

A PUBLICIDADE INFANTIL E A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DE BAIXO TEOR NUTRICIONAL

LARISSA MARIA DE MORAES LEAL*

Doutora em Direito Privado pela UFPE – Universidade Federal de
Pernambuco

RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA

Mestre em Direito Privado pela UFPE – Universidade Federal de
Pernambuco

EXCERTOS

“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”

“O Código de Defesa do Consumidor cuidou, de modo especial, da tutela da criança, que não pode ter sua natural inexperiência e dificuldade de julgamento exploradas por fornecedores e anunciantes”

“Por que o CDC busca defender a criança frente à publicidade? Porque esse diploma legal, além de consagrar a tutela do vulnerável, teve em conta a necessidade de concretização do princípio da absoluta prioridade da criança, previsto no art. 227 da CF/88”

“A publicidade, também para efeito de tutela da criança, deve evidenciar sua finalidade comercial, promover valores positivos para a sociedade, abster-se de praticar ofensas contra os consumidores, ser clara e precisa, jamais avançando no vão das dificuldades de julgamento ou experiência da criança”

“É imperativa uma contínua comunicação entre áreas do conhecimento, em especial as que se debruçam sobre a saúde pública, de molde a permitir que os conhecimentos adquiridos influenciem o direito numa melhor determinação dos ônus que devem pesar sobre os fornecedores”

*** Outras qualificações da autora**

Professora de Direito Civil e Direito do Consumidor na UFPE. Vice-Presidente da ADECCON-PE, Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor.

À guisa de introdução

A publicidade é um mecanismo de divulgação dos produtos ou serviços no mercado, com o intuito de despertar o ânimo positivo dos consumidores. Três agentes concorrem para a elaboração e disseminação do anúncio publicitário: o fornecedor ou anunciante, financiador da elaboração e maior interessado na comunicação mercadológica; a agência publicitária, a quem compete a formulação de mensagem em termos mercantis; e o veículo de comunicação, que divulga a publicidade¹.

A publicidade é claramente comercial, voltada à captação e adesão de novos consumidores, diferente da propaganda, que não tem no lucro uma finalidade explícita².

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 elas³. Tais definições, no Brasil, são importantes para a utilização da terminologia correta; porém, há quem as utilize indistintamente. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) refere-se à publicidade como propaganda comercial, no art. 220, § 4º, e também como publicidade, no art. 37, § 1º⁴.

Se, por um lado, o marketing consubstancia um processo mais amplo de formulação do anúncio publicitário, a propaganda consiste em disseminação de ideia com vistas a estimular opções políticas, sociais ou religiosas, não tendo como fito a divulgação de informações sobre produtos ou serviços, finalidade adotada pela publicidade⁵. De todo modo, publicidade e propaganda encontram-se no ambiente da mídia, reconhecida como a ferramenta mais revolucionária do século XX, que avança no século XXI como a maior responsável pela era do consumo e, também, do consumismo, por ocupar lugar cativo nas residências de bilhões de pessoas, e interferir na própria construção de suas subjetividades ao criar, ensinar e alterar valores culturais, sociais e familiares⁶.

Cuidar do tema da publicidade impõe discutir se existe, ou não, um direito de anunciar, e quais seriam as balizas para o exercício desse direito. Por força da inserção da economia brasileira em um mercado capitalista, bem como em razão da tutela, pela Constituição Federal de 1988, da livre iniciativa, está consolidado no Brasil o direito subjetivo de anunciar. Todavia, ainda que esse direito esteja consubstanciado na Constituição, também lá recebe limites, como a defesa do consumidor, a teor do art. 170,

V, da CF/88. Nessa linha de raciocínio, embora haja autorização para a obtenção de espaços no mercado, a atividade deve se desenvolver dentro de determinados balizamentos⁷.

A proteção do consumidor é direito fundamental no Brasil, nos termos expressos do artigo 5º da Constituição Federal. A livre iniciativa e, bem assim, o direito de anunciar devem atender às estruturas constitucionalmente determinadas para seu exercício, cabendo, ainda, nessa equação o comando expresso de nossa lei maior: o Estado deve promover a defesa do consumidor. São deveres e direitos entrelaçados que não autorizam qualquer interpretação isolada de um ou outro, sob pena de diminuição da eficácia normativa do texto constitucional.

De acordo com o art. 1º, III, da CF/88, somente a livre iniciativa que atenda à sua função social receberá agasalho como fundamento da República Federativa do Brasil. A livre iniciativa está condicionada a desenvolver-se com vistas a concretizar algo de positivo para a sociedade, não estando tutelada, portanto, aquela que culmine com a geração de efeitos nefastos no meio social.

A partir dessa correlação de forças no campo constitucional, o Código de Defesa do Consumidor relacionou ao direito de anunciar o direito básico do consumidor a informação adequada, suficiente e veraz, que não seja enganosa ou abusiva, de sorte a proporcionar autonomia na relação de consumo. Esse direito também compreende o conhecimento do produto, cuja importância para o desempenho da liberdade de escolha não se pode questionar; a conformidade entre anúncio e produto ou serviço adquirido, de molde a conferir transparência à relação de consumo; e, por fim, a identificação da mensagem como publicitária⁸.

O Código de Defesa do Consumidor cuidou, de modo especial, da tutela da criança, que não pode ter sua natural inexperiência e dificuldade de julgamento exploradas por fornecedores e anunciantes. Nessa ambiência, faz-se necessária a distinção entre publicidade de produtos infantis e publicidade infantil.

A diferenciação básica reside no destinatário da comunicação mercadológica: caso a publicidade tencione se comunicar com a criança, buscando captar a sua atenção e adesão, estar-se-á diante de publicidade infantil, mesmo que o produto ou serviço não seja de uso exclusivo pela criança. Nesse sentido, a publicidade que, embora anuncie mercadorias que sejam consumidas preferencialmente por crianças, não as tenha como alvo não será caracterizada como publicidade infantil.

O foco da regra consumerista é o destinatário da mensagem publicitária e não o produto ou serviço anunciado. Esse é um aspecto absolutamente relevante em tempos nos quais produtos como desinfetantes, amaciantes de roupas, bebidas e veículos são anunciados por ursinhos de pelúcia, celebridades de programas infantis e personagens de filmes de animação. Valendo-se de seu grande poder de persuasão, a publicidade, além de fazer das crianças clientes potenciais, atrai sua atenção recorrendo a técnicas que manipulam cores, sons, imagens, canções conhecidas. Sobretudo, os anunciantes conhecem o fenômeno do acesso das crianças à sociedade de consumo e sua participação ativa na escolha familiar de produtos e serviços⁹.

1. A publicidade dirigida ao público infantil

Por que o CDC busca defender a criança frente à publicidade? Porque esse diploma legal, além de consagrar a tutela do vulnerável, teve em conta a necessidade de concretização do princípio da absoluta prioridade da criança, previsto no art. 227 da CF/88. Impõe-se, no Brasil, atenção especial para as práticas comerciais que atinjam a criança, pessoa hipervulnerável em razão da incompletude do seu desenvolvimento. A norma de defesa do consumidor está, ainda, relacionada com toda a estrutura legal do Brasil, que demanda, por força do art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, essa mesma proteção integral.

A publicidade, também para efeito de tutela da criança, deve evidenciar sua finalidade comercial, promover valores positivos para a sociedade, abster-se de praticar ofensas contra os consumidores, ser clara e precisa, jamais avançando no vão das dificuldades de julgamento ou experiência da criança. Toda e qualquer publicidade que tenha como alvo a criança é considerada publicidade infantil.

Entrementes, se toda criança é ser em formação – e não há dúvidas sobre isso –, é possível inferir que toda publicidade dirigida à criança é abusiva e, por tudo, ilegal. Em uma ordem valorativa de nosso sistema normativo, onde a criança foi colocada como absoluta prioridade do Estado, da sociedade e dos cidadãos, não deveria haver publicidade dirigida às crianças. Primeiro, porque as crianças não têm condições de consumir, o que, então, seria motivo suficiente para que os anunciantes, inclusive, não tivessem interesse em dirigir-se a quem não pode consumir. Segundo, porque anunciar para crianças é abusar do direito de fazer publicidade, o que implica ilegalidade da conduta.

Cabem, desde já, as indagações: Se as crianças não têm o poder econômico de consumir, por que há tanta publicidade dirigida a elas? Se a publicidade abusiva é ilegal, por que está assentado no Brasil que é possível anunciar para as crianças? Por fim, quem está autorizado a dizer qual o limite aceitável de abordagem publicitária das crianças?

Para enfrentar tais indagações, trazemos como ponto de ancoragem a questão da publicidade dos alimentos de baixo teor nutricional.

2. A veiculação de publicidade infantil dos alimentos de baixo teor nutricional

Quando se fala em impor limites à atividade publicitária direcionada à criança, os argumentos devem partir de um dado essencial: a vulnerabilidade infantil, circunstância que suscita a discussão sobre os efeitos nefastos da mensagem publicitária dirigida a alguém que está em formação.

Uma das consequências negativas mais abordadas pela literatura especializada é a obesidade infantil, causada, dentre outros fatores, pela ingestão de alimentos de baixo teor nutricional, consumo esse, por sua vez, fortemente estimulado por anúncios publicitários.

Não se deve olvidar que a indústria alimentícia empreende grandes esforços no sentido de atingir o público infantil, investindo nisso vultosas quantias. Em 2009, foram gastos mais de US\$ 4.200.000.000,00 (quatro bilhões e duzentos milhões de dólares) em publicidade, fato que levanta o questionamento sobre as reais possibilidades de os pais fazerem frente a essa situação¹⁰.

A dificuldade dos pais, tutores e educadores de reverterem a atual situação também decorre de dados já aferidos: as crianças brasileiras cultivam, em média, cinco horas de exposição a conteúdos televisivos – nos quais a publicidade é onipresente – em contrapartida ao tempo médio de permanência na escola, de 3 horas e 15 minutos, o que não deixa dúvidas sobre a aludida forte influência da publicidade sobre as crianças e as famílias¹¹.

A correlação entre obesidade infantil, consumo de produtos alimentícios pobres em nutrientes e publicidade tem sido estudada pelo Yale's Rudd Center for Food Policy and Obesity, sendo alguns resultados publicados no relatório *Trends in television food advertising: progress in reducing unhealthy marketing to young people?* Trata-se de renomada instituição de pesquisa que se volta à

modificação dos padrões alimentares no mundo, com vistas a direcioná-los ao consumo de alimentos mais saudáveis e à prevenção da obesidade, em uma tentativa de reduzir os níveis mundiais desse problema de saúde.

Essa entidade americana elabora análises sobre o assunto e entra em contato com os principais atores dos meios de comunicação, da indústria e do governo com a pretensão de alcançar providências eficientes para a solução do problema da obesidade e, com isso, melhorar a saúde global¹².

Os especialistas do Rudd Center consideram, entre outros, o fato de que, em 2006, companhias de alimentos comprometeram-se, nos Estados Unidos da América, por meio do Children's Food and Beverage Initiative (CFBAI), a evitar a veiculação de anúncios para crianças, contando o acordo, até o final de 2011, com 16 participantes, que representam 80% de todos os fornecedores que anunciam na televisão durante a programação infantil¹³. Com base nesse panorama, o Rudd Center avaliou as tendências da publicidade na televisão, de 2002 a 2011, entre crianças, adolescentes e adultos, divulgando o relatório mencionado linhas acima.

Vale perquirir: por que as empresas de alimentos decidiram firmar esse acordo? Porque o Institute of Medicine (IOM), da National Academies dos EUA, subsidiando-se em vasta bibliografia, desenvolveu estudos sobre obesidade infantil, ocasião em que constatou que a publicidade direcionada à criança concorre para a configuração de um ambiente obesogênico, notadamente por ir de encontro aos parâmetros de uma alimentação saudável.

Esses estudos, transformados em relatório, foram remetidos ao congresso americano, momento em que se propôs a regulação legal do assunto caso a indústria alimentícia não conseguisse se autorregulamentar¹⁴.

Evidenciado, portanto, que o CFBAI foi assinado com a finalidade explícita de afastar uma possível interferência do Estado na matéria, restava averiguar a sua efetividade, incumbência que foi assumida pelo Rudd Center.

O referido centro vem observando os comerciais televisivos de alimentos que estimulam o consumo de produtos pobres em nutrientes, também conhecidos como alimentos ultraprocessados. A partir desse levantamento, aponta hipóteses que sejam relevantes para o esclarecimento da epidemia de obesidade vivenciada na América – e não há dúvidas sobre a gravidade do problema.

Os dados utilizados para análise da publicidade infantil de alimentos baseiam-se nos “*gross rating points*” (GRP), da Nielsen Company, que também servem de subsídio para os fornecedores avaliarem o impacto de seus anúncios¹⁵.

Não se pode descurar do fato de que os dados obtidos nos estudos do Rudd Center também são relevantes para o Brasil, sobretudo porque, atualmente, a publicidade é desenvolvida de forma mundializada. Os participantes do acordo veiculam mensagens padronizadas em diversas nações, dentre as quais o Brasil, o Reino Unido e Portugal. Seguindo esse raciocínio, um progresso verificado como resultado do CFBAI também poderia estimular a adoção da mesma postura nos países onde os consumidores e as crianças estejam expostos às mesmas práticas comerciais de oferta.

Com base nos dados coligidos, o centro verificou que, não obstante as reduções de publicidade de alimentos e bebidas pobres em nutrientes constatadas entre 2004 e 2008, houve uma reversão desse panorama em 2010. Ao passo que, de 2004 a 2008, a veiculação havia diminuído 12%, apurou-se, em 2010, um aumento de 9% nos comerciais, em comparação com 2008¹⁶.

Quando o Rudd Center se debruçou especificamente sobre as categorias de alimentos e bebidas anunciadas, observou algumas modificações positivas em 2010, como é o caso da diminuição de anúncios para lanches doces e biscoitos e salgadinhos, os quais foram reduzidos em 26% e 18%, respectivamente, face a 2008¹⁷. Entretanto, a publicidade de outros produtos cresceu de forma significativa, já que foram veiculados mais do que o dobro de anúncios para doces em 2010, comparado com 2008, chegando essa categoria a ser a segunda mais divulgada às crianças, perdendo somente para os cereais.

O incremento constatado na categoria de restaurantes também é relevante. Houve aumento de 8% na veiculação de estabelecimentos fornecedores de alimentos destinados ao público infantil. Esse acréscimo revela-se maior que o verificado entre os comerciais de restaurantes para adultos, os quais cresceram apenas 2% no mesmo período¹⁸.

Vê-se, portanto, que apesar de a veiculação total de publicidade ter se reduzido entre 2004 e 2008, o ano de 2010 demonstrou um retorno do direcionamento das mensagens para o público infantil. Além disso, embora tenha sido averiguada diminuição de publicidade de lanches doces, biscoitos e salgadinhos em 2010, ainda houve maciça veiculação de doces e de restaurantes, denotando, assim, uma ausência de mudança de postura efetiva dos participantes do CFBAI.

Insta ressaltar que as redes de restaurantes parecem ignorar completamente as premissas do acordo, uma vez que anunciam agressivamente para o público infantil, superando, inclusive, os níveis de exposição dos adultos. Nessa

senda, incentiva-se profundamente o consumo de produtos que estão longe de integrar uma dieta saudável, circunstância que pode contribuir para o problema da obesidade infantil, ainda mais por conta de a veiculação ocorrer repetidamente.

Ademais, a assunção adotada pelos fornecedores de alimentos e bebidas pobres em nutrientes, qual seja, ausência denexo entre a obesidade e a publicidade, não se sustenta. Isto porque, caso inexistisse essa relação, por que a indústria teria pactuado acordo para diminuir a publicidade infantil? Estar-se-ia diante de compromisso meramente simbólico? Não, o acordo não é simbólico; ele é fruto de um dado de realidade aferido. Mas é ineficaz, como os próprios estudos referidos destacam. Essas verificações demonstram que a autorregulação da indústria de alimentos é ineficiente, motivo pelo qual se afigura como imperativa a interferência do Estado na matéria, sobretudo por envolver preocupações de saúde pública.

As tentativas de regulamentação da publicidade dos alimentos ultraprocessados são uma realidade no Brasil. No âmbito administrativo, convém citar a edição, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), em 2010, da Resolução 24 (RDC 24), cujo mister era delimitar em que termos a publicidade de alimentos ricos em açúcar, gordura saturada, gordura trans e sódio e também de bebidas com baixo teor nutricional deveria ocorrer, sobretudo em atenção à saúde das crianças. Uma das medidas que deveria ser adotada pelos fornecedores, de acordo com o art. 12 da resolução, seria a disponibilização de informação sobre os efeitos negativos decorrentes do consumo desses produtos.

Suspendeu-se, contudo, a eficácia dessa resolução, por meio da ação ordinária 42882-45.2010.4.01.3400, movida pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação (ABIA), que tramitou na 16ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Nesse processo, a ABIA argumentou que a Anvisa teria ultrapassado os limites da competência que lhe foi atribuída por lei, haja vista, em seu entender, fazer-se necessária lei federal sobre o assunto. O argumento da ABIA serviu de base para a decisão final, que reconheceu ter havido ofensa ao direito à publicidade e interferência indevida na atividade econômica dos fornecedores de alimentos.

A proteção do
consumidor é
direito fundamental
no Brasil, nos
termos expressos
do artigo 5º da
Constituição
Federal

A sentença baseou-se em uma escorregada interpretação do art. 220, § 4º, da CF/88, e do art. 7º, XXVI, da Lei 9.782/99, onde está determinado que a atuação da agência deve estar adstrita à legislação sanitária. Assim, uma possível resolução da Anvisa limitar-se-ia a regulamentar as normas, não estando dentro dos poderes da agência reguladora estatuir outras limitações não estabelecidas em lei.

A iniciativa da Anvisa, ainda que tímida, merecia melhor destino. Convém pontuar que o regramento do tema publicidade de alimentos e bebidas de baixo teor nutricional não está circunscrito à aplicação da Lei 9.782/99, já que o CDC, ao dispor sobre o direito básico do consumidor à informação, afigura-se como norma importante para resolver o caso, principalmente por estabelecer – como forma de concretização do princípio da boa-fé objetiva – que o fornecedor deve proporcionar a informação. Não houve qualquer referência a esse diploma legal por ocasião da fundamentação, ignorando-se, dessa feita, os artigos que tutelam a informação e a saúde do consumidor. Não houve qualquer tentativa de diálogo de fontes dirigido à efetiva proteção das crianças e dos consumidores. Houve, apenas e tão somente, solução burocrática e estranha à Constituição Federal.

Além do art. 6º, III, do CDC, que erige a informação à condição de direito básico, isto é, direito mínimo, poderia ter sido invocada a aplicação do art. 8º do CDC, pois esclarecer que o consumo desses produtos pode colaborar para o desenvolvimento de problemas de saúde como a obesidade denota “informação necessária e adequada”.

Nunca é demais lembrar que o fornecedor obtém vantagem econômica ao desempenhar sua atividade, bem como tem o dever de informar porque possui maior conhecimento técnico e científico acerca do produto que disponibiliza no mercado de consumo, recaindo sobre ele essa incumbência de molde a concretizar a transparência e a harmonia na relação de consumo, previstas no art. 4º do CDC.

Além disso, faz-se mister que o debate sobre os deveres dos fornecedores esteja afinado com os conhecimentos adquiridos em outros ramos do conhecimento. A Organização Mundial da Saúde (OMS), por exemplo, reputa a publicidade infantil desses produtos um fator que colabora para o surgimento da obesidade¹⁹. Nesse sentido, é imperativa uma contínua comunicação entre áreas do conhecimento, em especial as que se debruçam sobre a saúde pública, de molde a permitir que os conhecimentos adquiridos influenciem o direito numa melhor determinação dos ônus que devem pesar sobre os fornecedores.

Vê-se, portanto, que o simples estudo de alguns dispositivos do CDC já respalda a RDC 24, principalmente tendo-se em conta o objetivo dessa regulamentação, qual seja, o detalhamento do fornecimento da informação em produtos de baixo teor nutricional, em um contexto de maciça veiculação de publicidade.

A discussão do tema no Brasil também ocorre no seio do Poder Legislativo, sendo oportuno comentar dois projetos de lei do Estado de São Paulo – Projeto de Lei 193/2008 (PL 193/2008) e 1.096/2011 (PL 1.096/2011). Essas proposições foram aprovadas em 18 de dezembro de 2012 pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo²⁰; contudo, a primeira delas foi vetada em 29 de janeiro de 2013 pelo governador Geraldo Alckmin.

O governador considerou o PL 193/2008 inconstitucional por dispor sobre propaganda comercial, a qual, por sua vez, somente poderia ser objeto de lei federal, a teor do art. 22, XXIX, da CF/88. Assim, por inexistir delegação para regulação, nos moldes previstos pelo art. 22, parágrafo único, da CF/88, o Estado de São Paulo seria incompetente para regular o tema. O governador entende que o tratamento da matéria envolve a aplicação do art. 220, § 3º, II, da CF/88, considerando que a publicidade, dessa feita, configura um direito fundamental. Argumenta, ademais, que as limitações à propaganda comercial têm sido feitas por meio de lei federal, bem como que competiria à Anvisa proceder à regulamentação – e eis, aqui, mais uma demonstração das idiosincrasias de sistema que são, literalmente, criadas no Brasil quando não há vontade política de fazer o que deve ser feito. Enquanto o Judiciário diz que a Anvisa não pode regulamentar a matéria, um governador de Estado Federativo afirma que cabe justamente à Anvisa fazê-lo.

Essas contradições não existem de fato no sistema brasileiro. Elas passam a existir, sim e apenas, quando são criadas e seus efeitos são lançados no que, então, passa a ser o labirinto tormentoso de realização da tutela dos consumidores do Brasil. Destrói-se o que é possível, tudo que pode ser esquecido é esquecido e, por fim, o que resta é adulterado ou pervertido por malabarismos de palavras.

Não se deve olvidar que o governador, ao afirmar que as regulações atinentes à publicidade têm sido feitas por intermédio de legislação federal,

A autorregulação
da indústria
de alimentos é
ineficiente, motivo
pelo qual se afigura
como imperativa
a interferência do
Estado na matéria

incorreu em equívoco. Com efeito, está em vigor no município de São Paulo a Lei 14.223/06, conhecida como ‘Lei Cidade Limpa’, cujo objetivo é combater a poluição visual. Assim, o art. 6º, I, *b*, por exemplo, trata da definição de anúncio publicitário, ao passo que o art. 9º proíbe a instalação de anúncios em diversos locais pela cidade, e o art. 18 proscreve a aposição de anúncios publicitários em imóveis públicos ou privados. Observa-se, dessa feita, que para tornar a cidade “limpa”, o Estado de São Paulo se reconhece como ente federativo competente para legislar sobre publicidade. Mas para tratar da saúde dos consumidores e, principalmente, das crianças, não.

3. Por que regular a publicidade infantil dos produtos de baixo teor nutricional?

Por força do art. 1º, III, da CF/88, ao desenvolvimento da livre iniciativa deve corresponder a realização de efeitos positivos para a sociedade. Nessa senda, elaborar mensagem publicitária direcionada à criança, estimulando o consumo de alimentos pobres em nutrientes, com o uso, para tanto, de personagens lúdicos ou com o oferecimento de brindes, não concretiza qualquer benefício para a coletividade.

A regulação da publicidade infantil de alimentos de baixo teor nutricional sustenta-se na seguinte constatação: a comunicação mercadológica, como vem sendo desenvolvida, afronta os arts. 36 e 37, § 2º, do CDC.

Em primeira ordem, questiona-se a capacidade de intelecção do mister de incitação da publicidade. Isso porque a percepção da mensagem como publicitária pela população infantil apresenta-se como algo delicado, uma vez que crianças em idade pré-escolar enfrentam dificuldades em diferenciar anúncios publicitários e programação de televisão, enquanto que crianças de até 8 anos de idade ignoram o fim de persuasão do comercial²¹. Dessa feita, é inegável a ofensa ao princípio da identificação da mensagem publicitária, insculpido no art. 36 do CDC.

Ademais, está-se diante de publicidade abusiva com gravidade particular, em vista de o destinatário da mensagem ser pessoa em desenvolvimento, isto é, em etapa da vida em que são formados os hábitos alimentares, havendo, com a veiculação de publicidade direcionada a esse público, o estímulo a comportamentos prejudiciais à saúde. Vale reiterar: “se não pode captar eventual conteúdo informativo e não tem defesas emocionais suficientemente formadas para perceber os influxos de conteúdos persuasivos, praticamente

todas as situações, a publicidade comercial dirigida a crianças estará a se configurar como abusiva e, portanto, ilegal²².

A redação do art. 37, § 2º, do CDC, permite questionar se existiria alguma publicidade que não se aproveitasse das deficiências de julgamento e experiência da criança, exatamente em vista da ausência de desenvolvimento pleno do juízo crítico e do entendimento, característica dessa etapa da vida. Por essa razão, a comunicação mercadológica deve ser dirigida aos pais, alterando-se o destinatário da mensagem para não prejudicar a condição de pessoa em desenvolvimento da criança.

Não é demais lembrar que a proteção da criança, por força do art. 6º da CF/88, é um direito social que demanda, por via lógica de consequência, atuação estatal positiva. Dito de outro modo: o respeito e a salvaguarda aos direitos infantis competem a todos.

Nossa realidade, todavia, além de não respeitar esses imperativos, ainda avança na agressão aos direitos básicos dos consumidores. Detergentes e sabões são fabricados e coloridos artificialmente para chamarem à atenção das crianças; bebidas são tornadas mais adequadas ao paladar infantil, e o que se pode perceber a qualquer momento do dia ou da noite é a sucessão de reclames publicitários dirigidos às crianças.

Tendo em vista que o fornecedor de alimentos de baixo teor nutricional, ao veicular a mensagem, não informa sobre os malefícios que o consumo de seus produtos pode ter sobre a saúde – tem sido essa a prática no Brasil, pelo menos – tentou-se fazer valer o direito básico do consumidor à informação com a edição da RDC 24, que soçobrou judicialmente, conforme demonstramos.

Todo esse panorama é agravado pela ineficácia da sanção oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode mencionar, no Brasil, um único caso de contrapublicidade, no caso de veiculação de publicidade abusiva. Essa sanção, prevista no art. 56, XII, c/c art. 60, *caput* e § 1º, do CDC, pode ser imposta administrativamente pelos órgãos oficiais em caso de publicidade ilícita. Não há registros de nenhuma situação em que o Estado tenha feito valer essa norma, inclusive desempenhando seu dever de interferir no mercado de consumo e realizando, ele mesmo – e às custas do fornecedor abusivo – a contrapublicidade.

A característica de grande capilaridade da publicidade pode culminar com a impossibilidade de reversão dos efeitos danosos, não sendo, portanto, a multa, por exemplo, ou a condenação em indenizar as alternativas que devem nortear o propósito de reverter os malefícios da publicidade abusiva.

A situação converte-se em algo particularmente problemático quando se trata de publicidade infantil, justamente porque a sanção acaba sendo ainda mais ineficaz em razão dos destinatários, os quais não possuem condições de compreender a função da sanção – seja ela a contrapublicidade, a multa – ou, ainda, a condenação em indenizar. “Até os cinco anos, as crianças são incapazes de perceber as diferenças entre a programação televisiva e os anúncios; superada essa idade, as crianças não reconhecem, na publicidade, sua função persuasiva.”²³

A discussão sobre a ineficácia da contrapublicidade, desse modo, que já é relevante quando se fala de publicidade ilícita em geral, torna-se ainda mais pertinente em se tratando de publicidade infantil, sobretudo por representar medida insuficiente à eliminação dos danos. É insuficiente, mas não deve ser abandonada enquanto uma regulação firme não ocorra e demonstre efetividade.

Resta evidenciada, portanto, a urgência de regulação da publicidade de alimentos pobres em nutrientes. Essa medida deve, por sua vez, levar em consideração a necessidade de mudar o destinatário da mensagem, direcionando-a, assim, aos pais. Outra medida relevante é a imposição de restrição de horário, justamente por robustecer essa modificação de destinatário, além de apresentar-se como plenamente aplicável à publicidade, com base nos arts. 220, § 3º, II, c/c art. 221 da CF/88.

Em última análise, se a programação televisiva admite limitações de conteúdo, com maior razão deve admitir a aplicação de limitações à publicidade, cujo escopo é eminentemente comercial. Todo esse quadro vem em respaldo de um aspecto da tutela que vem sendo pouco valorizado: a prevenção.

Conclusões

Lançamos, inicialmente, três questionamentos: se as crianças não têm o poder econômico de consumir, por que há tanta publicidade dirigida a elas? Se a publicidade abusiva é ilegal, por que está assentado no Brasil que é possível anunciar para as crianças? Por fim, quem está autorizado a dizer qual o limite aceitável de abordagem publicitária das crianças?

Após considerarmos os dados de realidade acima dispostos, as respostas às indagações são apenas fruto da evidência melancólica de que os direitos dos consumidores, como tem ocorrido em todo o Ocidente, têm sido manejados

como direitos menores, pouco interessantes e, com isso, mais facilmente aviltados, desrespeitados, desconhecidos e, por fim, consideravelmente ineficazes em vários campos, notadamente o da publicidade.

A publicidade vem sendo direcionada às crianças porque elas são mais facilmente enredadas nas teias do consumo e na sedução dos anúncios, ao mesmo tempo em que sua capacidade de influir e estimular o consumo nas famílias já é largamente conhecida. As crianças, que estão expostas, em média, a cinco horas de conteúdo televisivo diárias, são os maiores agentes de repercussão de produtos e serviços anunciados.

As crianças, com sua dificuldade de julgamento, com sua impossibilidade de percepção, recebem todo o impacto dos anúncios e o transmitem a pais e cuidadores que, por sua vez, além de consumidores vulneráveis, desconhecem o processo de alienação a que foram expostas as crianças. Em um mundo que tem na linguagem midiática o seu motor, a criança é o vetor que melhor repercute mensagens. Por isso os fornecedores anunciam para crianças. Ainda que elas nada possam adquirir, elas influem, decisivamente, na aquisição de produtos e serviços.

No Brasil, anuncia-se diretamente ao público infantil porque os direitos dos consumidores sofrem de ineficiência e ineficácia. O país que tem um dos conjuntos mais bem elaborados e pensados de tutela dos consumidores, senão o melhor, é o mesmo país que não consegue realizar essa tutela. A Política Nacional de Defesa do Consumidor, proposta no ano de 1990, 23 anos depois ainda não encontrou seu eixo ou seu balizamento ótimo. Temos direitos excelentes estranhados em uma realidade horrorosa. Publicidade dirigida ao público infantil é abusiva e, portanto, ilegal. Não deveria existir. Mas não apenas existe, como recebe, inclusive, tutela no Brasil.

Em meio à publicidade dirigida às crianças, ressaltamos o grave problema dos alimentos de baixo teor nutricional e alto teor calórico. A publicidade dos alimentos ultraprocessados utiliza falsos dados nutricionais e é desenvolvida a partir do uso abusivo e distorcido de ferramentas lúdicas – animações, celebridades de programas infantis, crianças-modelos, personagens licenciados e reconhecidos no universo infantil –, veiculadas em praticamente todos os suportes de mídia (televisão, rede mundial de computadores, revistas adultas e infantis), consubstanciando verdadeira afronta ao direito fundamental das crianças a uma alimentação saudável, equilibrada e à garantia de proteção à sua saúde e segurança²⁴.

Essa publicidade desrespeita, também, o direito das crianças de desenvolverem-se livres de constrangimentos e protegidas dos assédios mais

incisivos da sociedade do hiperconsumo e do consumismo. A Constituição Federal é clara ao elevar os interesses da criança ao patamar máximo no Brasil. Nesse ponto, nosso ordenamento jurídico anda bem ao tratar o melhor interesse da criança como princípio e também como regra, o que deveria ser um óbice à manipulação desse direito fundamental. Não obstante, os fatos contrariam as ideias e a lei.

Não há, em todo o ordenamento jurídico brasileiro, um único ambiente onde se delegue a quem quer que seja a prerrogativa de dizer qual o limite aceitável de abordagem publicitária das crianças. Não há esse limite porque veicular publicidade dirigida às crianças é ilegal e a ilegalidade não costuma admitir balizamentos que a disfarcem. O que há, sem dúvidas, é a proibição dessa abordagem. Nossas crianças são protegidas por lei e permanecem expostas a toda sorte de práticas comerciais, publicitárias e engodos pelo mercado.

Negligência, descaso com a lei, frouxidão moral no cumprimento e no fazer cumprir a lei, ausência de vontade política de realizar a proteção dos consumidores e voracidade empresarial juntas produzem os resultados conhecidos: desinfetantes cor-de-rosa, sabão em pó com estrelinhas brilhantes, carros anunciados por crianças e, por fim, crianças oneradas com as decisões e escolhas de consumo.

Notas

¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 9, jan.-mar. 1994, p. 30-1.

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. *Revista Crítica Jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 24, dez.-jan. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr/pr18.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012, p. 276.

³ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 1, mar. 1992, p. 150.

⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. *Revista Crítica Jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 24, dez.-jan. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr/pr18.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012, p. 276.

⁵ DENARI, Zelmo. A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, 1992, p. 135.

⁶ MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. O impacto da mídia publicitária e relacional na formação de consumidores jovens e adultos. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. II, n. 3, 2012, pp. 97-98.

⁷ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco. *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária: Revista dos Tribunais, 2008, p. 842-3.

⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. *Revista Crítica Jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 24, dez.-jan. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr/pr18.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012, p. 273.

⁹ FERNÁNDEZ, Marta Morillas. La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. III, n. 10, 2013, p. 127-8.

¹⁰ BAKAN, Joel. *Childhood under siege: how big business targets children*. New York: Free Press, 2011, p. 55.

¹¹ GONÇALVES, Tamara Amoroso. Impactos da publicidade de alimentos dirigida a crianças: questões éticas e legais. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. I, n. 4, 2011, p. 188.

¹² Essa descrição é declarada no próprio site do centro. Disponível em: < http://www.yaleruddcenter.org/who_we_are.aspx>. Acesso em 24 set. 2012.

¹³ BAKAN, Joel. *Childhood under siege: how big business targets children*. New York: Free Press, 2011, p. 54.

¹⁴ BAKAN, Joel. *Childhood under siege: how big business targets children*. New York: Free Press, 2011, p. 59.

¹⁵ Essa preocupação com a relação entre obesidade e publicidade televisiva direcionada para crianças e jovens foi apontada no relatório “*Trends in television food advertising: progress in reducing unhealthy marketing to young people?*”. Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_2.10.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011, p. 1.

¹⁶ HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. *Trends in television food advertising to young people: 2010 update*. Disponível em: < http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_6.11.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011, p. 2.

¹⁷ HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. *Trends in television food advertising to young people: 2010 update*. Disponível em: < http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_6.11.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011, p. 2.

¹⁸ HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. *Trends in television food advertising to young people: 2010 update*. Disponível em: < <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/repZ>, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. *Trends in television food advertising to young people: 2010 update*. Disponível em: < [orts/RuddReport_tvFoodAdvertising_6.11.pdf](http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/repZ)>. Acesso em: 3 dez. 2011, p. 2.

¹⁹ FERRAZ, Mariana. *Carta à sociedade brasileira em defesa da regulamentação da publicidade de alimentos não saudáveis como direito de cidadania*. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/carta-a-sociedade-brasileira-em-defesa-da-regulamentacao-da-publicidade-de-alimentos-nao-saudaveis-como-direito-de-cidadania>>. Acesso em 9 jan. 2013.

²⁰ Instituto ALANA. *Vitória na Assembleia Legislativa de SP!* Disponível em: <<http://defesa.alana.org.br/post/38392536606/vitoria-sao-paulo-direitos-da-crianca>>. Acesso em 14 jan. 2013.

²¹ LINN, Susan. *Crianças do consumo: a infância roubada*. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006, p. 22.

²² GONÇALVES, Tamara Amoroso. Impactos da publicidade de alimentos dirigida a crianças: questões éticas e legais. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. I, n. 4, 2011, p. 194.

²³ FERNÁNDEZ, Marta Morillas. La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. III, n. 10, 2013, p. 126.

²⁴ GONÇALVES, Tamara Amoroso. Impactos da publicidade de alimentos dirigida a crianças: questões éticas e legais. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. I, n. 4, 2011, p. 188.

Referências

BAKAN, Joel. *Childhood under siege: how big business targets children*. New York: Free Press, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 9, jan.-mar. 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. *Revista Crítica Jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 24, dez.-jan. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr/pr18.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

DENARI, Zelmo. A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, 1992.

FERNÁNDEZ, Marta Morillas. La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. III, n. 10, 2013.

FERRAZ, Mariana. *Carta à sociedade brasileira em defesa da regulamentação da publicidade de alimentos não saudáveis como direito de cidadania*. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/carta-a-sociedade-brasileira-em-defesa-da-regulamentacao-da-publicidade-de-alimentos-nao-saudaveis-como-direito-de-cidadania>>. Acesso em 09 jan. 2013.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. Impactos da publicidade de alimentos dirigida a crianças: questões éticas e legais. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. I, n. 4, 2011.

HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. *Trends in television food advertising to young people*: 2010 update. Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_6.11.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011.

Instituto ALANA. *Vitória na Assembleia Legislativa de SP!* Disponível em: <<http://defesa.alana.org.br/post/38392536606/vitoria-sao-paulo-direitos-da-crianca>>. Acesso em 14 jan. 2013.

LINN, Susan. *Crianças do consumo: a infância roubada*. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 1, mar. 1992.

MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. O impacto da mídia publicitária e relacional na formação de consumidores jovens e adultos. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. II, n. 3, 2012.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco. *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária: Revista dos Tribunais, 2008.