



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PUBLICIDADE ABUSIVA DIRECIONADA À CRIANÇA

Clarindo Rodrigues de Moraes

Rio de Janeiro
2016

CLARINDO RODRIGUES DE MORAES

A PUBLICIDADE ABUSIVA DIRECIONADA À CRIANÇA

Artigo científico apresentado como exigência do
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Flavia Zebulum
Nelson Tavares
Neli C. Fetzner
Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro
2016

A PUBLICIDADE ABUSIVA DIRECIONADA À CRIANÇA

Clarindo Rodrigues de Moraes

Graduado em Direito pelo Centro
Universitário Moacyr Sreder Bastos,
graduado em Economia pelas Faculdades
Integradas Moacyr Sreder Bastos.

Resumo – A publicidade que deveria ter por objetivo incentivar a efetivação das relações comerciais, não se adequou e, ao contrário, incorporou novos instrumentos e formas tecnológica, atuando agora além do seu intento. Contudo, tendo em vista a desigualdade dos elementos dessa relação, a intermediação Estatal se fez necessária, a fim de harmonizá-las. Dessa forma, por ser parte dessas relações o hipervulnerável, impôs-se limitações à publicidade que, se não observada, poderá ser considerada abusiva, sujeitando-se seu autor às sanções administrativas, civis e penais. Nesse delineamento, desenvolveram-se os capítulos. Inicialmente, abordando parâmetros de uma publicidade infantil, em seguida a indicação de anteparos aos efeitos da publicidade abusiva e, finalmente, o resultado esperado de uma publicidade. Na conclusão, destacou-se a importância da mediação do Estado nas relações consumeristas.

Palavras-chave - Direito do Consumidor . Publicidade abusiva. Criança . Consequencias.

Sumário - Introdução. 1. A publicidade abusiva camuflada. 2. Anteparos dos efeitos da publicidade abusiva infantil. 3. Resultado esperado de uma publicidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo discutir a publicidade abusiva direcionada à criança, as normas que a regulamentam, o alcance e a eficiência dessas normas e as consequências delas advindas.

A divulgação de fatos ou informações caracterizando publicidade, quando direcionada à criança, carece pesquisa mais aprofundada, quanto à potencialidade do seu lado nefasto.

Neste sentido, busca-se através da presente pesquisa científica o conhecimento da extensão dos resultados maléficos na seara das pessoas em formação, cuja vulnerabilidade encontra-se mais ampliada.

Nessa fase inicial da vida, o conhecimento e a razão caminham mais lentamente, deixando, por conseguinte, essas pessoas mais expostas aos ataques publicitários sendo, por essa razão, chamadas, por alguns doutrinadores, de hipervulneráveis. Pois, além de serem vulneráveis como consumidoras, são crianças consumidoras, carecendo, dessa forma, um tratamento também mais ampliado pertinente ao aspecto protecionista.

Ressaltar, em princípio, que o presente trabalho não vislumbra formalizar acusação, infligir punição ou instar defesa, contudo, reunir conhecimento mais remoto das causas e dos efeitos da publicidade abusiva direcionada à criança, os anteparos a esses efeitos negativos, deixando claro também o que se espera de uma publicidade harmonizada.

Destacar a instrumentalização jurídica e os meios de controle do poder público de atuação na prevenção da publicidade abusiva direcionada à criança, com enfoque na multiplicação das formas e técnicas de publicidade mercadológicas aliadas ao avanço tecnológico da internet.

O primeiro capítulo é direcionado à publicidade abusiva camuflada, aquela que contrariando as normas produz efeito negativo comprometedor, ao influenciar no direcionamento comportamental da criança. Isto é, incontestavelmente, observado quando há na publicidade omissão proposital de dados, ou pior, mensagens subliminares.

O segundo capítulo, tratando de forma mais efetiva das normas de regulamentação da publicidade, tem um direcionamento, proeminentemente, voltado aos anteparos aos efeitos abusivos da publicidade, destacando os meios de prevenção e repressão a este tipo de publicidade.

O terceiro e último capítulo faz, inicialmente, alusão à publicidade abusiva camuflada e a indicação de instrumentos reconhecidos de salvaguardo ou anteparo na proteção da criança.

Posteriormente, a indicação de uma publicidade correta equilibrada esperada, nos parâmetros e termos do Código de Defesa do Consumidor, instrumento mais marcante no ordenamento jurídico brasileiro que discorre sobre a publicidade abusiva direcionada à criança.

O presente trabalho de pesquisa, utiliza a metodologia tipo bibliográfica e exploratória.

1. A PUBLICIDADE ABUSIVA E CAMUFLADA

A publicidade infantil deveria estar submetida a normas mais claras e específicas, com objetivos educativos ou mesmo com tipos abertos e objetivos repressivos, pois, dessa forma, podendo ser mais sensível quanto ao aferimento de sua eficiência em relação ao seu público ao qual é direcionada.

A abusividade da publicidade infantil é exemplificada no Código de Proteção e Defesa do Consumidor conforme¹ disposto no seu artigo 37, § 2, ser abusiva, dentre outras, a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança. Contudo, esse parágrafo segundo é apenas uma parte, pois o caput do artigo 37, trata de duas proibições, uma sobre publicidade enganosa e outra sobre, a abusiva. Sendo esta segunda direcionada à criança que, por sua vez, não possuindo a maturidade necessária, não seria enquadrada no §1º, deste mesmo artigo 37 do CDC.

A expressão dentre outras, grafada no parágrafo segundo, deste artigo 37 do CDC, na verdade, só confirmou o caráter exemplificativo do artigo pois, deixando claro a possibilidade de outros fatos caracterizarem também publicidade abusiva, além do rol exemplificativo disposto neste segundo parágrafo. Ressaltando, ainda, que o artigo 37, ao tratar da proibição da publicidade enganosa e abusiva, fez de forma bastante abrangente, senão absoluta, quando mencionou o termo toda publicidade enganosa ou abusiva. Daí, passando a exemplificar o que é considerada publicidade abusiva, com a ressalva já mencionada do termo dentre outras.

Apesar de genérica e exemplificativa deve-se entender que a publicidade abusiva não pode ficar restrita a essas exemplificações, pois a forma de apresentação explicitada são pequenos indícios frente às possíveis subliminares que a engenharia da mente humana poderá formular. Na oportunidade, ressalta-se o span, mensagem eletrônica não solicitada, que nas palavras de Martins², constitui uma hipótese de publicidade abusiva (art.37, § 2º, CDC).

A abusividade na publicidade direcionada à criança, embora articulada no CDC, já vem há tempo sendo pontuada em legislações precedentes. Cita-se como grande marco do assunto em lume, o § 5º, do artigo 128, do Decreto nº 17.943-A³, de 12 de outubro de 1927, que, posteriormente reformulado e, finalmente, revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA⁴, datado de 13 de julho de 1990. Este último, refletindo o artigo 227 da CRFB/88, traz no artigo 4º o princípio da prioridade absoluta pertinente à criança.

Cita-se, ainda, o artigo 78 do ECA, exigindo que revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes sejam comercializados em

¹Brasil Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em : 03 out. 2016.

² MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos Contratos de Consumo – via internet*, Rio de Janeiro, n.2, p.38-39,. 2010.

³ BRASIL. Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

⁴BRASIL. Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

embalagem lacrada, com advertência do seu conteúdo. Além disso, ainda determina, no seu parágrafo único, que as editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca, obstando a publicidade abusiva.

Todas essas normas infraconstitucionais citadas têm datas de entrada em vigor posteriores à promulgação da Carta Magna Brasileira atual, com a data do ano de 1988, que, apesar de bastante emendada, quase uma centena, não só manteve íntegro o artigo 227, como ainda lhe acrescentou ao rol dos protegidos com absoluta prioridade, além da criança e do adolescente, o jovem⁵, caracterizado pelo adolescente com mais experiência, clamando por colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, violência e crueldade entre outros.

Não obstante a existência de toda essa pirâmide de normas protetivas da criança, não é raro de ser encontrado julgado registrando a ocorrência de violência e abusos publicitários contra esses infantes, como se vê o recente Julgado do STJ, Recurso Especial⁶, assim ementado:

[...] publicidade voltada ao público infantil – Venda casada caracterizada – Aquisição dos relógios condicionadas à compra de 05 produtos da linha “Gulosos” – Campanha publicitária que infringe o artigo 37 do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária – Utilização de verbos no imperativo inadequada – Proibição pelo Conar de uso dessa linguagem em publicidade voltada às crianças – Prática comum, que deve ser repudiada – Publicidade considerada abusiva, que aproveita da ingenuidade das crianças – Sentença reformada – Apelo provido – Verbas sucumbenciais impostas à ré.

Dessa forma, ainda que reconhecida a evolução da sociedade brasileira, possuidora do primado constitucional que a orienta, nos termos do seu artigo 226 - CFRB/88, informando que a família é a base da sociedade, tendo proteção do Estado, contrasta-se com a necessidade de se buscar no judiciário o reconhecimento da existência de uma publicidade abusiva direcionada à criança e, conseqüentemente, sua correção. Assim, mais uma vez é cediço o reconhecimento da ineficiência das normas materiais de proteção existentes e direcionadas especialmente às crianças desta referida sociedade.

⁵BRASIL. Lei n. 12852, de 5 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp.586.316/2003-MG. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=53269892>> . Acesso em: 04 out. 2016.

É desnecessário possuir visão ou audição acurados para entender que a publicidade, seja qual for, quando direcionada à criança, segundo Henrique⁷, é considerada abusiva

A forma para coibir a prática publicitária abusiva direcionada à criança, vem demandando a criação de novas normas e outros órgãos. Contudo, ainda que aumentado o aparato protetivo, as práticas abusivas vem se avolumando, porém utilizando-se de novas estratégias e até mesmo de forma camuflada, cita-se a subliminar.

Essas formas, ou melhor, esses disfarces, uma vez levados ao Judiciário e por ele capitaneado, ainda que em eminentes julgados desmistificando a verdadeira camuflagem da publicidade abusiva direcionada à criança, encontram-se distante de serem erradicados.

A publicidade, por si só, não representaria perigo para a sociedade em geral, em princípio se não for enganosa ou abusiva. Porém, quando dirigida para o público infantil, nesse caso, por si só já seria ilegal, para o IBDC⁸. Pois, “se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança”

A persistência na prática de publicidade abusiva verificada no cotidiano, demonstra que, embora existam as normas que primam por sua inadmissibilidade, as mesmas não se demonstram eficazes de modo garantir-lhes sua efetividade.

Seguindo o parágrafo segundo, do artigo 37, do CDC, que diz ser abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incita a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança. Refletindo esta última colocação, o referido dispositivo não deixa margem à veiculação de publicidade direcionada à criança. Pois, esta não possuindo a plena capacidade de discernimento, logo, conforme o julgado do STJ⁹, estaria sendo vítima de publicidade abusiva.

Segundo o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec, a criança é tida como extremamente sugestionável, por isso facilmente persuadida, tornando-se para as empresas parte relevante do mercado. Daí, a publicidade direcionada a esse público infantil é abusiva uma vez que se aproveita da deficiência de julgamento da criança. Continuando, esse mesmo artigo informa para o Conselho Federal de Psicologia que a criança, além de menor

⁷HEMRIQUE, Isabela; HARTUNG, Pedro, Instituto Alana, comentários sobre Resolução 163 – Conama, site Migalhas. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203254,41046-Sim+a+publicidade+voltada+as+criancas+e+abusiva+e+ilegal>>. Acessado em 21 ago. 2016

⁸BRASIL. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Disponível em: < <http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/publicidade-infantil-entenda-quais-so-os-perigos>>. Acesso em: 02 out. 2016.

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0). Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Disponível em: < <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/6.-Ac%C3%B3rd%C3%A3o-do-RESP.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

experiência de vida e de menor acúmulo de conhecimento, ela ainda não possui sofisticação intelectual para abstrair as leis (físicas e sociais) que regem esse mundo, para avaliar os discursos que outros fazem a seu respeito. Desta forma, uma publicidade praticada, ainda que com todos os dados obrigatórios, nos termos da relação exemplificativa trazida no artigo 31 do CDC, por si só não estaria apta para adentrar na seara da expectativa de uma criança pois, lhe faltaria discernimento suficiente para a sua compreensão.

2. ANTEPAROS DOS EFEITOS DA PUBLICIDADE ABUSIVA INFANTIL

Quando se trata da questão proteção, busca-se os seus anteparos respectivos. Na concepção de proteção individual, em relação ao trabalhador, dispõe a NR6¹⁰ – Equipamento Individual de Proteção (206.000-010), considera equipamento de proteção individual – EPI, todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado a proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde do trabalhador. Contudo, vê-se que em relação à publicidade abusiva infantil, quando veiculada na televisão, painéis eletrônicos e outros meios de comunicação de massa, não são encontrados os anteparos necessários, semelhantes aos referidos à NR6- EPI, que, nesse caso, adequando-se à proteção das pessoas em desenvolvimento¹¹.

Sobre os meios de comunicação de massa assenta-se a publicidade via internet com velocidade e disponibilidades virtuais cada vez maiores.

Ao lado deste sofisticado conjunto de instrumentos e meios de publicidade encontram-se os vulneráveis e, pior, os hipervulneráveis. Respectivamente, os consumidores de modo geral e, especialmente, as crianças consumidoras, por serem pessoas ainda em desenvolvimento, sofrem abusos pelo simples fato de serem alcançados por todos esses meios e instrumentos de publicidade que nem sempre respeitam as normas regulamentares.

A vulnerabilidade do consumidor, reconhecida como princípio pelo artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa e Proteção do Consumidor – CDC, não é sucedâneo do inciso V, do artigo 170, da Constituição da República Federativa do Brasileira de 1988¹², mas, uma

¹⁰BRASIL. Normas Regulamentadoras. NR 6 – EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (206.000-0/10). (Redação alterada pela Portaria MTE Nº 194/2010 - DOU 09/12/2010) Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/NRs/NR_6.html>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹¹BRASIL. Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹²BRASIL. Constituição Federal/1988 – art. 170 – Princípios Gerais da Atividade Econômica. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2016.

complementação erigida da Lei Maior. Esta, contudo, em princípio, o professor Silva¹³ a vê como tímida no dispor sobre a proteção dos consumidores.

Uma vez estabelecida a relação de consumo é outorgada ao consumidor a condição de vulnerabilidade (art. 4º, I, CDC). Daí, exigindo-se da outra parte da relação consumerista, o fornecedor, um comportamento primordial e ético com aquela.

Deste ponto, podendo ser possível observar os primeiros contornos de anteparos legais em face de publicidade abusiva.

Começando pelo artigo 37 da CRFB/88, ao dispor que a Administração pública da União, dos Estados e dos Municípios obedecerá aos princípios, dentre eles, o da publicidade; o inciso II do § 3º, do artigo 220, também da Carta Magna, clama pela proteção da pessoa e da família contra a publicidade nociva à saúde e ao meio ambiente bem como, reservando tratamento especial para anúncios de bebidas alcoólicas, agrotóxico, medicamentos e terapias.

O anúncio publicitário, conforme Rizzatto Nunes¹⁴, não pode se afastar da verdade do que anuncia, de maneira alguma, ou por afirmação ou por omissão. Nem mesmo manipulando palavras, frases, imagens ou sons, de forma a confundir ou ludibriar o destinatário da publicidade, no caso consumidor.

O comportamento exigido do fornecedor na utilização da publicidade mercadológica segue parâmetros pré-estabelecidos, tais como: boa-fé, informação e, principalmente, segurança no sentido de não ferir a dignidade do consumidor.

Sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, não haveria de se esperar que tal comportamento ficasse desprotegido das normas cogentes do próprio Estado. Neste sentido, violada a dignidade da pessoa humana, materializa-se o dano moral, teoricamente, passível de indenização.

Dando luz ao acima citado, buscou-se no livro de Cavalieri Filho¹⁵, as colocações de que os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e a liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de preceito constitucional relativos aos direitos da pessoa humana.

Os fragmentos do aresto abaixo, trazidos por Cavalieri Filho¹⁶, referenda um enfoque constitucional pertinente ao dano moral, inclusive também observado pelo Judiciário:

¹³ SILVA, José Afonso da. *Direitos dos consumidores. Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 265.

¹⁴ NUNE, Luis Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2009, p.63.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p.80

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal - 1ª Região. Relator: Des. Xavier Vieira apud CAVALIERE FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80.

[...] qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória[...].

O controle da publicidade pode ser efetuado de três formas, pela administração, pela autorregulamentação ou de forma mista. O CDC acolheu a forma mista de controle, face à ineficiência das formas quando isoladamente atuaram e, aos abusos consignados contra os consumidores. Por tais consequências, no entendimento de Claudia L. Marques¹⁷, ensejou o Código de Defesa do Consumidor haver buscado um sistema misto de controle, conjugando autorregulamentação, a participação da administração e do Poder Judiciário. Pois, a própria CRFB/88, no dia art. 5º, XXXV, dispõe que nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Os anteparos contra a publicidade abusiva direcionada à criança têm seus traçados iniciados na CRFB/88, de forma bastante ampla, ao tratar da dignidade da pessoa humana. Seguindo o inciso V, do artigo 170 da CFRB/88, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humana e na livre iniciativa, observa o princípio da defesa do consumidor, que ensejou a criação do próprio Código de Defesa do Consumidor. Um dos maiores editos na proteção da criança em relação à publicidade abusiva.

Outras normas, com o mesmo objetivo, ou seja, a proteção das crianças em relação à publicidade abusiva surgiram em outros países, inclusive bem anteriores às nacionais.

A convenção sobre os direitos da criança de 1989, (adotada pela Resolução L.44 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989. Aprovada pelo Decreto Legislativo 28, de 14.09.1990, e promulgada pelo Decreto 99.710¹⁸, de 21.11.1990, ratificado pelo Brasil em 24.09.1990) traz em seu preâmbulo a seguinte informação:

[...]tendo em mente que a necessidade de proporcionar proteção especial à criança foi afirmada na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924 e da Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, (...) particularmente no artigo 10) e nos estatutos e instrumentos relevantes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem estar da criança; Tendo em mente que , como indicado na declaração sobre os direitos da criança, a criança, em razão da sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, incluindo a proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento[...].

A preocupação com a vulnerabilidade da criança é bastante remota, ensejando às nações organizadas a materialização de princípios norteadores na salvaguarda dessas pessoas

¹⁷MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V ; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4 ed. São Paulo: RT, 2012, p. 245.

¹⁸BRASIL. Decreto. N. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

em formação, inclusive, como bem asseverado acima, estendendo o amparo jurídico até mesmo antes do nascimento, demonstrando a importância da proteção da infância.

Na década dos anos 90, o Brasil alicerçou seus dispositivos de proteção à infância às recomendações internacionais. Porém, não olvidou de antes deixar insculpidos na sua Constituição de 1988, as salvaguardas dos direitos da criança, art. 227, CRFB/88, especialmente quanto ao princípio da dignidade, visto que, como anteriormente informado, todo consumidor é vulnerável na relação de consumo e, a criança hipervulnerável face a sua condição de pessoa em formação. Aqui, deve-se apontar uma observação importante, trazida por José Afonso da Silva¹⁹, segundo o qual, o citado artigo 227, trata do direito individual da criança (direito à vida, à liberdade e à dignidade), que muitas das vezes é confundido com o seu direito social (direito à saúde, à alimentação, à educação e ao lazer).

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no CDC – artigo 4º, I, embora seja um marco importante na relação de consumo, objetivando a beneficiar a todos de um modo geral, deixou determinada parcela de consumidores em desvantagem, por apresentar sua vulnerabilidade mais acentuada. Dessa parcela podendo ser indicados, os idosos, as crianças, os deficientes mentais, analfabetos e semi-analfabetos, aquelas pessoas ainda em desenvolvimento, isto é, a criança, cujo discernimento encontra-se em fase de amadurecimento. Dessa forma, a jurisprudência vem seguindo no sentido do reconhecimento dessa parcela de consumidores, como hipervulnerável ou vulnerabilidade Agravada²⁰.

A seguir, será tratado o terceiro e último capítulo, onde se demonstrará o resultado que se espera de uma publicidade digna, cumpridora de sua função de divulgação de informação mercadológica, porém, voltada para o consumidor adulto.

3. RESULTADO ESPERADO DE UMA PUBLICIDADE

No primeiro capítulo, intitulado a “Publicidade Abusiva Camuflada”, buscou-se explicitar o lado nefasto da publicidade, ou seja, a extensão dos efeitos maléficos na seara da pessoa em formação, cuja vulnerabilidade é mais ampliada, sem, contudo, almejar acusação, punição ou defesa de seus autores.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional positivo*. ed. 38. São Paulo: Malheiros, 2015, p.320-321.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 586316 MG 2003/0161208-5. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4092403/recurso-especial-resp-586316>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

No segundo capítulo buscou-se evidenciar alguns instrumentos reconhecidos potenciais capazes de serem utilizados como um salvaguardo, ou mesmo, um anteparo na proteção de pessoas adultas, para então, desse referencial, numa visão paralela, compreender a vulnerabilidade da criança, face à publicidade abusiva. Pois, toda criança por menor maturidade que apresente, os seus sentidos audição, visão e o tato já lhes estão incorporados ao seu próprio ser, porém, a diferença que a torna mais ou menos vulnerável seria quanto ao discernimento, a capacidade de autodeterminação, ou seja, entender a realidade das coisas.

Dito isto, inicia-se este terceiro capítulo, contudo, devendo o mesmo seguir não apenas um único direcionamento, pois neste caso, ter-se-ia que esquecer, no mínimo o fenômeno da mediação estatal na relação de consumo, prevista no art. 48 do ADCT, da CRFB/88,²¹ e voltar a idealização remota superada, quando o Estado deixava a relação de consumo viver por si só, sem sua interferência.

Contudo, nas palavras de Gustavo Tepedino²², o Estado passou a ter uma posição intervencionista a partir da CRFB/88, interferindo nas relações contratuais, definindo limites, diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente formal, ficavam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem.

Hoje, com o incremento da interação nas relações sociais, ainda que se espere que cada um cumpra com a sua parte, o Estado, porém, deve participar dessas relações, não apenas como espectador como outrora, mas criando suas normas de forma a equilibrar e pacificar as insurgências sociais, neutralizando os abusos e as explorações.

Nesse compasso, o Estado, ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, aceitou a inversão do ônus da prova, além de conceituar juridicamente fornecedor e consumidor, art. 2º e 3º do CDC.

Quanto à criança, pessoa em desenvolvimento, mais vulnerável nesse incremento de relações consumeristas, o que significa possuidora de algo mais limitativo que os consumidores adultos, por isso tratada como hipervulnerável²³.

Neste sentido, faz-se oportuno trazer ao estudo os valores comparativos do Quadro de Inteligência (QI) entre um adulto, uma criança e deficiente mental. Segundo Santos²⁴, o

²¹ BRASIL. CRFB/88. Art. 48 da ADCT. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 02 de out. de 2016.

²² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.204

²³ vide nota 19.

²⁴ SANTOS, Willian Douglas Resinente dos; DUQUE, Flavio Granado; KRYMCHANTOWSKI, Abouch Valenty. *Medicina Legal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001, p.152-154.

Q.I. de um adulto normal varia entre 90 e 110, já Q.I. evolutivo de uma criança entre 0 e 2 anos é inferior a 25; de 2 a 7 anos, o Q.I. estaria entre 25 e 50; de 7 e 12 anos, Q.I. chegaria a 70, porém, podendo chegar a 90. Ainda, de acordo com Santos, um adulto também poderá apresentar o Q.I. abaixo de 90, porém, esse adulto será classificado como doente mental, ou seja, portador de psicose oligofrênica.

Assim, à criança foi dispensada uma proteção maior, inclusive considerando como abusiva e proibida qualquer publicidade seja a ela direcionada, conforme apregoadado no art. 37, § 2º do CDC.

Com a materialização da proibição da publicidade direcionada à criança, poucas não foram as formas “camufladas”, dissimuladas, tendentes a burlarem as normas proibitivas e protetivas editadas.

Neste sentido, é possível falar não só de publicidade abusiva camuflada, mas também de anteparos aos efeitos abusivos dessa publicidade.

Deste ponto, pode-se vislumbrar a dicotomia²⁵ da publicidade, ou seja, o lado promissor e o lado nefasto e maléfico.

No promissor, acredita-se haver um interesse maior do fornecedor, visto que neste ponto concentram-se os grandes patrocinadores na mídia publicitária, com as promoções de vendas e oportunidades.

No lado oposto, assim dizendo pois, em muitos casos sem apresentarem interesses na aquisição de determinado produto, os consumidores, vulneráveis, são induzidos pelo poder da mídia a enveredarem no campo do consumismo. Conduto, quando as crianças são também alcançadas, de alguma forma, pelos apelos dos fornecedores, mediante publicidade camuflada ou disfarçada ou através de subliminares, elas passam a ser seus aliadas, ou seja, apelam, involuntariamente, em benefício dos interesses deles, ou seja, para que seus pais adquiram os produtos ofertados.

Por conseguinte, os pais, diante de tantos pedidos, solicitações, implorações dos filhos, esforçam-se para não decepcioná-los, adquirindo o produto ofertado pela mídia.

Não é de se espantar e nem de se ter dúvidas do poder apelativo e de convencimento que a mídia exerce sobre as crianças, é algo incomensurável.

O que não poderá haver são os abusos, as falsidades e, até mesmo a prática de crimes, como por exemplo, a omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou

²⁵ Garcia, Hermes . em 18 mar de 2016. Os dois lados da publicidade. Mercado. PLUGCITARIOS. Disponível em:< <http://plugcitarios.com/2016/03/18/os-dois-lados-da-publicidade/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

periculosidade de produtos, nas embalagens, recipientes ou na própria publicidade, conforme disposto no art. 63 do CDC, sem que os órgãos responsáveis atuem de forma exemplar.

As crianças, através de publicidade, não poderão ser usadas como instrumento para incentivar o aumento da venda de produtos de fabricantes e fornecedores, por serem pessoas de pouca percepção da realidade, nos termos do art. 2º, da Resolução n. 163, do CONANDA²⁶, que assim informa:

[...] considera-se abusiva, (...) publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, (...) 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. [...].

As limitações da publicidade na área infantil tendem a crescer, considerando-se os Projetos de Lei em estudo no Congresso Nacional, PL. 5.921/2001²⁷ e PL. 5.608/2013, ambos tratando de publicidade abusiva infantil. Contudo, os resultados práticos, de certa forma, continuam sendo aguardados. Haja vista, o índice de obesidade infantil que ainda se mostra significativamente ascendente no Brasil, segundo a SBEMSP²⁸.

Conforme demonstrado, a publicidade sempre apresentará dois lados, ou melhor, dois interesses. Contudo, em determinados momentos, poderá não haver facilidade em sua distinção, pois, caso ela esteja “camuflada”, mascarada, disfarçada até mesmo em subliminares, o consumidor hipervulnerável, ou seja, a criança, poderá, nesse caso, atuar de forma contrária aos seus próprios interesses, por tais razões.

Mas, seja qual for a roupagem que tenha a publicidade, o Estado deverá cumprir com a sua função institucional, identificando-a, acompanhando-a e, se for o caso, aplicando os meios de correção adequados aos seus autores.

Dessa forma, quando for reconhecida a ocorrência de qualquer ação publicitária abusiva em relação ao consumidor, haverá um órgão e agentes aptos a intervirem contra tal abusividade. Assim, destacam-se na esfera administrativa os PROCONS²⁹, onde são apresentadas as reclamações pelos consumidores lesados em seus direitos; na esfera judicial,

²⁶ BRASIL. Resolução n. 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. CONANDA. Disponível em: < <http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf> >. Acesso em: 01 nov. 2016.

²⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL. 5.921/2001. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201> >. Acesso em: 15 nov. 2016.

²⁸ SBEMSP. Disponível em: < <http://sbemsp.org.br/obesidade-infantil-aumenta-no-brasil> >. Acesso em: 21 ago. 2016.

²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. PROCON. Disponível em: < <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/orgaos-gestores> >. Acesso em: 15 nov. 2016.

os Juizados Especiais Cíveis, em determinados casos, quando o consumidor pleiteia indenização por danos materiais ou morais e, nos Juizados Especiais Criminais, quando houver transgressão às normas penais, mediante a apuração da materialidade e indícios de autoria e o nexo de causalidade.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, que trouxe como tema a publicidade abusiva direcionada à criança, apresentou na introdução os objetivos a serem alcançados em seu desenvolvimento.

Para tanto, utilizou-se de método de pesquisa científica, na busca do conhecimento e a extensão dos resultados maléficos da publicidade na seara das pessoas em formação.

Posteriormente, sem vislumbrar a formalização de acusação ou mesmo infligir sanção, contudo, reunir conhecimento mais remoto das causas da publicidade abusiva direcionada aos infantes. Deste ponto, prosseguiu-se na aferição da instrumentalização jurídica e os meios efetivos disponíveis para a atuação e prevenção pelo poder público em face da publicidade abusiva direcionada à criança.

Ao término desta parte introdutória, inicia-se o desenvolvimento dos capítulos, dispostos numa sequência lógica de abordagem sem, contudo, desviar-se do tema publicidade abusiva direcionada à criança.

No primeiro capítulo questionou-se quanto à forma de apresentação e aos meios de correção que deveriam cingir-se à publicidade e, se a mesma deveria, inclusive, estar submetida a normas mais claras e específicas ou com tipos abertos e objetivos punitivos para, daí, se avaliar se as normas de controle da publicidade, em partes, são ou não eficazes.

Ressaltando, em tempo, que o CDC, dispõe do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, predecessor importante na luta contra a publicidade abusiva relativa aos infantes, com lastro no artigo 227 da CFRB/1988.

No segundo capítulo, a abordagem é direcionada aos anteparos dos efeitos da publicidade abusiva infantil, que são alicerçados nas normas regulamentares de publicidade que, por sua vez poderiam ser complementadas de forma imediata e eficaz pelo Conar – Conselho de Autorregulamentação Publicitária, se lhe fosse outorgada mais competência corretiva de forma a desestimular a publicidade abusiva, além da ética, na qual sua competência é extremada.

Citam-se exemplos de anteparos básicos que o homem criou para a preservação de sua integridade física. Contudo, a televisão, meios atualmente utilizados para a comunicação

de massa e publicidade, não apresenta anteparos visando a proteção das crianças a elas submetidas.

Ao lado deste conjunto de comunicação de massa, no qual se alia a televisão com a internet encontram-se os vulneráveis, e, pior, os hipervulneráveis. Respectivamente, consumidor de um modo geral e as crianças.

No terceiro e derradeiro capítulo, buscou-se destacar a relevância da participação do Estado nas relações jurídica consumeristas, visando sua efetividade de modo a impedir, em qualquer eventualidade, a publicidade abusiva direcionada à criança.

Refletiu-se, inclusive, sobre os meios e as condições dos órgãos públicos para atuarem no controle imediato e eficaz em relação às diversas formas de veiculação da publicidade abusiva direcionada à criança.

Considerando-se o novo posicionamento tomado pelo Estado, conforme determinação disposta no artigo 48 do ADCT, da CRFB/1988, ou seja, a demarcação de prazo para o Congresso Nacional elaborar o Código de Defesa do Consumidor, o que vem a comprovar a nova postura participativa estatal em relação ao mercado de consumo interno, o que antes vivia à sua própria sorte, sem que o Estado mediasse as respectivas partes envolvidas na relação consumerista.

A implementação das relações consumeristas clamou pela presença do Estado que, agora, já não mais poderia permanecer como mero espectador dessas relações, porém tendo uma participação efetiva e harmonizante, principalmente quanto à política nacional das relações de consumo editada e seguindo a orientação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/c>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. Decreto nº 99.710 de 21 novembro de 1990- Convenção sobre direito da criança. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____.Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____.Resolução nº 163 - CONANDA, 13 de março de 2014. Disponível em:< <http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp.586.316/2003-MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4092403/recurso-especial-resp-586316>>. Acesso em: 04 out. 2016.

_____.Câmara dos Deputados. PL. 5.921/2001. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado*. 11. ed. Salvador/Bahia: jusPODIVM, 2015.

HEMRIQUE, Isabela; HARTUNG, Pedro, Instituto Alana, *comentários sobre Resolução 163 – Conama*, site Migalhas. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203254,41046-Sim+a+publicidade+voltada+as+criancas+e+abusiva+e+ilegal>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIM, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos Contratos de Consumo – via internet*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

SANTOS, Willian Douglas Resinente dos; DUQUE, Flavio Granado; KRYMCHANTOWSKI, Abouch Valenty. *Medicina Legal*, 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 38.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SBEMSP. Disponível em: < <http://sbemsp.org.br/obesidade-infantil-aumenta-no-brasil>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.