

Família Contemporânea: uma visão interdisciplinar



IBDFAM

Instituto Brasileiro de Direito de Família
Seção Rio Grande do Sul

Ivone M. Candido Coelho de Souza
Coordenação

O marketing infantil e o Direito

A ilegalidade da publicidade dirigida às crianças

Isabella Henriques*

Resumo – O artigo apresenta entendimento no sentido de que a legislação brasileira como está no ordenamento legal positivado hoje já permite a interpretação de que a publicidade voltada ao público infantil é proibida no país; explica que as crianças não têm condições de fazer uma análise crítica das mensagens publicitárias ou compreender seu caráter persuasivo, mostrando como podem ser danosas ao seu sadio desenvolvimento.

Abstract – The article presents understanding in the sense that the Brazilian law as the legal system is positivised today already allows the interpretation that advertising aimed at children is prohibited in the country; explains that children are not able to make a critical analysis of advertising or understand their persuasiveness, showing how they can be harmful to their healthy development.

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

No artigo 227 trata de forma específica dos direitos de crianças e adolescentes, estabelecendo o dever compartilhado da família, da sociedade e do Estado de assegurar “*com absoluta prioridade*” a essas pessoas, sujeitas de direitos autônomos e em peculiar fase de desenvolvimento, os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e

* Advogada, mestre em Direito das Relações Sociais – Direitos Difusos e Coletivos – pela PUC/SP, autora do livro *Publicidade abusiva dirigida às crianças* e coordenadora geral do Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana.

à convivência familiar e comunitária. Também assegura que crianças e adolescentes sejam protegidos de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na esteira do previsto na Carta Magna, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece pormenorizadamente os direitos dessas pessoas e o respeito a sua integridade inclusive com relação a valores.¹ Também estabelece medidas positivas de proteção à infância e adolescência, responsabilidade coletiva e compartilhada por Estado, família e sociedade civil, bem como apresenta a inovadora doutrina da 'proteção integral',² que, juntamente com o conceito constitucional da 'prioridade absoluta' consubstanciam hoje o sustentáculo dos direitos e garantias de crianças e adolescentes.

A respeito do caráter prioritário da proteção concedida à criança, respeitando seu desenvolvimento e necessidades, o Professor Dalmo de Abreu Dallari³ ensina:

É preciso não perder de vista, afinal, que o direito de ser pessoa deve incluir a possibilidade de crescer como pessoa, o que é fundamental sobretudo para a criança. O crescimento físico, psíquico, moral e espiritual, faz parte da ordem natural das coisas, jamais devendo ser obstado. Bem ao contrário disso, é preciso que a criança receba proteção, ajuda e estímulo para que cresça, a fim de que possa realizar-se plenamente como pessoa e integrar-se na comunhão humana.

O Estatuto também garante às crianças e adolescentes o pleno acesso à informação, à cultura e outros produtos e serviços que estejam adequados à sua idade e à sua condição de pessoa em especial processo de desenvolvimento.

Vale ser mencionada aqui a ideia de garantia do melhor interesse da criança e do adolescente, a qual pressupõe devam as ações que atingem as crianças e adolescentes – praticadas por particulares ou pelo Poder Público – ser levadas a cabo tendo-se sempre em vista o melhor interesse da criança e dos adolescentes.

De acordo com este princípio de atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, deve-se levar em conta, no momento da aplicação da lei, da criação de políticas públicas para essa população e de

¹ Como se pode notar nos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 17, 18, 53, dentre outros.

² O professor Igor Rodrigues Britto (In: *Infância e publicidade – proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo*. Editora CRV, 2010, p. 67) explica que “pela noção de proteção integral das crianças, a efetivação dos seus direitos sociais (educação, saúde, alimentação, profissionalização, proibição do trabalho) é imprescindível para a proteção real dos seus direitos fundamentais. A proteção integral da criança requer, desta maneira, políticas públicas que garantam a efetivação dos seus direitos fundamentais”.

³ In: *O direito da criança ao respeito*. São Paulo: Summus, 1986.

desenvolvimento de ações do Poder Público e privado, o atendimento a todos os seus direitos fundamentais, o que também inclui uma infância e adolescência livres de pressões e imperativos comerciais.

Não é demais reafirmar que, com a garantia da proteção integral e da primazia do melhor interesse da criança, espera-se proporcionar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, um desenvolvimento saudável e feliz, livre de violências e opressões – aí incluídas as diversas formas de exploração econômica – consoante preconiza o texto constitucional e o Estatuto.

Assim, também a exposição de crianças a todas as formas de mídia deve favorecer o seu pleno desenvolvimento, seja físico, mental ou emocional, mas não prejudicá-las, o que ocorre quando são expostas a mensagens comerciais e publicitárias que lhes são dirigidas.

Isso porque, a criança, entendida nos termos do Estatuto, como a pessoa de até 12 anos de idade, não tem condições de compreender criticamente a publicidade ou mesmo outras formas de comunicação mercadológica.⁴

A esse propósito, o emérito professor titular de psicologia da Universidade de São Paulo, Yves de la Taille, em parecer conferido sobre o tema ao Conselho Federal de Psicologia, ressalta:⁵

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

[...]

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

⁴ O termo “comunicação mercadológica” compreende toda e qualquer atividade de comunicação comercial para a divulgação de produtos e serviços independentemente do suporte ou do meio utilizado. Além de anúncios impressos, comerciais televisivos, *spots* de rádio e *banners* na internet, podem ser citados, como exemplos: embalagens, promoções, *merchandising*, disposição de produtos nos pontos de vendas etc.

⁵ In: parecer intitulado “A publicidade dirigida ao público infantil – considerações psicológicas”, elaborado a pedido do Conselho Federal de Psicologia, sobre o Projeto de Lei 5.921/2001, em tramitação na Câmara dos Deputados, e que “dispõe sobre a publicidade de produtos e serviços dirigidos à criança e ao adolescente”. Disponível em: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/Arquivos/downloads/ebooks/cartilha_publicidade_infantil.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2011.

Nesse mesmo sentido o próprio Conselho Federal de Psicologia, representado pelo psicólogo Ricardo Moretzohn, por ocasião da audiência pública realizada na Câmara dos Deputados Federais, ocorrida em 30.8.2007, entende o seguinte:⁶

Autonomia intelectual e moral é construída paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, do ponto de vista tanto cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade. Como as propagandas para o público infantil costumam ser veiculadas pela mídia e a mídia costuma ser vista como instituição de prestígio, é certo que seu poder de influência pode ser grande sobre as crianças. Logo, existe a tendência de a criança julgar que aquilo que mostram é realmente como é e que aquilo que dizem ser sensacional, necessário, de valor realmente tem essas qualidades.

Por se aproveitar do desenvolvimento incompleto das crianças, da sua natural credulidade e falta de posicionamento crítico para impor produtos e serviços, a publicidade e a comunicação mercadológica dirigidas ao público infantil restringem significativamente a possibilidade de escolha das crianças, substituindo seus desejos espontâneos por apelos de mercado.

Acerca da restrição da liberdade de escolha da criança por meio dos imperativos publicitários é válido, ainda, reproduzir as palavras do psiquiatra e estudioso do tema David Léo Levisky:⁷

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

No entanto, inobstante as peculiaridades que dizem respeito à criança, como pessoa em desenvolvimento, é fato que a indústria publicitária cada vez mais se utiliza de estratégias diversas com a finalidade de atingir o público infantil, valendo-se do uso de linguagem e personagens infantis, da vinculação do produto ou serviço anunciado a situações ligadas à infância, como momentos de diversão e brincadeiras entre outras.

⁶ Audiência Pública 1388/2007, em 30.8.2007, "Debate sobre publicidade infantil".

⁷ A mídia – interferências no aparelho psíquico. In: *Adolescência – pelos caminhos da violência: a psicanálise na prática social*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998. p. 146.

Mas o Estatuto da Criança e do Adolescente não disciplina a publicidade de forma específica. Em contrapartida, a Constituição Federal expressamente delega a proteção ao consumidor à lei própria, que é hoje o Código de Defesa do Consumidor.

No tocante à publicidade e ao público infantil, o Código determina expressamente, no artigo 37, § 2º, que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal.⁸

O Código, contudo, não detalha em quais casos será considerado que a publicidade estará se aproveitando dessa *deficiência de julgamento e experiência da criança*, traz apenas esse conceito genérico e de certa forma carregado de subjetividade, que acaba permitindo, de alguma maneira, o entendimento por parte do mercado publicitário de que seria possível divulgar publicidade para menores de 12 anos.

Nesse sentido Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias⁹ acredita que ainda não há na legislação pátria uma definição a esse respeito e que a proibição do direcionamento da publicidade às crianças não seria o melhor caminho a ser traçado, mas, ainda assim, concorda sobre a necessidade de as crianças serem protegidas no âmbito da publicidade, concluindo que:

[...] 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.

Em que pese o entendimento apresentado, que demonstra apenas a controvérsia em torno do tema no âmbito jurídico-legal brasileiro, o fato é que a criança não tendo condições de compreender a real intenção da publicidade terá seus direitos e garantias sempre violados quando receber mensagem publicidade que fale diretamente com ela.

Nesse sentido existem inúmeras pesquisas, pareceres e estudos realizados não só no Brasil, como no exterior, sendo um dos mais relevantes o realizado pelo sociólogo Erling Bjurström,¹⁰ a pedido do Estado sueco,

⁸ Toda a publicidade abusiva é ilegal, nos termos do artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, lembrando que assim o será aquela que, nas palavras de Paulo Jorge Scartezini Guimarães, "ofende a ordem pública, ou não é ética ou é opressiva ou inescrupulosa" (In: *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 6, p. 136).

⁹ In: *Publicidade e Direito*. Editora Revista dos Tribunais.

¹⁰ In: *Children and television advertising*, Report 1994/95:8, Swedish Consumer Agency. Disponível em: <http://www.konsumentverket.se/documents/in_english/children_tv_ads_bjurstrom.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2010.

demonstrando que as pessoas de até 12 anos de idade não têm condições de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas, por não conseguirem distingui-las da programação na qual são inseridas, nem, tampouco, compreender seu caráter persuasivo. Além de misturarem fantasia com realidade.

Daí porque toda e qualquer publicidade que seja direcionada diretamente ao público infantil estará sempre se aproveitando da sua *deficiência de julgamento e experiência* e, portanto, será sempre carregada de abusividade e ilegalidade.

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

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

Haja vista o fato de crianças pequenas até por volta dos oito anos não conseguirem identificar as mensagens publicitárias como mensagens comerciais que são, também por essa razão a publicidade voltada ao público infantil pode ser considerada ilegal.

Dessa forma, pode-se dizer que, no Brasil, pela interpretação sistemática da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil já é proibida pelo ordenamento jurídico pátrio, mesmo que na prática ainda sejam encontrados diversos anúncios voltados para esse público. Aliás, é com esse entendimento que o professor e constitucionalista Vidal Serrano Nunes Jr.¹¹ trata a questão:

Tratando-se, no entanto, de publicidade dirigida ao público infantil, quer nos parecer que tal disposição seja irrealizável, já que, exatamente por se tratar de um ser em processo de formação, a criança não possui os predados sensoriais suficientemente formados para a plena intelecção do que seja a publicidade, de quais os seus objetivos e de como dela se proteger.

[...]

¹¹ In: *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. Coordenação Ives Gandra Martins, Francisco Rezek. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008. p. 845.

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

É, com efeito, preciso que a criança seja preservada do bombardeio publicitário em sua infância, de maneira que possa desenvolver-se plenamente e alcançar a maturidade da idade adulta com capacidade de exercer plenamente seu direito de escolha. E essa proteção deve vir também por parte do Estado e do Poder Público, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito dos Poderes Executivo ou Judiciário, não bastando que haja a proteção familiar, como bem explica o professor Igor Rodrigues Britto:¹²

Vários são os fatores, como visto até o momento, que demonstram que a publicidade comercial, quando dirigida ao público infantil, é capaz de violar o princípio da proteção integral da criança, posto que coloca em risco a sua saúde, sua liberdade e a formação da sua personalidade. O risco ao qual a publicidade expõe as crianças legitima um controle público da atividade publicitária, sempre que em comunicação com as crianças, a fim de que estas sejam integralmente protegidas, tanto no âmbito da sua liberdade e autonomia da vontade, como no de sua personalidade e da sua formação, bem como em prol da sua integridade física, psicológica e cultural.

[...]

Não há cabimento na sociedade da informação e do consumo de massas para a responsabilidade exclusiva da família pelo controle do comportamento e dos desejos de consumo das crianças. Mesmo que fosse possível o controle da família, por meio do poder familiar, sob as influências e estímulos que a criança recebe na sociedade de consumo, ainda assim, não é este o pensamento constitucional de proteção integral e prioritária das crianças. Não se atribuiu exclusivamente aos pais o cuidado pela educação, desenvolvimento, formação da personalidade e da autonomia das crianças, mas também ao Estado e à sociedade da qual fazem parte os fornecedores de produtos e serviços e os publicitários à sua disposição.

Cabe, ademais, observar que a sociedade como um todo vem se manifestando no combate à comunicação mercadológica abusiva. Isso se mostra patente na aprovação, pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, do texto apresentado pela deputada federal Maria do Carmo Lara, um dos substitutivos ao Projeto de Lei 5.921/2001, que prevê a proibição de publicidade dirigida à criança e a restrição de publicidade dirigida ao adolescente.¹³

¹² In: *Infância e publicidade – proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo*. Editora CRV, 2010. p. 122.

¹³ O Projeto de Lei ainda está em fase de apreciação na Câmara dos Deputados. Foi aprovado nos termos do substitutivo do Deputado Osório Adriano na Comissão de Desenvolvimento

Segundo o citado texto substitutivo, entende-se por publicidade dirigida à criança a que possui pelo menos uma das seguintes características:

- linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- representação de criança;
- pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- personagens ou apresentadores infantis;
- desenho animado ou de animação;
- bonecos ou similares;
- promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil;
- promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

A assunção de que é abusiva toda e qualquer publicidade que possua as características anteriores demonstra que, como representantes da nossa sociedade, os deputados fizeram valer a vontade de todos os órgãos e instituições sociais pela proteção a um desenvolvimento da infância e da adolescência, livre de abusos e explorações da sua ainda não desenvolvida capacidade de abstração e de raciocínio crítico.

Com isso, tendo-se em vista que a publicidade dirigida ao público infantil não é ética, é ilegal e ofende a proteção integral de que são titulares todas as crianças brasileiras, é necessária a reformulação de práticas comerciais, de modo que visando à defesa de uma infância livre de exploração, sejam suprimidas práticas de marketing a elas dirigidas.

Além desse Projeto de Lei, outros muitos tramitam no Congresso Nacional sobre o tema do direcionamento de publicidade ao público infantil, alguns especificamente acerca da divulgação de produtos alimentícios, hoje uma grande preocupação social, haja vista os crescentes índices de sobrepeso e obesidade infantis.¹⁴

Também o Poder Executivo federal tem trabalhado no âmbito da discussão da publicidade de alimentos não saudáveis voltada ao público infantil. Nesse sentido o Conselho Nacional de Saúde aprovou a Resolução 408/2008, que recomenda a proibição do direcionamento de mensagens

to Econômico, Indústria e Comércio. Antes de ser votado em Plenária, o texto deve ser analisado pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática e pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

¹⁴ O país já contabiliza, segundo dados do Ministério da Saúde, 15% de crianças com obesidade e 30% com sobrepeso, em uma curva que vem se mostrando ascendente e com uma perspectiva bastante preocupante, principalmente quando se sabe da relação da obesidade com o aparecimento das doenças crônicas não transmissíveis.

comerciais a crianças de alimentos com altos teores de sódio, gorduras saturadas, gorduras trans e açúcar e de bebidas de baixos valores nutricionais, bem como a proibição da venda de brinquedos condicionada à aquisição de alimentos como os mencionados.

A própria Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – havia proposto em sua Consulta Pública 71/2006 regras nesse sentido, mas, ao publicar a respectiva Resolução 24/2010 retirou todas as menções a questão específica da criança, deixando essa discussão para uma próxima regulação.¹⁵

Por fim, vale mencionar que o Brasil conta ainda com o Conar – Conselho de Autorregulamentação Publicitária – uma organização representante do mercado publicitário que atua como uma espécie de corte de autorregulamentação para dirimir discussões acerca das publicidades que estejam sendo veiculadas em mídia. No entanto, por conta dos interesses que defende, ligados aos anunciantes, agências publicitárias e veículos de comunicação, é bem certo que essa organização não é suficiente para garantir a efetiva proteção das crianças frente aos abusos que lhes estão sendo perpetrados diariamente pela publicidade comercial.¹⁶

Outra discussão importante a ser lembrada diz respeito ao conceito de liberdade de expressão e de Estado de Direito Democrático, que, muitas vezes, têm sido erroneamente usados pelo mercado publicitário para tentar confundir a opinião pública quando o assunto trata da necessidade de restrições à atividade publicitária. Tema que mereceria um artigo específico; pode ser brevemente explicado pelo fato de que a atividade publicitária difere das expressões do pensamento, como são as atividades jornalística, artística, musical, etc. porque é comercial e tem caráter venal e isso faz com que não receba a guarida da garantia constitucional de liberdade de expressão, mas, ao revés, com que se submeta aos princípios da “ordem econômica”.

Ademais, vale ainda ser mencionado que mundo afora a grande maioria das democracias consolidadas possui em suas legislações regras bastante rígidas acerca da publicidade que fala diretamente com as crianças, são países como Inglaterra, Suécia, Noruega, Canadá, Austrália, Portugal, Espanha, Irlanda, dentre outros, que compreendem a necessidade de a publicidade sofrer restrições para que as crianças sejam integralmente protegidas, sem que isso, de forma alguma, signifique qualquer abalo ou ofensa às suas instituições democráticas.

¹⁵ Informações acerca de todo o processo das mencionadas Consulta Pública e da Resolução podem ser encontradas em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica.aspx?v=1&id=55>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

¹⁶ Sobre o tema, esta autora e o procurador de justiça João Lopes Guimarães Jr. assinam o artigo “O Conar e o controle da ética publicitária no Brasil”. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=1&art=13>>. Acesso em: 15 jan. 2010.