MONTEIRO, 2009; VALOIS, 2013 *apud* LIRA, 2015). Ainda sobre a influência que a publicidade de alimentos exerce sobre as crianças Henriques (2013 *apud* REIS; RICHTER, 2014, p.10) assevera que:

A disseminação de valores consumistas desde a infância, preocupa não apenas por que aumenta o consumo de fato, mas também por que forma hábitos que serão levados para toda a vida. Em particular a publicidade de alimentos e bebidas altamente calóricas e de baixo valor nutricional tem incrementado sobre maneira a difusão de uma verdadeira epidemia de obesidade e doenças crônicas não transmissíveis – um problema de saúde pública [...].

Outro problema apresentado é a adultização ou erotização precoce as quais estimulam as crianças a possuírem comportamentos adultos e sensualizados, tratando desse aspecto, tem-se que a adultização precoce é um aspecto comumente relacionado com a publicidade infantil e pode se dar através da representação das crianças como miniadultos, principalmente em relação às meninas, e também pelo estreitamento entre as fases da infância e adulta através dos hábitos do consumo (SCHOR, 2009; LINN, 2006; FERREGHET, 2014 *apud* LIRA, 2015).

Considerado como o propulsor de todos os problemas já citados é o consumismo, este consumo exacerbado de bens pelas crianças é apontado como uma das características negativas impulsionadas pelos anúncios publicitários, nesse sentido, Lessa (2011) explica que o consumismo advém do objetivo difundido pelo mercado publicitário que é o consumo exagerado, essa difusão ocorre através do bombardeio de anúncios infantis os quais repassam a ideia de que a felicidade está atrelada a aquisição do produto anunciado, então se relaciona o

estado de espírito ao consumo tornando-a compulsiva. Nessa mesma linha, Paiva (2016, p.243) afirma:

Com verdades fabricadas pela publicidade, o consumismo impõe à infância a experiência do pensamento anticultural, limitador da aprendizagem metacognitiva e inibidor da vida comunitária integral e integradora dos meios sociais, tanto físicos quanto virtuais. Asfixia o lúdico, reduz seus seguidores ao instinto de sobrevivência e constitui fonte de poder para quem o patrocina.

Observa-se que o consumismo padroniza os comportamentos e por isso reduz a capacidade de criatividade das crianças, pois divulga modelos pré-determinados a serem seguidos que não deixam espaço para que haja um posicionamento crítico diante das informações repassadas e por isso é fonte de poder, pois não se contrapõe ao que já é socialmente aceito, além da promoção de objetos, como videogames e brinquedos, que exigem nenhum esforço intelectual, apenas mecânico.

Nesse diapasão, a autorregulamentação publicitária exercida pelo CONAR é insuficiente, pois a prática tem revelado essa insuficiência devido ao fato desse sistema ser regido pelos interesses privados do setor regulado, além de sua eficácia não ser abrangente para todas as empresas de diversos ramos e anunciantes (HENRIQUES 2010 *apud* SILVA, 2011).

No que concerne aos argumentos contrários à regulamentação, a defesa da liberdade de expressão comercial e o rechaço as ideias que culpam a publicidade por todos os problemas já dantes referidos são os principais pontos ressaltados pelo setor regulado, além disso, defende o sistema misto de regulação publicitária como a melhor forma de proteção dos consumidores contra as abusividades e ilicitudes na publicidade, ressaltando, ainda, que a atuação do CONAR e seu Código de Autorregulamentação Publicitária tem sido suficientes para o controle da publicidade em conjunto com o controle público, ao passo que afirmam a importância da publicidade para o desenvolvimento econômico da sociedade.

O principal defensor da não restrição da publicidade infantil é o CONAR que, por sua vez, é formado por várias empresas dos ramos de brinquedos e alimentos, da publicidade, dentre outras. Na esteira da defesa da liberdade de expressão, e tratando da coleção de decisões do referido Conselho, sobre o conjunto de julgados, o CONAR (2015, p.3) afirma que:

Expressa também a nossa disposição de defender a liberdade de expressão comercial e a relevância socioeconômica da publicidade para a sociedade contemporânea,

porque o Conar acredita que cidadãos responsáveis e consumidores conscientes dependem da informação e que a falta dela prejudica-lhes a autonomia e a liberdade de escolha.

O Conselho também defende o sistema misto de regulamentação quando afirma que “o sistema misto de legislação e autorregulamentação garante integralmente o consumidor contra eventuais abusos da publicidade” (CONAR, 2015, p.7). Destaca a publicidade como promotora de desenvolvimento econômico, além de necessária para fornecer informação aos consumidores os quais, conseqüentemente, poderão fazer melhores escolhas. Assim, o CONAR (2015, p.7) ressalta que:

[...] a publicidade é importante para o progresso da sociedade. Numerosos estudos comprovam a força da publicidade como motor de mercados, de qualidade de vida, de crescimento material e humano. As pessoas consomem melhor com informação. O processo de consumo começa, normalmente, nos meios de comunicação, com a oferta de novidades, vantagens, especificações, preços, descontos, parcelamentos, brindes etc., que geram facilidade, comodidade, conforto, segurança etc.

Rebatendo a acusação da publicidade como forte influenciador da obesidade infantil e ressaltando que apenas dois países baniram a publicidade infantil de alimentos, procuram demonstrar que as medidas de restrição são ineficazes. Dessa forma, o CONAR (2015, p.9) declara que:

[...] para muitos, anúncios de alimentos e refrigerantes tornaram-se vilões que precisam ser banidos com a maior brevidade possível e sem maiores discussões, como se essa medida fosse capaz de acabar com a obesidade. Esta tese não está prosperando. Apenas a Suécia e uma das dez províncias do Canadá – Quebec - impuseram o banimento da publicidade de produtos e serviços dirigidos a crianças e adolescentes e assim mesmo em condições limitadas. Em contrapartida, a China, depois de discutir longamente a questão, estimulou a autorregulamentação para a publicidade.

Diante das informações, dados e posicionamentos demonstrados, verifica-se que o assunto é controverso e que a regulamentação existente no país, apesar de ter um papel relevante, possui alguma incompletude que acaba por favorecer interpretações divergentes sobre as normas protetivas da criança presentes no sistema jurídico brasileiro, sendo assim, cumpre verificar esses pontos que deixam a desejar no disciplinamento do tema e interpretá-los conforme os princípios regentes da legislação consumerista e de proteção da criança, tendo em vista a situação de vulnerabilidade desses sujeitos, o que será feito no capítulo seguinte.

3 PRÁTICAS VEDADAS PELO CDC: PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA

Nesse momento, cabe apresentar os delineamentos concernentes à publicidade abusiva e enganosa e em qual caso se enquadraria a publicidade infantil se utilizando para tanto, primordialmente, das previsões do Código de Defesa do Consumidor, mas também dos dispositivos autorregulamentares relacionados àquele diploma, além de algumas decisões jurisprudenciais sobre o tema.

3.1 DELINEAMENTOS DA PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA

A abordagem das modalidades ilícitas de publicidade se faz necessária para que se possa averiguar a consistência de argumentos que dizem ser a publicidade infantil totalmente abusiva, ou se apenas em alguns casos o são, dentre as quais se destacam, nesse momento, as abusivas e enganosas, com disciplinamento no art.37 do CDC, *in verbis*:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§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.

§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.

§3º. Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

A modalidade enganosa possui como efeito segundo Nunes (2015, p.549): [...] “induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponda à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou, ainda, a sua garantia etc.” Ressalta-se que não há necessidade de haver dano efetivo ao consumidor, basta haver a potencialidade deste, sendo o potencial um requisito de ilicitude desse tipo de publicidade (DIAS, 2013). Quanto aos dois tipos de enganabilidade, Dias (2013, p.102) assevera que:

Assim, de acordo com a referida norma legal, poderá haver publicidade enganosa por meio da veiculação de informação, total ou parcialmente, falsa, induzindo positivamente o consumidor em erro no tocante às diversas características do produto ou serviço anunciado (enganosidade por comissão), como também por meio da veiculação da informação verdadeira, mas que ainda assim induza o consumidor em erro se, por exemplo, deixar de informar sobre algum dado essencial do produto ou serviço, isto é, sobre algum dado que constitua informação relevante ao consumidor no momento de sua escolha (enganosidade por omissão).

Pode-se observar do dispositivo alhures que é enganosa a publicidade que, por ação ou omissão, induza o consumidor em erro, de forma que se este não estivesse com uma visão falsa ou deturpada da realidade não realizaria o negócio de consumo, sendo que não há necessidade da publicidade vincular somente informações falsas, pois ao repassar informações verdadeiras, mas omitir alguma, total ou parcialmente, se tem a enganosidade por omissão.

Em se tratando de publicidade abusiva prescreve Marques (2011) que a publicidade abusiva é aquela antiética, a qual viola a vulnerabilidade do consumidor e os valores essenciais da sociedade, cita a proteção à criança e ao adolescente como um dos valores protegidos contra a abusividade. Assim, Dias (2013, p.165) afirma:

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, da paz social e da não discriminação [...].

Evidencia-se que esta publicidade não possui descrição tão objetiva quanto à publicidade enganosa, pois nesta analisa-se as informações repassadas pelos anúncios seja através de palavras, imagens ou cores, naquela verifica-se se os valores sociais juridicamente protegidos foram violados o que, por vezes, necessita de valoração em cada caso concreto, fato que não autoriza a utilização indiscriminada da subjetividade, mas a aferição de potencialidade de dano a valores comuns a toda coletividade e não a determinados indivíduos (DIAS, 2013).

Cumprindo observar que, mesmo os que não são considerados consumidores, efetivos ou potenciais, são reconhecidos como atingidos por eventual publicidade enganosa ou abusiva simplesmente por estarem expostos, conforme tem prevalecido na jurisprudência (MARQUES, 2011), cite-se um caso exemplificativo de publicidade infantil abusiva envolvendo a afirmação exposta: “[...] como se demonstrou no *leading case* ‘Nestlé e

APC'em que foram considerados consumidores crianças pobres, que não 'contratavam' ou 'consumiam' tais produtos" (MARQUES, 2011, p.837).

Dessa forma, o caso supracitado considerou que mesmo àquelas crianças que não possuem condições de comprar chocolates em um supermercado, merecem a proteção de sua dignidade humana, em virtude do estímulo de um comportamento socialmente condenável a qualquer ser humano, independente de sua classe social. Ainda sobre o anúncio supramencionado, Jayme (1999 *apud* MARQUES, 2011, p.837) assegura que:

No Brasil, a visão [de consumidor] também é diferente. O direito brasileiro de proteção ao consumidor distingue entre crianças e adultos. Abusivas são as publicidades que usam ou a abusam da pobreza das crianças (art. 37, §2º, do CDC). Em um caso célebre, tratava-se de uma publicidade de chocolates, que animava as crianças a arrombar um supermercado. A reação do direito brasileiro colocou em primeiro plano a dignidade dos pobres.

Destaca-se também que, de forma explícita, somente a publicidade abusiva encartada no artigo 37, §2º do CDC faz menção à criança, afirmando que esta não possui total capacidade de discernimento e, portanto, a publicidade que se valha dessa deficiência é abusiva, porém nada impede que outras práticas vedadas pelo CDC, inclusive enganosas, sejam, no caso concreto, verificadas quando direcionadas ao público infantil conforme destaca Dias (2013, p.194):

Cumprir anotar que, afora o referido § 2.º do art. 37 da lei consumerista, não encontramos na legislação brasileira outras normativas específicas relacionadas à publicidade infantil, cabendo, pois, ao julgador, no exame do caso concreto, avaliar e definir as situações de abusividade direcionadas às crianças.

Sendo assim, verifica-se do dispositivo analisado que pouco se aborda a publicidade infantil, ficando a cargo do julgador interpretar o CDC, sistematicamente com os demais diplomas jurídicos, para a verificação do enquadramento do anúncio questionado como abusivo ou ilícito, e quanto às práticas abusivas somente o artigo a seguir mencionado possui alguma relação com o tema, embora não expresse a palavra criança.

Dentre as práticas abusivas elencadas pelo CDC no art. 39, está a vedação, no inciso IV, de o 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". Fica claro que a idade é um fator considerado na definição de alguma prática abusiva realizada pelo fornecedor, conseqüentemente o dispositivo em tela busca proteger de

forma especial crianças e idosos, os quais são considerados vulneráveis nas relações contratuais.

Desse modo, se reconhece uma condição especial da criança, embora não explícita, nesse sentido, Marques (2011) ressalta a possibilidade de quando da reforma do CDC, o rol de práticas abusivas elencadas no referido artigo 39, seja reforçado para conferir uma proteção maior às crianças e outras pessoas consideradas hipervulneráveis.

Tendo em vista a previsão da publicidade abusiva e enganosa no ordenamento jurídico brasileiro, há aqueles que defendem ser a publicidade infantil, por si só, abusiva e por isso defendem que haja sua restrição ou proibição, pois “[...] tais orientações dão conta de que toda e qualquer publicidade destinada a crianças é essencialmente abusiva, uma vez que elas não possuem o discernimento necessário para compreender a publicidade de forma plena” (HENRIQUES *apud* LIRA, 2015, p. 40). Em vista disso, Henriques, Britto e Sampaio (2012, 2010, 2004 *apud* LIRA, 2015, p.40) admitem que:

[...] defensores de uma regulamentação específica para a publicidade infantil consideram que o sistema misto de regulação da publicidade é ineficiente, por não especificar os reais contextos em que a publicidade é de fato condenável e abusiva, o que, por sua vez, dá margem para múltiplas interpretações.

As consequências jurídicas da prática dessas publicidades decorrem de sua ilicitude e sujeição do anunciante à responsabilidade objetiva, evidenciando esta modalidade quando se trata de efeitos civis, pois ao se tratar de efeitos penais, deve-se perquirir o dolo ou culpa (DIAS, 2013), sendo assim, prossegue a citada autora (2013, p. 298):

Não se torna necessário aqui investigar, portanto, a boa ou má-fé do anunciante e sua intenção em querer enganar os consumidores ou desprezar valores fundamentais do ordenamento jurídico. A verificação de dolo ou culpa do fornecedor poderá se mostrar útil apenas como parâmetro para o arbitramento do *quantum* indenizatório, mas não para fins de sua responsabilização civil, sempre existente quando demonstrada a relação de causalidade entre a publicidade e o dano.

Essa previsão encontra respaldo no art. 6º, VI do CDC o qual prescreve que “é direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Destaca-se, portanto o dano moral difuso que é observado contra uma coletividade indeterminada e que está indiscutivelmente sujeito à reparação, conforme a lição de Dias (2013, p.306):

[...] a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva pertence justamente à categoria dos interesses difusos. Verifica-se, nesta atividade, a indeterminabilidade dos seus destinatários, a indivisibilidade do objeto tutelado, bem como o fato de seus sujeitos estarem unidos pela mesma circunstância de fato, ou seja, pelo fato de estarem expostos à mensagem publicitária.

Assim, quando se trata de publicidade enganosa o dano individual é mais facilmente identificado, pois ocasiona perda patrimonial ou até mesmo lesão moral para o consumidor ou consumidores especificados, entretanto, em se tratando da publicidade abusiva, a identificação da violação aos valores que ocasionam prejuízos a toda coletividade, é mais dificultosa, mas não deve ser afastada *a priori* (DIAS, 2013).

Portanto, dissecadas a abusividade, enganabilidade e práticas vedadas pelo CDC, cumpre verificar se a publicidade direcionada ao público infantil é totalmente vedada e, se não é, quais seriam as práticas incompatíveis com o sistema protetivo da criança existente no ordenamento jurídico.

3.2 PUBLICIDADE INFANTIL É ABUSIVA, ENGANOSA OU VEDADA?

Neste momento, cabe analisar se a publicidade infantil por si só já é abusiva ou enganosa, ou só alguns tipos o são. Esta problemática surge pelo fato de a lei não especificar as condutas vedadas quando se trata desse tipo de publicidade. Nessa linha, Henriques (2006 *apud* TORRES, 2014, p.55) admite que:

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

Nos casos de venda casada de alimentos com brinquedo evidencia-se essa problemática, pois quando se refere ao condicionamento de venda de um produto à aquisição de outro e o público alvo são os adultos, as empresas têm mais cautela, já quando esse direcionamento é feito às crianças a prática em tela é muito recorrente, principalmente em

redes de *fastfood* e épocas como a Páscoa, Dia das crianças e Natal. Assim, Karageorgiadis (2014, p.18) afirma que “considerando-se que a aquisição de brinquedos é condicionada à compra de alimentos, sendo aqueles o principal atrativo para a criança, constata-se a prática de venda casada, considerada ilegal por diferentes dispositivos normativos”.

A prática citada pode ser observada em anúncios veiculados em catálogo impresso das Lojas Americanas no período da Páscoa no ano de 2016, observa-se que a maioria dos ovos de chocolate postos à venda atrelava a sua compra ao ganho de brindes atrativos para o público infantil, como demonstrado em alguns dos produtos extraídos do referido anúncio na Figura 1 (Ovos de Páscoa com brindes):



Fonte: Lojas Americanas (2016)

Essa prática é considerada abusiva não só pelo fato de constituir venda casada, mas pelo fato de que anúncios de guloseimas incentivam o comportamento prejudicial ou perigoso à saúde do consumidor tipificado no CDC como bem assevera Karageorgiadis (2014, p.23):

Outro ponto que merece destaque ao se falar na venda de lanches considerados pouco saudáveis, em caso de consumo habitual e excessivo, com brinquedos é o cometimento de outro tipo de abusividade publicitária, aquela que induz o consumidor “a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde” (art. 37, § 2º), o que se comprova diante dos dados expostos a respeito do aumento das taxas de sobrepeso e de doenças crônicas associadas, resultantes das mudanças dos hábitos alimentares da população.

Cabe ainda ressaltar a decisão da Segunda Turma do STJ que proferiu julgamento referente à promoção de uma empresa do ramo de alimentos que consistia em o consumidor comprar cinco pacotes de bolachas e pagar mais cinco reais para ganhar relógios de

personagens infantis, a empresa negou que essa prática fosse abusiva, enganosa ou ilegal, esse caso se originou de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo, a qual foi julgada improcedente na Primeira Instância, porém, em Agravo de Instrumento interposto pelo MP, o TJ/SP decidiu pela condenação da empresa, esta recorreu ao STJ o qual manteve a decisão do Tribunal paulista com fundamento na venda casada e aproveitamento da ingenuidade da criança (STJ, 2016).

Segundo o TJ/SP a campanha publicitária referida é comum, mas adverte que é abusiva e não normal, o relator afirma ainda que a mentalidade de que o que é corriqueiro é normal precisa ser mudada, destaca-se também a condenação da empresa em 300 mil reais por danos difusos (TJ/SP, 2013). Com a referida decisão em sede do Resp. nº 1558.086, o STJ abre precedentes para futuras decisões jurisprudenciais, bem como aquece os debates em torno da regulamentação e restrição da publicidade infantil. Segue transcrição da Ementa:

Ementa: Processual Civil. Direito do Consumidor. Ação Civil Pública. Violação do art. 535 do CPC. Fundamentação deficiente. Súmula 284STF. 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 284STF.

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. (STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 1.558.086 - SP (20150061578-0), recorrente Pandurata Alimentos LTDA, recorrido MP-SP, Julgado em 10 de março de 2016.)

Já outra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que uma determinada publicidade de alimentos não era considerada abusiva, demonstrando-se exemplo de divergência jurisprudencial que ocorre por não ser pacífico o assunto em questão, conforme transcreve a Ementa abaixo citada por Torres (2014, p. 99):

Ementa: Apelação Publicidade abusiva Pretensão anulatória de auto de infração e imposição de multa do PROCON Indução ao consumo de produtos de qualidade nutricional baixa, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência de crianças Não verificação in casu, de abusividade Inteligenciado art. 37, § 2º do CDC Campanha publicitária que se ateve aos limites as livre concorrência e da legalidade Inexistência de razão, ante a campanha veiculada, para se afirmar ofensa à hipossuficiente.

Sentença de procedência reformada apenas para redução da verba honoraria, ante a necessária equidade – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não se verificando na campanha publicitária excesso qualificável como patológico nem ofensa aos hipossuficientes (crianças), por desrespeito à dignidade humana, por indução de comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança pessoal, por exploração de diminuta capacidade de discernimento ou inexperiência, por opressão ou, ainda, por estratégia de coação moral ao consumidor ou abuso de persuasão, não se justifica a autuação e punição aplicada pelo Procon. (TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0025180-44.2009.8.26.0053, Apelante FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON, Apelado Sadia S A, Julgado em 27 de novembro de 2012.)

Quando se trata de práticas vedadas pelo CDC em relação à publicidade deve ser considerado que determinadas táticas podem não surtir nenhum efeito para os adultos, porém causará impacto nas crianças, deve-se atentar, então, para a vulnerabilidade agravada.

Pode-se mencionar a técnica do *puffing*, a qual se constitui pela utilização do exagero, porém, se este possui um caráter jocoso o qual não é capaz de enganar o consumidor, então não há publicidade enganosa, cite-se exemplos de frases como “o mais gostoso”, “o filme do ano”, porém se for além de características subjetivas como as citadas, o anunciante deve comprovar a veracidade da informação sob pena de incorrer em enganabilidade, como, por exemplo, quando diz que uma máquina possui melhor desempenho e é a mais econômica essas informações devem ser verdadeiras e o fornecedor deve prová-las quando for questionado (NUNES, 2015).

Portanto, se o *puffing* possui a capacidade de enganar adultos, quanto mais não pode enganar crianças, não devendo, então, ser utilizada tal técnica na publicidade infantil. A esse respeito, Torres (2014, p.24) afirma que:

O exagero há de ser evitado em publicidades que possam ser dirigidas ao público infantil. Uma mulher certamente não acreditará no comercial que diga que seus cabelos serão de princesa com o uso de um produto. A menina, por sua vez, provavelmente seria influenciada pela mensagem que lhe garantir que com o uso do cosmético que acompanha a Barbie, ela será bonita como a boneca, o que tornaria abusiva esta publicidade, nos termos do CDC.

Já na publicidade clandestina ou oculta o consumidor não consegue identificar facilmente o caráter publicitário da mensagem na qual lhe é apresentado um produto inserido dentro de um programa de televisão, por exemplo, ou ainda tem seu subconsciente exposto à publicidade e nem percebe, como é o caso da publicidade subliminar, há uma diferenciação entre os dois tipos de publicidade conforme Torres (2014, p.21):

Clandestina é aquela que, embora passível de identificação como tal, oculta seu objetivo, apresentando-se como matéria jornalística ou opinião de uma autoridade, mas não claramente como anúncio publicitário. Subliminar é a publicidade que não é perceptível como tal pelo consumidor, mas por meio de recursos visuais ou sonoros, a mensagem consegue alcançar o subconsciente do consumidor. Tanto a publicidade clandestina quanto a subliminar são vedadas pelo CDC, por desrespeitarem o princípio da identificação da publicidade, uma vez que não são claramente reconhecíveis pelo consumidor.

Em vista disso, tem-se que a publicidade clandestina se encaixa na modalidade enganosa prevista nos dispositivos citados do CDC porque camufla sua finalidade promocional e possui como efeito a indução dos consumidores ao erro quanto à verdadeira natureza das informações veiculadas, constituindo a modalidade ampla da publicidade enganosa. Importante destacar que a livre manifestação de pensamento em relação a um produto através de elogio, por exemplo, não se configura, em si, publicidade oculta, há de se verificar a finalidade promocional e a intenção de ocultar, esta se evidencia pela intencionalidade de que o consumidor não identifique facilmente o caráter publicitário daquela manifestação, aquela se define pelo fim do ocultamento que é divulgar e persuadir para a obtenção de lucro, ou seja, possui uma finalidade econômica, sendo que um critério utilizado para a verificação do fim promocional é a troca de vantagens entre fornecedor-anunciante a qual não será necessariamente econômica (DIAS, 2013).

Este tipo de publicidade pode se dar através da publicidade redacional e do *product placement*, colocação do produto ou o conhecido *merchandising*, a primeira configura-se na colocação de anúncio em texto ou manifestação de caráter informativo ou jornalístico, o segundo resulta da inserção de anúncios em filmes, novelas, seriados, durante um conteúdo de programação sendo que não será vedada se informar que tal programação utilizará a referida técnica, porém será quando ferir o princípio da identificação da mensagem publicitária (TORRES, 2014).

Importante ressaltar que as duas formas supracitadas não precisam ser necessariamente televisivas, e não são ilícitas de *per se*, sendo assim definidas quando possuírem os requisitos da publicidade oculta antes mencionados. Deve-se também fazer a diferenciação entre *merchandising* e publicidade subliminar, pois a técnica subliminar evita a percepção consciente da mensagem publicitária, já o *product placement* na forma ilícita pode ser percebido conscientemente, porém sua natureza publicitária não (DIAS, 2013).

Em se tratando de anúncios voltados ao público infantil, o viável é que não sejam empregadas as técnicas de *merchandising*, considerando que a criança não possui a mesma capacidade do adulto de verificar o caráter publicitário de uma mensagem transmitida durante

uma programação de desenhos, devendo, pois, os anúncios serem restritos ao espaço destinado à publicidade, correspondente, na televisão, aos intervalos comerciais, e em outras mídias, nos espaços próprios para tal, diante disso, Dias (2013, p.244) explica:

Ocorre que quando está a se falar de público infantil (crianças até 12 anos de idade), cuja capacidade de discernimento ainda se encontra em desenvolvimento, nos parece pouco tolerável ou, melhor, até mesmo reprovável o uso de *merchadising* em programação infantil. Com efeito, trata-se de público hipossuficiente, que sequer detém a capacidade de discernir a ficção da realidade, configurando-se, pois o *merchadising* voltado a esse público, verdadeira emboscada, com nítido aproveitamento da inexperiência e ingenuidade das crianças.

Já a técnica do *teaser* é adotada na preparação do mercado para o lançamento de um produto através de um mistério com a finalidade de causar impacto e instigar os consumidores a se interessarem pelo produto, sendo que num primeiro momento não se consegue identificar o caráter publicitário, mas num segundo momento o mistério é revelado. Não haveria, nesse caso, violação ao princípio da identificação da mensagem publicitária, porém não pode ser confundido com matéria editorial, então se contiver conteúdo redacional ou descritivo o alerta de que é uma publicidade deve ser feito (DIAS, 2013).

Apesar de não ser ilícito, cita-se a campanha de relançamento de uma ração para cachorro, na qual foram divulgados *teasers* pela televisão e mídia impressa noticiando o desaparecimento de uma cadela chamada Daisy se utilizando da frase “Fugiu uma cadela chamada Daisy. Criança inconsolável” e ainda apresentava um número para contato, posteriormente revelou-se que não havia cadela desaparecida, tratando-se do lançamento da ração, o CONAR entendeu pelo abuso no uso da técnica (DIAS, 2013). Mediante o exemplo citado, as empresas devem manusear com cautela a técnica, há de se atentar para o maior impacto no público infantil, pelo forte apelo emocional relacionando-a a um bicho de estimação e criança no anúncio exemplificado.

Evidencia-se também outras duas técnicas publicitárias, a primeira é a publicidade testemunhal e ocorre quando alguém, que pode ser uma celebridade, um especialista ou consumidor, promove juízo de valor sobre determinado produto ou serviço baseados em sua experiência com o uso destes, sendo que se os personagens citados apenas apresentarem os produtos sem emitir tais opiniões, apenas atuando como porta-voz do fornecedor, não restará configurada, frise-se, esta modalidade não é vedada, mas deverá respeitar o princípio da veracidade, sob pena de ser enquadrada na enganosidade, e o fornecedor deverá sempre estar apto a provar essa verdade quando questionado (DIAS, 2013).

Já a publicidade comparativa tem por função demonstrar a supremacia ou vantagem de produtos ou serviços do anunciante em relação aos de outros concorrentes por meio da confrontação das características dos bens anunciados, esta técnica também não encontra proibição no CDC, porém deve-se levar em consideração a veracidade das informações comparativas, bem como não deve denegrir e ofender o concorrente (DIAS, 2013).

Além das práticas já mencionadas, licenciar produtos com personagens infantis, ou até mesmo produtos direcionados às crianças é, por vezes, extremamente abusivo, pode se dar, inclusive, através da venda casada, esse licenciamento é uma técnica comumente utilizada que “consiste na estratégia de marketing em que as corporações fazem ‘uso da imagem de personagens de desenhos e distribuição de brinquedos, capazes de conquistar o interesse das crianças’, convencendo-as a consumir os produtos divulgados” (PIEDRAS, 2013 *apud* LIRA, 2015, p.35).

É pertinente também citar alguns tipos de licenciamentos envolvendo refrigerantes como as “[...] ações como as da Pepsi, da Seven Up e da Dr. Pepper que, nos EUA, licenciaram seus logotipos a fabricantes de mamadeiras com o objetivo de incutir nos bebês afeição pelas marcas e, com isso, estimular o consumo futuro de refrigerantes” (TORRES, 2014, p. 81). Assim, “aqui é possível observar a influência do licenciamento de personagens e marcas na escolha dos produtos pelas crianças. Os produtos relacionados a personagens infantis tendem a ser lembrados pelas mães e pais como pedidos mais solicitados” (LIRA, 2015, p.110), conclusão essa baseada em uma pesquisa sobre esse assunto.

Sendo assim, quando o licenciamento é utilizado para atrair o consumo de alimentos não saudáveis e refrigerantes se torna prejudicial à saúde de quem não tem a capacidade de discernir sobre a qualidade do que está consumindo, ainda mais quando repassam informações de forma a proporcionar ao consumidor a crença que está ingerindo um produto saudável somente por sua embalagem se utilizar de palavras como “integral”, “fonte de vitaminas”.

Dessa forma, tanto adultos são incentivados a consumirem, como a deixar que seus filhos consumam, acreditando os pais estarem fornecendo nutrientes e uma alimentação saudável a sua prole, desse modo, Santos (2014 *apud* TORRES, 2014, p.85) preconiza que:

Ao passo em que as crianças acreditam nas imagens veiculadas, deduzindo que ficarão iguais às pessoas apresentadas nas propagandas, os pais entendem que os produtos “livres de gordura trans”, “que fazem bem à saúde” ou são “ricos em ferro” serão bons para o consumo de seus filhos.

Neste sentido, Karageorgiadis (2014, p.18) também aduz que, em Pesquisa do Datafolha realizada com pais sobre os impactos dos comerciais infantis de alimentos não saudáveis, em maio de 2011, constatou-se que 79% deles acreditam no prejuízo que os referidos anúncios ocasionam nos hábitos alimentares de seus filhos, 78% consideram os comerciais influentes nos pedidos dos filhos e 76% dos pais observam que a referida publicidade dificulta seus esforços na educação de uma alimentação saudável para os filhos. Assim, Curi e Napolini (2015, p.17) destacam:

Para um caso como estes de publicidade de alimentos não nutritivos e, principalmente, a sua vinculação com personagens infantis, há de se adotar a teoria mais restritiva e proibir a publicidade que exponha a saúde infantil, ou, ao menos, proibir a sua vinculação com qualquer brinquedo ou personagem infantil. Pois, ainda que a publicidade não seja o único fator que gera a obesidade, sem dúvida, ela é um fator incisivo que pode ser controlado pelo Estado.

Isto posto, ressalta-se a importância de uma teoria restritiva quanto à veiculação desse tipo de publicidade de forma que não seja direcionada a este público, mas aos adultos, que já possuem a capacidade de escolha alimentar, ou se for direcionada não vincule os alimentos com brinquedos, para que não haja percepção pela criança do alimento como algo não para se nutrir, mas se divertir somente.

Alguns exemplos de alimentos que são divulgados como saudáveis podem ser demonstrados através do documentário Muito Além do Peso, o qual demonstra um suco de uva em caixa com os dizeres “néctar de uva”, possuindo 145 g de açúcares, outro destaca um suco de pacote chamado “La frutta” o qual contém a penas 1% de suco de fruta e 28 g de açúcar, em outra cena é apresentado um refrigerante sabor uva o qual contém apenas 10% de suco de uva e 270 g de açúcares (MUITO ALÉM DO PESO, 2012).

Assim, como o CDC não especifica de forma objetiva o que seria abusivo ou não em matéria de publicidade infantil, se poderia recorrer então ao Código de Autorregulamentação Publicitária o qual discrimina muitas condutas que não devem ser praticadas pelos anunciantes, uma alternativa importante não fosse o caráter recomendatório de seus dispositivos e sua aplicação restrita aos aderentes. Além de recomendar o não apelo de consumo dirigido diretamente às crianças e adolescentes ainda traz muitas outras recomendações como o art.37, 1, alíneas *a* e *i* do CBARP *in verbis*:

Art.37[...]

1 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 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.

Dentre as recomendações acima é possível apontar as alíneas *a* e *b*, pois estão inadmitindo a prática de publicidade abusiva, pelo fato de elencar vários valores sociais a serem protegidos além da abstenção da discriminação, acentua-se também a alínea *g* que trata da publicidade oculta na modalidade redacional, a alínea *h* dispõe sobre a publicidade enganosa porque veda a apregoação de características peculiares em algum produto, de consumo das crianças, sendo que são encontradas nos similares, podendo configurar-se também em publicidade comparativa ilícita ferindo a concorrência leal.

O CONAR também inseriu previsão da técnica de *merchandising*, deixando claro que não deve ser feita, mas somente em relação aos anúncios direcionados às crianças, ou seja, se forem destinados ao público adulto pode ser utilizada mesmo em programação infantil (DIAS, 2013), sendo assim, o citado Conselho (2015, p.8) descreve que:

O Conselho Superior do Conar acolheu esta preocupação e incorporou ao Código a recomendação que ações de *merchandising* não empreguem crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios publicitários com a finalidade de captar a atenção desse público específico. O Código também passou a reprovar ações de *merchandising* de produtos e serviços destinados a crianças nos programas para público infantil, qualquer que seja o veículo utilizado.

O Código traz também a importante previsão de que a publicidade de bebidas alcoólicas não seja direcionada às crianças, dessa forma prescreve que estes anúncios não terão como público-alvo crianças e adolescentes (CONAR, 2008). É sabido, porém, que já

foram veiculados vários anúncios de cerveja que se utilizavam de animação e recursos gráficos chamativos os quais indiretamente se comunicavam com as crianças, destaca-se como exemplo a publicidade de cervejas em que se veiculou um siri computadorizado, num cenário de praia, que roubava a cerveja de um homem distraído, em seguida o animal rebojava para o rapaz como gesto de provocação e ainda observava-se que era comum verificar crianças imitando o siri na época em que se veiculava a campanha (AFORNALLI, 2006 *apud* RIBEIRO; EWALD, 2010).

Percebe-se, então, que as práticas vedadas pelo CDC estão contidas ao longo de várias disposições do CBARP, poderia se destacar muitos dispositivos, não só da seção destinada a crianças e adolescente, porém são apresentados aqui os mais relevantes para a interligação com o Código consumerista, demonstrando o quanto este é impreciso em relação àquele.

Discrimina-se de uma forma geral, porém de forma não exaustiva, o que poderia ser considerada a publicidade que se vale da deficiência de julgamento e experiência da criança configurada pelo CDC como abusiva de acordo com Benjamim, Marques e Bessa (2013 *apud* PÉRICO, 2015, p.51):

Tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade.

Nessa seara, se ao considerar abusiva a publicidade que se valha da deficiência de experiência e julgamento da criança, a intenção do CDC fosse prescrever que toda publicidade infantil é abusiva, esse tipo de anúncio já teria sido vedado, mas não foi este o objetivo do art. 37, §2º do CDC. Além disso, o termo utilizado pelo referido código é criticado pelo psicólogo La Taille (2016, p.115), quando afirma:

Antes de mais nada, é preciso sublinhar a infeliz escolha do termo “deficiência”. Pelo menos em psicologia, não existe, em absoluto, referência a essa suposta deficiência. Além disso, sabe-se que o intelecto da criança é menos sofisticado que o do adulto. Mas o fato de isso ser descrito como deficiência pode levar a uma negação de toda a riqueza do pensamento infantil.

Assim, admitir a vulnerabilidade agravada da criança não é retirar sua total capacidade de pensar, mas reconhecer o não aproveitamento dessa capacidade de forma a prejudicar o seu

desenvolvimento, pois não possui o pensamento crítico necessário para se defender de alguma abusividade. Prossegue ainda La Taille (2016, p.115) que:

Portanto, do ponto de vista funcional, não há diferença entre as inteligências adulta e infantil, muito menos deficiência da segunda em relação à primeira. Em compensação, há diferença de estrutura. Dos dois aos sete anos, em média, a criança ainda não possui as ferramentas intelectuais necessárias ao estabelecimento de demonstrações lógicas e à percepção e à superação de contradições, quando presentes, nos próprios raciocínios e nos dos outros. Dos sete aos doze anos, aproximadamente, embora tais ferramentas já tenham sido construídas, permanecem apenas aplicáveis a situações concretas – concreto significando aqui referência a experiências vividas, não a virtuais ou possíveis. Dito de outra forma, nessa fase a criança está no mundo do real, não do possível. A partir dos doze anos, suas estruturas mentais assemelham-se às do adulto, faltando-lhe ainda, é natural, o acúmulo de conhecimento e experiências.

Assim, nem toda publicidade infantil é ruim, porque nem todos os produtos anunciados são ofensivos à saúde, à dignidade, dentre outros aspectos, das crianças, mesmo que se reconheça a inexperiência delas. Por isso, a hipossuficiência físico-psíquica é um *plus* da vulnerabilidade do consumidor, fato que deve despertar um controle mais rígido por parte do Estado em relação à publicidade infantil, sem, no entanto, extirpá-la (BENJAMIN, 2000 *apud* CURI; NASPOLINI, 2015).

No mesmo sentido, Dias (2013, p.200) aduz:

Com efeito, a regulamentação dos limites da publicidade dirigida a crianças menores de 12 anos parece, de fato, ser o melhor caminho, à luz, inclusive, da experiência, normativa estrangeira, em que, com exceção de dois países e uma província (Suécia, Noruega e Quebec, respectivamente), a publicidade infantil é permitida, observadas certas restrições ao seu exercício.

Ante o exposto, verifica-se que qualquer prática vedada pelo CDC em relação à publicidade infantil deságua na publicidade abusiva, pois se entende que todas elas se aproveitam da deficiência de experiência e julgamento da criança, de molde que somente os anúncios que se utilizarem das técnicas ilícitas serão abusivos inclusive os enganosos, porém há técnicas que passam a ser ilícitas devido à hipervulnerabilidade da criança, atentando-se, portanto à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento para a verificação da abusividade. A constatação da publicidade abusiva e enganosa deve se dar no caso concreto e por isso a liberdade de fazer publicidade não pode respaldá-la quando ocorrer, é o que se verá na exposição adiante.

4 DA PUBLICIDADE COMERCIAL: LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU LIVRE INICIATIVA?

O direito de anunciar na publicidade comercial passa a ser analisado sobre a perspectiva da liberdade, porém analisa-se se esta constitui a de expressão ou de iniciativa, além de interligá-lo a função social da empresa, livre concorrência e defesa do consumidor.

4.1 A LIBERDADE EXPRESSÃO PODE SER APLICADA AO ÂMBITO COMERCIAL?

A liberdade é, sem dúvida, um direito inerente ao ser humano, ninguém suporta a ideia de tê-la tolhida, e quando é, anseia-se por resgatá-la, isso em se referindo a liberdade em geral, mas a de expressão especifica melhor essa inerência tendo em vista que a humanidade constrói sua história através da expressão de seus pensamentos, sentimentos e aspirações, transformando-as em escritos, comportamentos, leis, dentre outros. Assim, o termo liberdade não possui um conceito claro e parece algo ilimitado, poderia se dizer que quase tudo que se considera bom ou desejável tende-se a atrelar à liberdade (ALEXY, 2011), prossegue o citado autor (2011, p.233) que:

A estrutura da proteção das liberdades é mais simples nas relações entre iguais. Tanto o comerciante *a* quanto o comerciante *b* são livres para conquistar *c* como comprador. No entanto, nenhum deles tem, em face do outro, um direito a que o outro não frustrasse seus esforços, por meio de múltiplas ações, como, por exemplo, por meio de melhores ofertas. Eles não estão, contudo, desprotegidos no exercício de sua liberdade. Assim para atrapalhar as ações de *a*, *b* não pode matá-lo ou feri-lo ou, ainda, praticar atos de concorrência desleal.

Destarte, a proteção das liberdades não é tão simples quando envolvem sujeitos de direitos que não estão em situação de igualdade como é o caso da relação consumidor-fornecedor, pois segundo o conceito de consumidor estabelecido no CDC este o define como o destinatário final dos produtos e serviços e a parte mais vulnerável, portanto um fornecedor não tem em face do outro a proteção que é dada aos hipossuficientes na relação de consumo,

mas conforme citação acima, possui também certa proteção conferida pelo ordenamento jurídico contra a concorrência desleal.

Importante destacar que se toda restrição legal à liberdade de uma forma geral fosse impugnada em face da Constituição Federal de 88, então praticamente nenhuma subsistiria, assim, ao tratar do conceito de liberdade geral analisada sob a concepção desta apenas como direito a não intervenções, preconiza-se que “toda lei que restrinja a liberdade geral de ação – e qual não o faz? – pode ser impugnada por meio de uma reclamação constitucional, sob a alegação de que viola algum dispositivo qualquer da Constituição [...]” (EHMKE, 1961 *apud* ALEXY, 2011, p.346). Salienta-se também que o referido autor apresenta a questão da análise da intensidade do princípio da liberdade negativa que pode ser conseguida em si mesmo, sem precisar recorrer a outros princípios, além de que a impossibilidade de sua definição não conduz o princípio em tela para a inutilidade, tudo para rebater os argumentos contrários à sua tese de uma liberdade geral de ação, sendo assim Alexy (2011, p.353) afirma:

[...] é possível em, certa medida, definir a intensidade de afetação à realização do princípio da liberdade negativa sem recorrer a outros princípios. De outro, porque da simples impossibilidade de uma definição com base exclusivamente nesse princípio não decorre de que o princípio da liberdade negativa não desempenhe nenhum papel. Ele pode desempenhá-lo em conexão com outros princípios.

Abordando essa intensidade, Alexy (2011, p.353) afirma “que uma proibição de emigrar para qualquer país afeta mais que a proibição de emigrar para apenas um país”, poderia se verificar a intensidade da restrição da publicidade infantil recorrendo à própria liberdade como também relacionando esta a outros princípios, ou seja, restringir toda a publicidade infantil, sem dúvida, afetaria mais a liberdade comercial do que a restrição em alguns pontos. A liberdade é chamada negativa em virtude de [...] “uma autorização para agir conforme se queira em razão da inexistência de impedimentos de caráter normativo que imponham uma ação ou uma omissão de conteúdo diverso” (MARTINS NETO, 2008 *apud* GONÇALVES, 2013, p. 35), ou seja, estará [...] “vigorando sempre que não houver norma jurídica ordenando ou proibindo determinado comportamento” (GONÇALVES, 2013, p.35).

Como Direito Fundamental consagrado, no Título “Dos Direito e Garantias Fundamentais” na Carta Magna, a relatividade pode ser considerada um de suas características, nesse sentido, ao mencionar a relatividade dos direitos fundamentais, Novellino (2015, p.314) afirma:

A impossibilidade de prevalência simultânea de dois direitos colidentes, sem que haja uma cedência recíproca, impõe o reconhecimento da relatividade desses direitos. Ainda nessa linha de raciocínio, nem mesmo a existência de um único direito de caráter absoluto poderia ser admitida, tendo em vista a possibilidade deste direito ser invocado, em um mesmo caso, por titulares distintos, hipótese na qual um deles necessariamente teria que ceder.

Assim, é impossível que os direitos fundamentais colidentes convivam sem que haja concessões recíprocas, harmonização e ponderação entre eles, e ainda que houvesse apenas um direito absoluto, os conflitos poderiam ocorrer em seu próprio âmbito ao ser invocado por titulares com interesses divergentes dispostos cada um a fazer prevalecer o que lhe parece de direito. No entanto, para que se realize o equilíbrio de direitos fundamentais, se faz necessário que haja cessão de ambas as partes, ou então, se veja qual interesse ultrapassa a esfera individual e atinge a esfera social.

Por esse motivo, não é um direito absoluto e adveio de um processo cumulativo em que se somam a outros, tratando dessa cumulatividade, Bonavides (2011, p. 581) afirma que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade.” Incorporadas na liberdade em geral, a CF/88 consagra diversas modalidades, desse modo, a de expressão do pensamento abarcaria “as liberdades de expressão de consciência e crença religiosa (inciso VI), de expressão filosófica e política (inciso VIII) e de expressão artística e científica (inciso IX)” (FARIAS 2004 *apud* GONÇALVES, 2013, p.45).

A liberdade de expressão é posta pelos defensores da restrição da publicidade infantil como um dos mais relevantes argumentos para que o Estado não imponha mais restrições a este tipo de anúncio, o início da apregoação dessa expressão no Brasil é marcado pelas discussões sobre a restrição da publicidade de tabaco e à medida que se foi debatendo sobre outros assuntos, como bebidas alcoólicas e alimentos, o seu uso tornou-se recorrente, dessa forma o conceito de liberdade foi apropriado pela classe dominante na defesa da liberdade de mercado, incorporando os princípios neoliberais da liberdade individual ao livre-mercado e livre-comércio (HARVEY, 2011 *apud* BEZERRA, 2015).

Nessa esteira, afirma-se que a utilização do termo liberdade de expressão comercial fazia referência a liberdade garantida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, porém o termo ganhou outros contornos após o fim da ditadura militar, assim, depois do fim desse período, o vocábulo foi ganhando outros contornos centrados na defesa dos

interesses das empresas anunciantes, veículos e agências de publicidade e não tanto na defesa da liberdade em si (NEVES, 2009 *apud* GONÇALVES, 2013).

Dessa maneira, as empresas passaram a invocar o referido direito com o argumento de que as restrições na publicidade configurariam censura e se retornaria ao período em que a liberdade foi tão suprimida, porém, como visto acima, os interesses que se verificam em meio à defesa dessa liberdade são centrados em inclinações privatistas, da não intervenção do Estado nos lucros relevantes proporcionados pela publicidade massiva.

Assim, tem-se que o termo liberdade de expressão foi apropriado pelos grupos de comunicação do país como uma forma de driblar as regulações, pois aquele direito é individual, enquanto a liberdade de imprensa não, de modo que aqueles grupos se mostram como defensores da liberdade de expressão, porém ao levantarem essa bandeira não permitem que o tema possa ser amplamente debatido (LIMA, 2012 *apud* BEZERRA, 2015). Tratando da técnica de se apropriar de um princípio tão relevante e aceito pela sociedade para se justificar a oposição a qualquer restrição e não aceitar um debate crítico e racional sobre o tema Lima (2012 *apud* BEZERRA, 2015, p.88) compreende que:

Na verdade esta é uma velha e conhecida tática utilizada por certos setores da sociedade brasileira. Escolhe-se um princípio sobre o qual existe amplo consenso e desloca-se a questão em disputa para seu campo de significação. Como em política, apoiar uma posição significa estar contra outras, é preciso identificar um adversário, no caso, os inimigos da liberdade. A quem se convenceria se ninguém defendesse a posição contrária? É necessário, portanto, que a grande mídia convença a maioria da população de que “alguém” é contra a liberdade – mesmo que nossa história política, em várias ocasiões, revele exatamente o inverso. Como a grande mídia (ainda) tem o poder de construir a agenda pública e enquadrá-la, repete exaustivamente a “inversão” até criar um ambiente falso no qual ela – a grande mídia – se apresenta como a grande defensora da liberdade. Resultado: se interdita a possibilidade de um debate racional do que de fato está em jogo.

Na mesma linha, se situa a ideia de que existem aqueles que são contrários à liberdade e querem suprimi-la, de forma que surge a necessidade de quem a defenda, por isso o responsável por defendê-la precisa de adeptos para propagar suas ideologias e aceitar as informações que lhe forem repassadas. Assim, a mídia, que possui uma forte influência sobre as pessoas, é o instrumento para se impor questões, sem, no entanto, compreender o outro lado ou promover um debate construtivo em que se expõe uma variedade de posicionamentos a fim de se chegar a um consenso constitucionalmente democrático.

Contudo, essa liberdade possui alguns fundamentos que justificam sua proteção, pois o que define um ato comunicativo como expressivo é a sua compatibilidade como os

fundamentos que levaram a liberdade de expressão a ser garantida constitucionalmente (GONÇALVES, 2013). Os referidos fundamentos são os seguintes: promoção do funcionamento da democracia; a busca da verdade e do conhecimento; autonomia de consciência e ensino da tolerância (MARTINS NETO, 2008 *apud* GONÇALVES, 2013).

Porém, esses fundamentos não podem ser aplicados à publicidade pelas seguintes razões: a publicidade “[...] como instrumento de persuasão e convencimento, vinculado a finalidades lucrativas e submetido a interesses privados, não constitui forma de exercício da soberania popular e de efetivação do autogoverno democrático” (GONÇALVES, 2013, p. 40). Portanto não tem por finalidade o fortalecimento da democracia, na qual os cidadãos podem participar da vida política, influenciando as decisões do governo e combatendo as contrárias aos valores democráticos, mas persuadir e lucrar.

Quanto à busca da verdade, tem-se que, qualquer ideia possui legitimidade para circular, pois sendo verdadeira admitir-se-á, se falsa, é possível o embate de ideias em busca de informações verídicas, porém não configura uma contribuição da publicidade, pois com o intuito de persuadir, muitas vezes, as informações acabam sendo distorcidas (GONÇALVES, 2013).

Como também a autonomia de consciência não figura como finalidade da publicidade visto que esta não possibilita ao ser humano exercer plenamente as suas faculdades mentais, pois se utiliza de técnicas persuasivas que criam no consumidor necessidades que ele na realidade não tem (GONÇALVES, 2013).

O ensino da tolerância também não deve ser considerado fundamento, pois tolerar ideias e opiniões divergentes não significa tolerar qualquer espécie de comunicação, inclusive os anúncios publicitários os quais não possuem o intuito de exprimir ideologias e convicções, mas de persuadir, às vezes se utilizando de elementos enganosos e abusivos que não devem ser tolerados (GONÇALVES, 2013).

Segundo Nunes (2015) não há uma ampla garantia de liberdade de criação e expressão quando se trata de publicidade, pois o artista possui a garantia constitucional de criação da sua obra de arte, o que não se aplica ao publicitário, isso porque os anúncios não podem simplesmente emitir uma opinião devido à liberdade de expressão garantida constitucionalmente, mas deve, junto com ela, apresentar informações objetivas e verídicas sobre os produtos e serviços anunciados.

Atrelada à liberdade de expressão também se tem o fato do setor regulado defender a publicidade como direito à informação consagrado na Lei Maior, porém, mediante a

explicação anterior, devido sua finalidade essencialmente econômica, o repasse de informação ao consumidor não é de sua essência, por essa razão, Gonçalves (2013, p.56) afirma que:

Dessa forma, o argumento de que a mensagem publicitária é essencial para o exercício do direito de informação dos consumidores não encontra guarida. De fato, a publicidade por vezes apresenta informações acerca dos bens e serviços que anuncia, mas não por isso constitui o meio por excelência para a transmissão destas informações. Boa parte das mensagens publicitárias, inclusive, sequer apresentam dados do produto, sendo compostas tão somente de apelos emocionais e apresentação de estilos de vida atrativos associados à marca do anunciante. Ademais, conforme evidenciado anteriormente, o caráter persuasivo da mensagem implica, muitas vezes, na distorção das informações prestadas, de forma a induzir o consumidor em erro.

Diante disso, a informação não é uma característica própria da publicidade, pois esta foca insistentemente nas qualidades do produto ou serviço, nas suas vantagens, a satisfação que podem proporcionar e pouco se preocupam em repassar informações técnicas ou nutricionais e quando alguns dados aparecem, em muitos casos, são apresentados com letras minúsculas ou são veiculadas de forma rápida ou imperceptível em relação a outras partes dos anúncios como as imagens e slogans.

Ademais, destacam-se três pontos os quais demonstram a diferenciação entre a informação repassada pela publicidade e a informação em sentido estrito, quais sejam aquela possui fim incitativo, ou seja, convencer, persuadir o consumidor, além disso, possui caráter passional, isto é, apela para as emoções, o que é estranho à informação *stricto sensu*, e por fim tem objetivo lucrativo e por isso faz solicitações e apelos ao consumidor, sendo que a informação em sentido estrito é objetiva e possui finalidade desinteressada (BENJAMIN, 1994 *apud* GONÇALVES, 2013).

O setor regulado também vincula qualquer restrição da publicidade ao instrumento utilizado para cercear a liberdade de expressão que é a censura, cite-se o IV Congresso Brasileiro de Publicidade em que João Roberto Marinho comparou as discussões atuais sobre regulação das comunicações no Brasil com a censura e cerceamento das liberdades do período ditatorial (CONAR, 2011 *apud* BEZERRA, 2015).

A despeito da liberdade de expressão não se justificar no âmbito da publicidade comercial, deve-se ressaltar que esta não foi desamparada pela Constituição de 88, mas possui sua devida garantia por estar respaldada na Ordem Econômica, portanto a liberdade de

anunciar encontra resguardo na livre iniciativa e não no já citado direito fundamental, conforme se verá através das fundamentações presentes no próximo subtítulo.

4.2 LIBERDADE DE ANUNCIAR GARANTIDA PELA ORDEM ECONÔMICA

Sabe-se que o sistema econômico adotado no Brasil é o capitalista, porém entende-se que o capitalismo genuíno não é algo positivo, por outro lado, o socialismo original também não, suas formas primárias, como se vê adiante, acabaram por revelar a necessidade de agregar alguns de seus pontos principais na tentativa de, em meio a uma economia de livre concorrência e livre mercado, equilibrar os interesses privados com os coletivos.

Esse entendimento decorre do fato de que a primeira ideologia assenta-se na propriedade privada, principalmente dos meios de produção, e tem a liberdade como seu fundamento, e por isso o liberalismo econômico, o qual preconiza a ideia da intervenção mínima do Estado, é próprio do capitalismo, já o socialismo está baseado no ideal de uma autoridade central que restringe as liberdades, principalmente as econômicas, com surgimento atrelado às críticas das patentes desigualdades sociais geradas pelo sistema capitalista, porém como na tese socialista a titularidade dos meios de produção seriam entregues ao Estado, nos locais onde foi adotada, as consequências foram desastrosas (TAVARES, 2011).

Sendo assim, só se substituiria o titular dos bens de produção, mas os privilégios permaneceriam, pois os que representavam o Estado seriam pessoas com poder, para fazer valer o socialismo. Por isso, fala-se em um sistema misto em que ideias socializantes tendem a mitigar o capitalismo, portanto as transformações pelas quais este sistema passou não desnaturaram seu princípio informativo que é a liberdade, mas impuseram-lhe restrições, sendo este fato uma conquista não exclusiva do socialismo, mas a aceitação da já reconhecida contraposição ao individualismo excessivo do capitalismo original, cita-se como exemplo a adoção por este de valores socialistas como a função social da propriedade e os investimentos estatais na saúde, educação e saneamento (CORRÊA, 1994 *apud* TAVARES, 2011).

O Estado é corresponsável pela economia nacional e sua interferência nesta é considerada essencial e natural (TAVARES, 2011), diante dessa concepção, a Constituição Federal de 1988 reconhece a possibilidade de o Estado intervir na economia, tanto que possui o Título Da Ordem Econômica e Financeira, onde se garante a liberdade do exercício da

atividade econômica, mas também impõe limitações ao exercício desta. Porém, pautado na ideologia neoliberal, o setor regulado procura afastar o controle estatal da atividade econômica defendendo veementemente a suficiência da autorregulamentação. Frise-se, portanto o art. 170 da CF/88 o qual dispõe:

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:

[...]

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

[...]

Partindo do *caput* da norma supracitada tem-se a justiça social como finalidade da ordem econômica que segundo Tavares (2011) permeia toda a Constituição Federal de 88 a começar pelos objetivos da República Federativa do Brasil no art. 3º, I, da CF/88, qual seja: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, também trazendo o mesmo princípio estampado no art. 193 da CF/88. Certo que esta afirmação implica na restrição da livre-iniciativa e da liberdade em geral (CAVALCANTI, 1952 *apud* TAVARES, 2011).

Quanto à finalidade da existência digna tem-se a garantia negativa de o indivíduo não ser alvo de ofensas e humilhações, mas também de afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade deste, este pleno desenvolvimento pressupõe o reconhecimento do sujeito dispor de suas atuações próprias sem intervenções externas, além da livre projeção histórica da razão humana (TAVARES, 2011).

Ao passo que, o artigo em comento consagra a propriedade privada, acolhe também a função social desta, pois para que uma atividade econômica possa contribuir com os fins citados, é necessário que os que exercem tais atividades observem e cumpram a função social da empresa, portanto esta precisa ser funcionalizada através dos valores constitucionais delineados pelos Direitos Fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade, então funcionalizar é atribuir a um instituto jurídico uma utilidade, um papel social (NALIN, 2001 *apud* GONÇALVES, 2013, p.13). Nesse entendimento, Nunes Jr. e Trettel (2010 *apud* GONÇALVES, 2013, p.62) preconizam que:

[...] a proteção constitucional da livre iniciativa não foi moldada sem fronteiras. O exercício da atividade econômica – da qual a publicidade comercial é parte integrante – pode, assim, ser entendido como uma “liberdade-função”, pois subordinado à finalidade de propiciar a todos existência digna e justiça social, e ao respeito aos princípios listados no art. 170 da CF.

De molde que, assim como o direito à liberdade de expressão, não é absoluto, pois Gonçalves (2013) afirma que seu exercício está condicionado aos ditames constitucionais, e se não estiver haverá a caracterização do abuso de direito na medida em que este ocorre quando o titular de um direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e bons costumes. Na mesma esteira de pensamento, Benjamim (1994 *apud* GONÇALVES, 2013, p.63) alega que:

O direito de publicidade existe porque, de certa maneira, é um reflexo do direito de propriedade, assegurado constitucionalmente. Mas, nos passos do próprio direito de propriedade e da livre iniciativa, subjugam-se, como já notamos, a uma função social e a certos princípios constitucionais, que são seus limites. A base da existência de um direito de publicidade não reside, pois, nas garantias individuais do cidadão; é decorrência do próprio regime estatuído para a ordem econômica, dele recebendo o mesmo amparo e limites. Daí que, como manifestação empresarial, a publicidade aceita os mesmos controles legais que subjugam outras atividades da empresa. Controle da publicidade, então, nada mais é que controle sobre a empresa.

Por conseguinte, como a empresa possui uma função social, ou seja, sua finalidade não é somente lucrar, mas como parte da Ordem Econômica, contribuir com sua atividade para o desenvolvimento nacional e o crescimento econômico e social, promovendo, assim, a realização da justiça social, da valorização do trabalho humano e promoção de uma existência digna para a coletividade.

Em se tratando dos princípios engendrados no dispositivo analisado, viu-se que o princípio da livre iniciativa deve ser exercido em consonância principalmente com o anteriormente citado e mais do que fundamento da Ordem Econômica constitui fundamento da própria República Federativa do Brasil como se depreende do art. 1º, IV, da CF/88, sendo que quando a Carta Magna o coloca duplamente como fundamento, está consagrando o sistema capitalista de livre mercado. Cumpre frisar que a liberdade econômica abarca a liberdade de trabalho, na qual está incluído o exercício das profissões, de empreender, nesta estão inseridas as de produzir, se associar, contratar e comerciar (TAVARES, 2011). Nesse aspecto Bagnoli (2013) afirma que a regra é a liberdade do exercício da atividade econômica, porém quando a Lei impuser restrições estas devem ser cumpridas.

Nesse sentido, afirma-se que a existência de condicionamentos à liberdade de iniciativa surge quando se constata a necessidade de assegurar a promoção da justiça social e bem-estar coletivo, destaca-se ainda que a liberdade privada existe para o desenvolvimento da atividade econômica, porém nos limites normativamente impostos, abrindo a possibilidade de

restrições por via de lei desde que compatíveis com o interesse público e, em não havendo lei que imponha as limitações, a liberdade é ampla, devendo, entretanto, atentar para os princípios constitucionais (TAVARES, 2011).

Já a livre concorrência pressupõe a existência da livre-iniciativa, mas o inverso não é verdadeiro, pois pode existir livre-iniciativa sem livre concorrência (BASTOS, 1988, *apud* TAVARES, 2011). Entende-se melhor a afirmação citada quando se analisa o conceito de livre concorrência, que no caso [...] “é a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em seguimento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social” (TAVARES, 2011, p.256). Compreende-se, então, que se é garantida liberdade de iniciativa somente à determinados segmentos, empresas ou pessoas a concorrência não é livre, há um monopólio quando na verdade existe condições de uma gama de competidores.

Possui como “[...] objetivo impedir a formação de monopólio no mercado” (MOTA; SPITZCOVSKY, 2000 *apud* TAVARES, 2011, p.258), nesse aspecto, evidencia-se que os monopolistas procuram não suprir o mercado deixando-o subabastecido para vender os produtos com preços acima da taxa natural, de forma que o preço natural ou de livre concorrência é o mais baixo que é possível praticar sendo o mais baixo que os vendedores podem cobrar sem desistir do seu negócio (SMITH, 1999 *apud* TAVARES, 2011). Enfatiza-se, também, que a livre concorrência não objetiva manter a liberdade individual de cada competidor, mas o instituto da concorrência em patamares desejáveis (DIMOULIS, 2006 *apud* TAVARES, 2011).

Já em relação à defesa do consumidor tem-se atualmente uma crescente relevância desse princípio tendo em vista que o consumismo permeia toda a sociedade, pois o avanço tecnológico e a criação da produção em massa trouxe a conseqüente imposição de repasse desse aumento de produção, é nesse ponto que a publicidade tem um papel primordial de promover a aceitação e incorporação social e cultural desse aumento, fala-se então em sociedade de consumo de massa baseada no lucro e não em interesses individuais ou sociais (TAVARES, 2011).

Este princípio não está amparado somente pela ordem econômica na Constituição de 1988, mas constitui direito fundamental consagrado no art. 5º, XXXII, esta proteção possui o caráter de princípio-programa, constitui norma de alto grau de programaticidade, devendo ser realizadas políticas públicas para seu alcance, pois o seu caráter programático não lhe retira a

eficácia imediata que, inclusive, é reconhecida em todos os direitos fundamentais (COMPARATO, 1990 *apud* TAVARES, 2011).

Desse modo, “paradoxalmente, a liberdade, que se invoca como fundamento para a intensificação alarmante das relações de consumo, é retaliada, na perspectiva do consumidor, pela massificação e publicidade presentes nestas relações” (TAVARES, 2011, p. 177), sendo assim, destacam-se hipóteses em que a liberdade individual do consumidor é suprimida em detrimento da liberdade comercial e dentre elas está a utilização e manipulação através de técnicas agressivas de marketing e publicidade (RIOS 1998 *apud* TAVARES, 2011).

Em virtude dessas contradições relativas ao direito de liberdade, de quando para beneficiar o mercado é amplamente defendida, porém para a defesa do consumidor é geralmente minimizada, é necessário que se compatibilize o exercício da liberdade individual dos consumidores com a livre-iniciativa e livre-concorrência, pois estas somente possuem sentido na medida em que possibilitam a livre escolha no ato de consumir, sem vícios e enganos.

Por isso, “é preciso compatibilizar de forma justa e equilibrada o exercício da livre iniciativa pelo fornecedor com a proteção do consumidor contra publicidades enganosas e abusivas” (DIAS, 2010 *apud* GONÇALVES, 2013, p.64), esta proteção é feita tanto em um sistema microeconômico e microjurídico como de uma forma ampla através da livre concorrência (BAGNOLI, 2013). Sendo assim, a proteção do consumidor não beneficia somente este de forma individual, mas contribui com as próprias empresas de modo que estas não poderão se utilizar de expedientes enganosos ou abusivos para superar a concorrência.

Por essa razão, não se deve enxergar a restrição na publicidade como algo negativo para as empresas, pois quando se exige uma atuação proba e leal nos anúncios de produtos e serviços, tem-se a observância da veracidade o que auxilia a livre concorrência e, portanto se combate as práticas de concorrência desleal, nessa linha de raciocínio, Benjamim (2000 *apud* CURI; NASPOLINI, 2015, p.8) assegura que:

Os objetos de proteção dos dois tipos de publicidade previstas no artigo 37 são distintos, pois a importância da veracidade nas informações publicitárias tem como finalidade não só a proteção dos consumidores que não podem ser enganados no momento da aquisição de bens ou produtos, mas também a proteção da própria concorrência, haja vista que uma publicidade enganosa afeta significativamente o mercado.

Por isso, a publicidade enganosa, já tratada em capítulo próprio, é a que mais se relaciona com as práticas desleais de concorrência, visto que aquela publicidade ocorre em

dissonância com o princípio da veracidade, portanto se são repassadas informações falsas ou incompletas de um produto de determinada marca em detrimento do de outra, o consumidor fica prejudicado por ter sua livre escolha manipulada, mas também a marca concorrente tem sua atividade e lucratividade prejudicada, visto que se não fosse a enganosidade repassada pela outra empresa, o consumidor possivelmente preferiria o produto sobre o qual detinha informações verídicas e completas.

Dessa forma, fala-se também em concentração dos meios de informação e, como alternativa democrática, apresenta-se uma estrutura de um organismo autônomo para a regulamentação e fiscalização comercial que poderia auxiliar no debate plural sobre determinados assuntos, não apresentando somente a visão de acordo com interesses privados, nesse passo, Comparato (2000 *apud* BEZERRA, 2015, p.177):

[...] indica a necessidade de construção de um “sistema institucional” que diminua, obstrua e ponha obstáculos à monopolização dos meios pela “classe empresarial”, pois, dessa forma, se garantiria uma maior pluralidade na circulação de informações. Sugere como saída democrática a criação de um mecanismo autônomo de regulação e fiscalização que tenha um papel ativo e seja formado, por exemplo, por representantes do Ministério Público, OAB e ONG’s. Além disso, indica o “direito de resposta” e o “direito de antena” como fundamentais para a garantia da diversidade no debate público, o qual, segundo ele, é “falseado” pela estrutura concentradora dos meios.

Isso porque a autorregulamentação é feita por órgãos do próprio setor regulado, ou seja, os componentes do mercado fiscalizam a si mesmos, por isso se fala em órgão autônomo que não vise resguardar somente os interesses do setor, mas se preocupe com o debate coletivo para chegar-se a um consenso em que se harmonizem a atividade econômica com as demandas sociais.

Dessa feita, verifica-se que a Constituição de 1988, ao tratar da liberdade de uma forma geral, abrange diversas esferas, por isso é necessário analisar a finalidade da proteção de cada uma delas para que um direito tão importante não venha a ser utilizado de molde a garantir outra finalidade se não àquela para o qual foi criado, sendo que os objetivos podem ser equilibrados sem, no entanto, suprimirem os outros, podem conviver harmonicamente, o que não significa que não haverá conflitos de interesses, porém há de se atentar para os interesses de bem-estar da coletividade e não de determinados grupos privados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma atuação conjunta entre família, sociedade e Estado para a promoção da proteção integral da criança, se faz necessária, o que justifica que o último ator citado possa realizar as intervenções necessárias para regular a economia que, se regulada por si só, talvez, promoveria crescimento econômico, mas não desenvolvimento econômico-social, de forma que a liberdade de iniciativa possa ser garantida, mas com as limitações que lhe impõe a observância de outros direitos tão importantes quanto, saliente-se que a liberdade de expressão não deve ser aplicada de forma irrestrita e para qualquer atividade, sendo que se deve harmonizar os interesses contrários de forma a proteger a coletividade em detrimento de inclinações individualistas.

A família, principal responsável pelas crianças, deve fazer a sua parte que é educar e não delegar essa missão somente a escola e a sociedade, pois três são os sujeitos encarregados de resguardar os direitos das crianças conforme a CF/88, além disso, não se despreza o papel da autorregulamentação que, como demonstrado pelos dados no primeiro capítulo, tem feito um trabalho considerável e relevante, julgando denúncias que se fossem levadas ao judiciário só o acumulariam ainda mais, além de que, na maioria dos países apresentados, a autorregulamentação é bastante empregada e auxilia o poder público na regulação da publicidade, observando que o sistema misto, quando consonante e quando não posiciona o lucro acima dos interesses coletivos, é uma forma bem proveitosa de se cumprir o papel da proteção integral da crianças previsto no artigo 227 da CF/88.

Verificou-se também a necessidade de uma atualização e maior objetividade no CDC para que se especifique as práticas ilícitas na publicidade direcionada ao público infantil, pois, como já foi explanado ao longo do trabalho, abre-se a possibilidade de praticar conduta que na publicidade em geral não é admitida, como a venda casada, verificando-se também não haver uniformidade jurisprudencial no trato do tema e por isso tratamento desigual para as empresas anunciantes, visto que enquanto as mais reconhecidas no mercado tendem a ser condenadas por publicidade ilícita, outras realizam as mesmas práticas sem maiores problemas.

A proibição total de toda e qualquer publicidade infantil não seria a melhor alternativa, ressaltando que a publicidade de alimentos não saudáveis não deveria promover a prática de venda casada com brinquedos e nem atrelar alimentos à brincadeira ou a personagens infantis,

pois, a influência destes desperta o desejo de consumo de alimentos altamente palatáveis e pouco saudáveis, além disso, a publicidade de bebidas alcoólicas jamais deveria ser direcionada a criança e o faz quando utiliza animações com animais ou elementos que despertem o interesse dos pequenos como algumas publicidades de cervejas já veiculadas pela televisão.

Para a compreensão acerca da temática foi realizado um levantamento bibliográfico em doutrinas, artigos científicos, legislação, com pesquisa documental em leis, jurisprudências, Resolução nº 163 CONANDA, documentário, com o intuito de fornecer o embasamento necessário à pesquisa, a fim de buscar a compreensão da publicidade direcionada ao público infantil, seu enquadramento e os pontos a serem melhorados no disciplinamento do assunto, além de que se buscou o equilíbrio entre os direitos de anunciar e a de proteção da criança.

Assim, com o emprego do método dedutivo e bibliográfico, se partiu de uma premissa geral para se alcançar premissas específicas, quais foram: a verificação dos sistemas de regulação da publicidade e seus aspectos positivos e negativos, os argumentos de que se utilizam os defensores de uma maior restrição ou mesmo o fim dos anúncios infantis, os delineamentos da publicidade abusiva e enganosa e as técnicas vedadas pelo CDC em relação a esse tipo de publicidade, além dos direitos constitucionais econômicos que possibilitam essa prática comercial.

Diante disso, foram demonstradas e analisadas as publicidades abusivas e enganosas, além disso, se compreendeu quais técnicas se enquadravam nesses tipos, observou-se que a liberdade de iniciativa é a garantia que permite a realização da atividade publicitária, pois não há fundamentos para a utilização da liberdade de expressão. Constatou-se também as motivações que existem nas opiniões contrárias e favoráveis a restrição da publicidade infantil e muitas delas são realmente preocupantes.

Com isso, espera-se que os dados e informações coletados possam influenciar em mais pesquisas sobre o tema para que se possa promover um equilíbrio de direitos, de forma que as atividades publicitárias possam ser exercidas em harmonia com os direitos dos consumidores e de todos em geral, mesmo os que não possuem capacidade financeira para a aquisição dos produtos e serviço ofertados.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BEZERRA, Glícia Maria Pontes. **Liberdade de expressão: autorregulamentação como estratégia corporativa do setor publicitário**. 2015. 207f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/14071/TESE%20Glícia%20Maria%20Pontes%20Bezerra.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 31 jul. 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo, 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 16 jul. 2016.
- _____. **Constituição (1988)**. Emenda constitucional nº 92 de 12 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/>>. Acesso em: 09 jun. 2016.
- _____. Resolução nº 163, de 13 de março de 2014. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 mar. 2014. Seção 1, p.4. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=04/04/2014>. Acesso em: 16 jul. 2016.
- _____. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 25**, Brasília, DF, março de 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 16 jul. 2016.
- _____. III Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 170**, Brasília, DF, março de 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 16 jul. 2016.
- _____. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2016.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 09 jun. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.558.086**, da 2ª Turma, São Paulo, SP, 10 de março de 2016. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PANDURATA+ALIMENTOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CONAR. **Boletim do Conar nº 209.** 2016. Disponível em:<<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. **As normas éticas e a ação do CONAR na publicidade de produtos e serviços destinados a crianças e adolescentes.** 2015. Disponível em:<<http://www.conar.org.br/pdf/conar-criancas.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

CURI, Fábio Martins Bonilha; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Direitos Fundamentais e os Limites da Publicidade Dirigida ao Público Infantil em Face da Função Social da Empresa. **Revista Prim@ Facie**, João Pessoa, vol. 14, n. 26 jan. – jun. 2015. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/27653>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

D'AQUINO, Lúcia Souza. **Criança e Publicidade: Hipervulnerabilidade?** 2015. 98f. Dissertação (Mestrado em Direito do Consumidor) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em:<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/127973/000973858.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8079 de 13 de Julho de 1990.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES. Marcele Canterle. **Publicidade e liberdade de expressão. O discurso da liberdade de expressão comercial como artifício para afastar a regulamentação da atividade publicitária pelo Estado.** 2013. 74 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em:<<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103805>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

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

IBGE. **Pesquisa de Orçamentos Familiares 2008-2009**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/0000000108.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

INSTITUTO ALANA. **Sobre nós**. 2016. Disponível em: <<http://alana.org.br/#sobre>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

KARAGEORGIADIS, Ekaterine. Lanches acompanhados de brinquedos: Comunicação mercadológica abusiva dirigida à criança e prática de venda casada. . **Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, Vol. IV, n. 14 junho 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/75202/lanches_acompanhados_brinquedos_karageorgiadis.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2016.

LA TAILLE, Yves de. A publicidade dirigida ao público infantil: considerações psicológicas. In: FONTENELLE, Lais (Org.). **Criança e Consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo, Instituto Alana – Criança e Consumo, 2016. p. 105 -119. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Crianca-e-Consumo_10-anos-de-transformacao.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. A Publicidade Infantil e a Regulação da Publicidade de Alimentos de Baixo Teor Nutricional. **Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, Vol. IV, n. 14 junho 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/75203/publicidade_infantil_regulacao_leal.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

LESSA, João Marcos Gomes. A regulação da publicidade dirigida a crianças e adolescentes. In: HENRIQUES, Isabella (Coord.). **Infância e Consumo: estudos no campo da comunicação**. Brasília, ANDI – Instituto Alana, 2011. p. 20 -33. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Infancia-e-consumo-Estudos-no-campo-da-comunicacao-2.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

LIRA, Luciane Cristina Eneas. **A publicidade destinada a crianças: uma análise de discurso crítica**. 2015. 195f. Tese (Doutorado em Linguística) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19896/1/2015_LucianeCristinaEneasLira.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

LOJAS AMERICANAS. **Todo mundo vai. Estes ovos você só encontra aqui**. 2016.1catálogo.

MUITO ALÉM DO PESO. **Produção de Maria Farinha Filmes**. 2012. Disponível em: <<http://www.muitoalemdopeso.com.br/>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PAIVA, Flávio. Consumismo na infância: um problema de cultura. In: FONTENELLE, Lais (Org.). **Criança e Consumo**: 10 anos de transformação. São Paulo, Instituto Alana – Criança e Consumo, 2016. p. 243 -273. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Crianca-e-Consumo_10-anos-de-transformacao.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

PÉRICO, Cassiana Alberti. **Publicidade infantil**: permitir, proibir ou restringir? 2015. 63f. Monografia (Especialização em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em:<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/143418/000994534.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

REIS, Patrícia dos; RICHTER, Daniela. A influência da mídia na obesidade infantil brasileira: uma análise sob a ótica da proteção integral. **X Seminário internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea**. VII mostra de trabalhos jurídicos científicos, Santa Cruz do Sul, n. 11, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11673/1505>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

RIBEIRO, Débora Cristina B.; EWALD, Ariane Patrícia. Ética e publicidade infantil. Ethics and childhood adversting. **Comunicação & Inovação**, São Caetano do Sul, v. 11, n. 20: (6876) jan-jun, 2010. Disponível em:<http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_comunicacao_inovacao/article/view/951/774>. Acesso em: 30 jun. 2016.

SAMPAIO, Inês Silvia Vitorino. Publicidade e Infância: uma relação perigosa. In: VIVARTA, Veet (Coord.). **Infância e Consumo**: estudos no campo da comunicação. Brasília, ANDI-Instituto Alana, 2009. p. 09 -21. Disponível em: <www.andi.org.br/sites/default/files/Infancia%20e%20consumo.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

SILVA, Daniele Freitas da. Publicidade infantil: Limites e proibições à luz dos direitos da criança no ordenamento jurídico face à ineficácia da autorregulamentação. In: HENRIQUES, Isabella (Coord.). **Infância e Consumo**: estudos no campo da comunicação. Brasília, ANDI – Instituto Alana, 2011. p. 6 -19. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/wp>>

content/uploads/2014/02/Infancia-e-consumo-Estudos-no-campo-da-comunicacao-2.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

STJ. Segunda Turma mantém condenação de empresa por publicidade infantil indevida. 2016. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Segunda-Turma-mant%C3%A9m-condena%C3%A7%C3%A3o-de-empresa-por-publicidade-infantil-indevida>. Acesso em: 27 jun. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TJ/SP. TJSP condena empresa por venda casada de biscoito infantil. 2013. Disponível em:<<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=18240>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

TORRES, Larissa Fontes de Carvalho. **Anunciando para crianças: Análise do controle da publicidade infantil no Brasil.** 2014. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em:<<http://tede.biblioteca.ufpb.br/bitstream/tede/7523/2/arquivototal.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

UEDA, Marcia Hiroko; PORTO, Rafael Barreiros; VASCONCELOS, Lâercia Abreu. Publicidade de alimentos e escolhas alimentares de crianças. Food Advertising and Children's Food Choices. **Psic.: Teor. e Pesq.**, Brasília, v. 30, n. 1, mar. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010237722014000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 jul. 2016.

VALENTE, Suelen Brandes Marques. **A sociedade civil organizada como catalisadora de transformações na regulação da publicidade brasileira.** 2015. 262f. Tese (Doutorado em Comunicação) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em:<<http://repositorio.unb.br/handle/10482/20069>>. Acesso em: 10 jun. 2016.