

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUANA TESCH XAVIER**

**A PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO NA  
PUBLICIDADE DA INDÚSTRIA ALIMENTÍCIA**

VITÓRIA  
2018

LUANA TESCH XAVIER

**A PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO NA  
PUBLICIDADE DA INDÚSTRIA ALIMENTÍCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória  
– FDV, como requisito para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.  
Orientador: Profº Dr. Paulo Neves Soto.

VITÓRIA

2018

## RESUMO

O presente trabalho mostra uma análise sobre a atividade publicitária dirigida ao público infantil, especificamente quanto a publicidade da indústria alimentícia. A partir do atual cenário de múltiplas propagandas de alimentos, da ampliação dos meios de divulgação de mensagens publicitárias e, conseqüentemente, do maior acesso a essas por parte das crianças, verificou-se a necessidade de discutir a proteção do menor na condição de pessoa em desenvolvimento frente a liberdade de expressão das empresas de promoverem os produtos. Para tanto, apresentou-se a teoria dos princípios e especificadamente os princípios constitucionais envolvidos em questão; o regime legal existente sobre a temática e, o debate em torno da publicidade infantil juntamente com direito comparado. O trabalho propõe uma regulamentação dessa prática publicitária direcionada as crianças, para isso utilizou-se como parâmetro as legislações já existentes em outros países. De modo que, tanto a criança e o adolescente, quanto as empresas, permaneçam com os direitos respeitados, havendo apenas a restrição de um em detrimento do outro devido a ponderação entre eles.

**Palavras-chave:** Publicidade infantil; Liberdade de expressão; Alimentos.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>04</b>
<b>1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS .....</b>	<b>07</b>
1.1 CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS .....	07
1.2 PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM EM FAVOR DA PUBLICIDADE INFANTIL .....	11
1.3 PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM EM FAVOR DA PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO .....	14
<b>2 REGIME LEGAL DA PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO NA PUBLICIDADE .....</b>	<b>17</b>
<b>3 PUBLICIDADE INFANTIL .....</b>	<b>25</b>
3.1 REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL .....	28
3.2 RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE INFANTIL NO DIREITO COMPARADO .....	31
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>34</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>36</b>

## INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, percebe-se, no contexto de globalização, a expansão dos meios de comunicação. Assim, além dos convencionais como jornais, rádio, outdoors e televisão, há também os celulares, computadores e *tablets*, os quais são movidos pela internet. Esta expansão ocorreu de tal forma a ponto de tornar cada vez mais acessível a sua utilização no cotidiano das pessoas. Desse modo, essa acessibilidade também alcança certas crianças.

Menores de 12 anos já são usuários de celulares, computadores e *tablets*. Mesmo que não seja da criança e, sim, de algum parente ou conhecido, elas já entram em contato muito novas. A questão é que todos esses meios de comunicação trazem publicidades, então as crianças estão cercadas por propaganda a todo momento, seja em casa ou na rua.

Por causa da pouca idade, são ingênuas e o desenvolvimento intelectual crítico ainda se encontra incompleto, fazendo com esse grupo seja de fácil manipulação. Junto a isso, há certas propagandas direcionadas especificamente a crianças, e se aproveita da própria condição destas de pessoas em formação.

Por outro lado, deve-se considerar e relacionar com a atual sociedade capitalista. O pensamento de consumir mais e mais está disseminado em quase toda população, pois as empresas almejam o consumo rápido, querem adquirir lucro a todo e qualquer custo, mesmo que para isso, tenha que utilizar de artifícios para atrair crianças. Estas, por não possuírem capacidade civil, chamam a atenção dos pais para a aquisição do produto.

Diante disso, surge diversos problemas para a criança, influenciando negativamente na personalidade, saúde e desenvolvimento crítico. Além de afetar a relação familiar e a sociedade em um todo.

Para restringir o tema abordar-se-á em destaque a problemática das propagandas alimentícias infantis. O Estatuto da Criança e do Adolescente protege o menor quanto

isso, contudo, as empresas têm assegurado o direito de veicular propaganda nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que trata do direito fundamental à liberdade de expressão.

Neste contexto, o presente trabalho tem por objetivo responder à seguinte indagação: Por quais razões o regime legal existente na questão que envolve publicidade infantil não é respeitado pelas empresas da indústria alimentícia? Ou seja, a pergunta é se essa proteção contida nas legislações brasileiras, é suficiente para cuidar da vinculação de uma propaganda de alimentos para crianças.

Além desse objetivo geral, o trabalho tem como objetivos específicos compreender a proteção integral da criança e do adolescente a partir da previsão legal brasileira; analisar a propaganda alimentícia infantil como direito de expressão de acordo com a Constituição e, porque a previsão legal na questão que envolve publicidade infantil permanece desrespeitada e insuficiente para a proteção do menor.

A presente pesquisa é relevante pois abrange importância social, já que o efeito da publicidade na criança afeta toda a sociedade. Acarreta desde problemas no desenvolvimento e a saúde delas, o que resultaria no futuro em um problema de toda uma geração, a qual seria manipulada por publicidade, visto que desde menores sofrem alienação para consumir.

Sem salientar essa questão, a sociedade de consumo seria ressaltada e, com isso, o senso crítico também seria afetado. Além disso, o consumo de alimentos não saudáveis (maioria nas propagandas infantis) pode ocasionar sérios problemas de saúde como diabetes e hipertensão. Fato que ampliaria os necessitados de assistência médica, além de contribuir para uma sociedade mais doente.

Em razão da temática do presente trabalho, a metodologia a ser utilizada no estudo será a dialética de Engels. Juntamente com Marx, Engels desenvolveu o materialismo dialético com o propósito de atingir explicações racionais acerca das vivências do ser humano.

Tendo em vista que a publicidade infantil é um fenômeno que atinge toda a sociedade tanto na esfera das ideias quanto no social, se encaixa o método dialético de Engels. Além disso, uma das principais características dessa metodologia é o princípio da contradição.

Dessa maneira, percebe-se que quanto a propagandas direcionadas ao público infantil, de um lado há o direito da criança à devida proteção, do outro, há o direito de expressão pelo qual as empresas promovem os produtos à venda. Assim, é necessário avaliar ambos e os elementos positivos e negativos presentes.

No capítulo 1 abordar-se-á a teoria dos princípios e o conflito existente entre os princípios que orientam em favor da publicidade e, os que orientam em favor da proteção da pessoa em desenvolvimento. A fim de estabelecer uma ponderação entre estes no caso concreto.

No capítulo 2 será tratado o regime legal da proteção da criança e do adolescente na atividade publicitária, perpassando desde a Constituição da República Federativa do Brasil, o Código de Defesa Do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente até atos normativos como resoluções. Com o intuito de demonstrar a previsão legal já existente do tema.

Por fim, no capítulo 3 será o tema específico, apresentando argumentos a favor e contra e a possibilidade de regulamentação dessa prática publicitária. Para aprofundar o estudo, acrescentou-se o direito comparado com a intenção de demonstrar como essa questão já é tratada em outros países e a sugestão de adotar-se legislação semelhante no Brasil.

# 1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

## 1.1 CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

Antes de adentrar na temática do presente trabalho, cabe neste primeiro capítulo, delinear a natureza das normas princípios e das normas regras e a distinção destas. Assim como os princípios envolvidos nos dois lados e a ponderação necessária.

De acordo com Edilson Pereira de Farias (2000, p. 24)

[...] os princípios constituem critérios objetivos do processo de interpretação-aplicação do direito, ao exigirem do operador jurídico a referência obrigatória aos mesmos, controlando-se, assim, a discricionariedade do interprete-aplicador, evitando que este lance mão de valorações meramente subjetivas. Assim, é corrente asseverar que os princípios cumprem um papel de limite da interpretação. Além disso, os princípios são úteis ainda para colmatação de lacunas da lei, desenvolvimento do direito, resolução de conflito de normas [...]

Diante dessa perspectiva, os princípios começam a se destacar mais nas questões de interpretação constitucional, possuindo maior importância e se tornando instrumento essencial para o direito constitucional. Então as normas, tanto princípios quanto regras, possuem força normativa obrigatória, vinculando todos, inclusive o legislador e o intérprete da Constituição.

O ordenamento jurídico é composto por normas jurídicas (gênero) de duas espécies, sendo os princípios e as regras.

No entanto, com relação a distinção entre princípios e regras, há pelo menos duas concepções: a que propugna que ela ocorre apenas a nível de grau; e a outra, que defende que a diferença é qualitativa entre princípios e regras. Esta pode ser denominada concepção forte; e a outra, concepção débil dos princípios. (FARIAS, 2000, p. 25)

A concepção forte dos princípios considera que a distinção entre princípios e regras é lógica e qualitativa. Essa visão é importante, pois demonstra que o sistema jurídico além do amparo explícito das regras, amplia-se ao mundo dos valores éticos, políticos, representados pelos princípios. Assim como apresenta suporte para a argumentação nos chamados *hard cases*.



Já a concepção débil dos princípios parte de que não há distinção clara entre princípios e regras. Nessa ideia, os princípios não teriam capacidade de solucionar por completo determinado caso ou acabar com a discricionariedade, haja vista que não possui a característica de tudo ou nada como normalmente as regras apresentam.

Visto isso, é necessário apresentar a distinção substancial entre princípios e regras, diante das contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Trata-se da ideia de peso ou importância dos princípios e os princípios como mandados de otimização, respectivamente.

Para Ronald Dworkin a distinção entre princípios e regras é de caráter lógico.

Tal distinção residiria especialmente no fato de que os princípios “não expressam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando se dão as condições previstas”. Ao revés, as regras são aplicadas à feição de “*all-or-nothing*”, isto é, “se ocorrem os fatos estabelecidos por uma regra, então: ou a regra é válida, e em tal caso, deve-se aceitar a resposta que ela fornece; ou a regra é inválida, e em tal caso, não influi na decisão”. (FARIAS, 2000, p. 27)

Enquanto as regras são aplicadas de modo “tudo ou nada”, ou seja, são válidas ou inválidas, havendo sempre a aplicação ou o descarte em caso de não se enquadrar no caso concreto, os princípios, por sua vez, não apresentam resultados determinados e iguais para toda situação. Estes dependem da análise de cada caso e podem ser interpretados de diversas formas.

No modo de aplicação, Dworkin entende que “os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios” (ÁVILA, 2014, p. 65). Posto isso, afere-se que os princípios em si não trazem uma resposta definida, apenas argumentos, os quais combinados com outros corroboram na resolução do conflito. Distinguindo-se das regras, que serão aceitas caso ocorra o estipulado nela, ou se não houver o enquadramento, rejeitadas.

Consoante ao conflito normativo, completa que os princípios detêm uma *dimensão de peso ou da importância*, inexistente nas regras, “que se exterioriza na hipótese de

colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe sobre ao outro, sem que este perca sua validade” (ÁVILA, 2014, p. 73).

Constata-se isso de maneira clara na situação de dois ou mais princípios conflitarem entre si. A solução, nesse caso, levaria em consideração o peso ou importância relativa de cada princípio, para que houvesse a escolha de qual princípio prevaleceria no caso em questão. Se fosse uma colisão de duas regras, o raciocínio é outro, haja vista que só uma regra pode ser válida no caso concreto, cabendo ao intérprete decidir qual será.

A favor da concepção forte dos princípios, Robert Alexy parte que

[...] entre regras e princípios existe não só uma diferença gradual senão qualitativa. Ele assevera que os princípios são normas que prescrevem algo para ser efetivado da melhor forma possível, tendo em conta as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, os princípios seriam “*mandatos de optimización*” que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes. (FARIAS, 2000, p. 30)

Contrariamente a isso, as regras, que restritas a lógica do tudo ou nada, serão cumpridas ou não. A distinção entre ambos é mais percebida na solução dos casos de colisão dos princípios e das regras, nesse aspecto a fala de Alexy é semelhante a de Dworkin.

Quando se trata de regra, uma das conflitantes terá declarada sua invalidez ou exceção, já no caso dos princípios se analisa a dimensão do peso, em “que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso” (FARIAS, 2000, p. 31), não havendo o critério validade, pois ao afastar um princípio este não é considerado inválido por isso.

Alexy aborda a questão da “máxima da proporcionalidade”, dessa forma, os princípios como mandatos de otimização em relação as condições reais e jurídicas, implicam essa “máxima” na qual analisa-se a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de cada princípio no conflito. Ou seja, se é adequado o meio para se obter o resultado; se foi possível a aplicação do meio menos gravoso para restrição

de um princípio em razão de outro e se proporcionalmente há outro princípio a ser prevalecido.

Referente ao modo de aplicação,

[...] apesar de atribuir importância à criação de exceções e de salientar o seu distinto caráter *prima facie*, define as regras como normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas. Segundo o autor, as regras instituem obrigações definitivas, já que não superáveis por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes. (ÁVILA, 2014, p. 65-66)

Significa que não há sequer uma ponderação entre as regras conflitantes, haja vista que se trata de obrigações definitivas, isto é, não há como ser superada ou suprimida em razão de outra regra. Ao revés, os princípios estabelecem obrigações *prima facie*, pelo fato de serem superáveis em uma situação de colisão, havendo a necessidade de se ponderar qual princípio prevalece.

Quanto ao conflito normativo, Alexy sustenta que

No caso de colisão entre os princípios a solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas concretas, recebe a prevalência. Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica, naquele entre princípios o conflito já se situa no interior dessa mesma ordem. (ÁVILA, 2014, p. 73-74)

Portanto, no caso deste trabalho, não há como estabelecer de imediato um princípio prevalecente, todavia, ao decorrer do próximo tópico serão analisados os princípios favoráveis a publicidade infantil e os contrários a essa prática. Assim, ao longo dos fundamentos expostos será possível perceber a ponderação nessa colisão de princípios.

## 1.2 PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM EM FAVOR DA PUBLICIDADE INFANTIL

Dentro dessa discussão cabe analisar o direito das empresas de liberdade de expressão. O direito à liberdade de expressão está expresso no artigo 5º, inciso IX e no artigo 220, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (BRASIL, 1988)

Esse direito representa a segurança de se manifestar o que deseja sem sofrer represália por isso, perante ele é possível expressar opiniões e informações livremente sem que seja restrito. Contudo, como os artigos supracitados expressam, a liberdade de expressão está livre de censura ou restrição observado os termos da Constituição.

Dessa forma, há certos casos que esse direito está sujeito a limitação. Por mais que haja essa garantia, se tem o resguardo de que, quando necessário, esse direito deve ser restrito. Isso ressalta a premissa de que nenhum direito é absoluto, ou seja, assim como a liberdade de expressão é protegida, ela não pode comprometer outro direito.

A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura. Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas com válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. (MENDES, 2015, p. 264-265)

Mediante tal direito, fica evidente que a intenção dessa proteção constitucional é para que o Estado não possa controlar as informações que chegam a população de acordo com o próprio interesse. Todavia, é salvo no próprio artigo 220 a existência de exceções a essa liberdade.

Uma importante colocação é que as empresas publicitárias colocam o direito à liberdade de expressão como única premissa e não respeitam outros direitos que vão de encontro a este. Por exemplo na questão das crianças, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual preza pelos direitos do menor, sendo que este não é levado em consideração quando se cria um *marketing* direcionado para o público infantil desconsiderando os direitos destes.

Uma das conceituações desse direito é que

[...] consiste na faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão [...]

[...] a liberdade de expressão, por ter conteúdo subjetivo e abstrato, não se encontra submetida ao limite interno da verdade [...] (FARIAS, 2004, p. 54-55)

Afere-se que por mais que haja essa liberdade de expressão, devido possuir conteúdo subjetivo, não é possível confirmar a veracidade das informações. Com isso, percebe-se que apesar dessa faculdade existir, pode ser que as informações, notícias ou qualquer outra coisa veiculada não esteja totalmente verdadeira podendo ocasionar danos ao consumidor, conforme a presente discussão do trabalho.

Por outro lado, Edilsom Pereira de Farias (2000, p. 20) destaca “[...] a liberdade de expressão e informação de vital importância para a formação do pluralismo político e para o bom funcionamento de regime democrático”. Então deve haver a ponderação diante do caso concreto de até onde essa liberdade está sendo exercida para contribuir na formação da pessoa.

Vale ressaltar o fato de que não é porque existe a liberdade de expressão que se pode veicular nos meios de propaganda o que quiser. O lado que recebe a notícia, informação, opinião ou publicidade deve ter os direitos protegidos do mesmo modo.

Outro princípio relevante na discussão é da livre iniciativa. Pelo fato das empresas terem o direito de promoverem seus produtos visando maior lucro econômico, cabe tratar do que se trata esse princípio. Primeiramente, está previsto nos artigos 1º, inciso IV e artigo 170 da Constituição Federal.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (BRASIL, 1998)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (BRASIL, 1998)

Conforme supracitado, assim como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a livre iniciativa, a ordem econômica também é fundada nesse princípio. O qual é importante para assegurar a ordem capitalista e a economia de mercado, visto que se trata de uma liberdade individual que as empresas e indústrias possuem para atuar no meio econômico.

Segundo Maria Inês de Assis Romanholo (2014, p. 162)

[...] os indivíduos e as empresas têm o direito de exercer suas atividades econômicas sem interferência abusiva do Estado. A livre iniciativa representa também um valor, um ideal do sistema capitalista, na medida em que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

As empresas possuem liberdade para se desenvolverem economicamente sem que o Estado possa interferir de forma abusiva. A livre iniciativa, portanto, garante a todos autonomia para exercer atividade econômica, como valor do sistema capitalista, sem necessidade da autorização do Estado, exceto quando previsto.

Independentemente do modelo de constituição econômica adotado pelo constituinte, [...] enquanto não rompido o sistema econômico de mercado [...], o valor preponderante inescapavelmente deve ser a liberdade econômica ou a livre iniciativa. Há pouca tradição de enaltecimento [...] de uma liberdade fundamental inerente ao regime democrático como acontece nos Estados Unidos.

Mesmo diante da atual Constituição, muitos juristas renomados têm defendido que, quando houver a colisão de princípios em um caso concreto, deverá optar-se pela dignidade da pessoa humana, como se a “questão social” preponderasse sobre a “questão econômica”. (TIMM, 2007, p. 111-112)

Em outras palavras, enquanto vigorar o sistema capitalista, a livre iniciativa deve ser o ideal predominante. Todavia, já há entendimentos que no caso de colisão de princípios, na ponderação de qual princípio deve prevalecer, defende-se que o

princípio da dignidade da pessoa humana prepondera sobre a livre iniciativa. Em virtude disso, cabe dissertar sobre a proteção da pessoa em desenvolvimento.

### 1.3 PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM EM FAVOR DA PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO

É de suma importância tratar o princípio da proteção integral da criança e sua condição de pessoa em desenvolvimento. Quanto a isso, Martha de Toledo Machado em sua obra “A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos” aborda de maneira clara o assunto.

[...] por se acharem na peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento – crianças e adolescentes encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, ensejadora da outorga de um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude.

Crianças e adolescentes são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade. (MACHADO, 2003, p.109)

Isso significa que são mais frágeis em relação aos adultos, o que faz com que precisem ser mais protegidas, pois já que a personalidade se encontra incompleta não possuem total poder de seus direitos nem plena capacidade de defendê-los. Dessa forma, há a necessidade da proteção integral da criança e com especial consideração de sua condição.

Além disso, entende que “na base da noção de proteção integral está a ideia de efetivação dos direitos fundamentais”, ou seja, é preciso que os chamados direitos sociais das crianças tais como: saúde, educação, direito à alimentação e profissionalização sejam efetivados se não a material proteção dos direitos fundamentais não ocorrerá.

Cabe lembrar do direito de opinião das crianças e adolescentes em decorrência do princípio da proteção integral. Por mais que sejam civilmente incapazes e estejam ainda em desenvolvimento, não significa que a opinião deles não deve ser escutada. Deve-se levar em consideração a manifestação de vontade da criança e tentar

conciliar o que lhes faz melhor com o que eles querem, visando sempre a proteção dos direitos deles.

Assim como qualquer pessoa, a criança tem certos direitos garantidos como o direito à vida, à saúde, à educação, dentre outros elencados no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Junto a esse, tem-se também o artigo 227 regulando o tema mais especificamente.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Ao analisar estes, percebe-se que primeiramente a criança tornou-se um sujeito de diversos direitos e tem prioridade na proteção e resguardo destes. Além disso, é notável como vários direitos presentes no artigo 6º estão novamente elencados no artigo 227, o que demonstra a relevância destes no âmbito do impúbere.

Ressalta-se a condição da criança e do adolescente de pessoa em desenvolvimento, ou seja, devido ao fato de não terem desenvolvido por completo fisicamente, mentalmente e quanto a personalidade são mais vulneráveis em comparação com outras pessoas. Isso significa que precisam de um cuidado especial para que alcancem o pleno desenvolvimento da maneira mais saudável possível.

Tendo em vista isso, entende-se a preocupação quanto a propaganda publicitária dirigida a criança e o reforço de proteção desta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Com este, o direito da pessoa em desenvolvimento ganhou autonomia e prioridade, sendo buscado a partir de então o melhor para o interesse da criança e do adolescente.

Além de ser dever dos pais a proteção deste, cabe também ao Estado e a sociedade proteger o jovem e os direitos dele. Quanto a isso, destaca-se o caráter prioritário que



este direito tem, isso representa que acima de outras questões, a defesa e proteção da criança e do adolescente deve vir em primeiro lugar.

## 2 REGIME LEGAL DA PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO NA PUBLICIDADE

A problemática entre a publicidade infantil e o direito da pessoa em desenvolvimento já possui legislação nacional e internacional sobre. Esse controle legal está presente na Constituição Federal de 1988; na Lei 8078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); na Lei 8069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); na Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) dentre outras a ser trabalhadas a seguir.

Seguindo a ordem hierárquica dos dispositivos, primeiramente deve-se apresentar a previsão da proteção da criança e do adolescente na Constituição Federal. Esta se encontra nos artigos 6º e artigo 227, § 3º, inciso V.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; (BRASIL, 1998)

Conforme já delineado no primeiro capítulo do presente trabalho, os artigos 6º e 227 possuem uma série de direitos em comum. Como sujeito de direitos, a criança é assegurado com absoluta prioridade o direito à saúde, à dignidade e ao respeito, restando claro a necessidade de proteção destes.

Ademais, o artigo 227, § 3º, inciso V, abrange a questão da proteção especial, de modo que deve-se respeitar a condição de pessoa em desenvolvimento, principalmente quando for necessário utilizar uma medida privativa de liberdade.

Dessa forma, pode-se fazer a análise de que no caso de privação da liberdade de expressão e da livre iniciativa na questão da publicidade infantil, seria em detrimento do princípio da proteção especial da pessoa em desenvolvimento.

Dentre os direitos sociais previstos no artigo 6º se encontra o direito da proteção à infância. O menor deve ter resguardado a infância para que não seja exposto e prejudicado por terceiros, e possa aproveitar a infância da melhor forma possível sem ter sua saúde, vida ou dignidade violadas.

No Código de Defesa do Consumidor (CDC) na Seção III “da Publicidade”, os artigos 36 e 37 apresentam suporte para a discussão.

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

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

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (BRASIL, 1990)

Quanto o artigo 36, fica claro que o público ao qual a publicidade deseja alcançar deve, facilmente e de forma imediata, identificar a publicidade como tal. O objetivo desse dispositivo é justamente proteger o consumidor de possíveis enganações, conforme disserta Claudia Lima Marques.

[...] O princípio da identificação obrigatória da mensagem publicitária, instituído no art. 36, tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor, no intuito de vender-lhe algum produto ou serviço. Este princípio serve, de um lado, para proibir a chamada publicidade subliminar, que no sistema do CDC seria considerada prática de ato ilícito, civil e mesmo penal. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2016, p. 997)

Posto isso, de modo algum é autorizado o *merchandising* direcionado para o crianças e adolescentes, visto que se não conseguem compreender nem a publicidade, não se pode esperar que sejam hábeis para separar o conteúdo televisionado da atividade

publicitária. A criança não pode ser considerada um consumidor consciente, justamente por não estar apta ainda para discernir sobre o conteúdo publicitário.

Já o artigo 37 trata da proibição da publicidade enganosa ou abusiva. Utilizando-se do pensamento de Antônio Herman V. Benjamin (2017, p. 308), a publicidade é enganosa quando o consumidor é direcionado ao erro, mesmo que não seja, de fato, enganado, basta o potencial de ser. Todavia, a qualificação 'enganosa' não se limita apenas à publicidade falsa. Mesmo quando correta, a publicidade pode ser enganosa, caso haja omissão de uma informação essencial, ou se por algum motivo leva o consumidor a interpretá-la equivocadamente.

Já a publicidade abusiva, conforme Claudia Lima Marques (2016, p. 1008) aduz, "é, em resumo a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a sociedade como um todo". Isso, pois a publicidade pode ser, referente a informação, verídica e correta e, ainda assim, existir a proibição dela devido ao fato de ser taxada abusiva.

Ada Pellegrini Grinover e outros autores do anteprojeto do CDC (2011, p. 358) relatam ainda, a respeito da publicidade direcionada ao público infantil, sobre a qualidade de hipossuficiente das crianças e, conseqüentemente de consumidor vulnerável, conforme estabelecido no Código de Defesa do Consumidor.

A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em conseqüência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de uma certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo.

Tendo isso posto, é possível estabelecer que toda publicidade direcionada ao público infantil é abusiva. Pelo fato de se as crianças não possuem condições de compreender a atividade publicitária, isto é, a mensagem intrínseca transmitida a ela, permanecerão tendo exploradas pelo meio publicitário a falta de formação de julgamento das mesmas.

Cabe discorrer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), criado em julho de 1990. Essa lei infraconstitucional tem por função a proteção integral da criança e do adolescente, para isso, determina como dever do Estado, da sociedade e da família conceder as garantias elencadas no artigo 4º do Estatuto, assim como, a proteção nos casos no 5º artigo.

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (BRASIL, 1990)

Em vista disso, observa-se que o ECA promove a dignidade da pessoa humana assegurando esses direitos aos impúberes. Cabe ressaltar, que o Estatuto delimita como criança quem se encontra na faixa etária de até doze anos de idade e, adolescente de doze anos até 18 anos.

Garante ainda o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente visando o melhor na formação destes que ainda se encontram em condição de pessoa em desenvolvimento. Com a criação desse Estatuto o menor passou a ser um sujeito de direitos, possuindo até garantia de prioridade como elenca o parágrafo único do artigo 4º do mesmo.

Art. 4º [...]

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990)

Diante desse contexto, é visível a prioridade de se preservar o direito da criança protegendo a mesma de propagandas que farão mal a própria em diversos aspectos como na saúde mental e física. Mesmo que para isso outro direito fundamental seja limitado, nesse caso deve-se priorizar a proteção do menor em detrimento da publicidade infantil direcionada a eles.

Ressalta-se o fato de que esse público infanto-juvenil não tem ainda capacidade plena nem total formação de personalidade, o que os torna mais vulneráveis. Ou seja, “[...] por serem pessoas em desenvolvimento deverão as crianças e adolescentes ter todas as oportunidades e faculdades para potencializarem o seu estado físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, p.93)

Cabe o respeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente quanto a importância de se proteger os direitos das crianças e preservar pela saúde dessas. Para que as mesmas possam ter um desenvolvimento sadio e possam formar a personalidade da forma como queiram, sem sofrer qualquer persuasão pelos meios de comunicação.

Tendo isso em vista, Liberati (2003, p.19) reforça ao dizer que

Por absoluta prioridade devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes [...]

Nossos tribunais têm reiteradamente, e com acerto, firmado entendimento reconhecendo que o interesse da criança e do adolescente **deve prevalecer sobre qualquer outro interesse, quando seu destino estiver em discussão** [...] (Grifo nosso)

Confirma-se o argumento apresentado, por mais que haja outro direito em questão ao se ponderar qual no caso concreto mais afeta o sujeito de direito se for restringido, prioritariamente é necessário considerar a criança. Como o autor aborda, se o destino do menor se encontra em discussão e, no caso, é a saúde e proteção do mesmo, o ECA precisa prevalecer diante da publicidade infantil.

Outra previsão que aborda a temática é o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), criado pela Lei n. 8.242 de 12 de outubro de 1991. A este compete, constitucionalmente, o dever de zelar pela correta aplicação dos dispositivos de proteção ao público infantil no país. Para viabilizar isso, edita Resoluções estabelecendo normas a serem seguidas devido sua força normativa.

No dia 13 de março de 2014 aprovou-se a Resolução nº 163. Esta julga abusiva a atividade publicitária direcionada ao público infantil, apontando detalhadamente as características que se enquadram nessa ação, conforme elencado no artigo 2º da Resolução.

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;

II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;

III - representação de criança;

IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;

V - personagens ou apresentadores infantis;

VI - desenho animado ou de animação; VII - bonecos ou similares;

VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e

IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

(BRASIL, 2014)

Aspectos estes frequentemente vistos nas publicidades de certos produtos. A partir do momento que a Resolução foi criada, estabeleceu-se a proibição de anúncios, propagandas, *sites*, promoções e *merchandising* dirigidos a pessoa em formação. Junto a isso, foi definido também abusiva a mensagem publicitária em creches e escolas voltadas a educação infantil, até mesmo nos uniformes e materiais educativos.

O efeito prático dessa Resolução é a ilegalidade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, pessoa de até 12 anos de idade, conforme art. 2º do ECA.

A referida ilegalidade advém da Lei 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que proibiu a publicidade abusiva em seu art. 37, *caput*. Vale lembrar que a publicidade abusiva é aquela que atenta contra valores sociais, como exemplifica, de forma não taxativa, o § 2º do mesmo artigo. (INSTITUTO ALANA, 2014)

Afirma-se então, por meio da Resolução, a ilegalidade da publicidade que tem como público alvo as crianças, pois fere a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destaca-se também a Resolução do Conselho Nacional de Saúde Nº 408, de 11 de dezembro de 2008, que aponta orientações para a promoção de alimentação saudável e para a prevenção de distúrbios alimentares, sobrepeso e obesidade.

Aprovar as seguintes diretrizes para a promoção da alimentação saudável com impacto na reversão da epidemia de obesidade e prevenção das doenças crônicas não transmissíveis:

[...]

8) Regulamentação da publicidade, propaganda e informação sobre alimentos, direcionadas ao público em geral e em especial ao público infantil, coibindo práticas excessivas que levem esse público a padrões de consumo incompatíveis com a saúde e que violem seu direito à alimentação adequada;

9) Regulamentação das práticas de marketing de alimentos direcionadas ao público infantil, estabelecendo critérios que permitam a informação correta à população, a identificação de alimentos saudáveis, o limite de horários para veiculação de peças publicitárias, a proibição da oferta de brindes que possam induzir o consumo e o uso de frases de advertência sobre riscos de consumo excessivo, entre outros; (BRASIL, 2008)

Diante dessa Resolução constata-se como a publicidade direcionada para o público infantil pode ser gravosa. Havendo a necessidade de apontar, como uma das diretrizes para reverter a obesidade dentre outras doenças, a regulamentação da publicidade e das técnicas de *marketing*. Justifica-se isso devido a constante oferta de brindes em conjunto com alimentos não-saudáveis, dentre outras estratégias que acabam gerando padrões de consumo prejudiciais para a saúde do menor.

A Associação Brasileira de Agências Publicitárias (ABAP), por sua vez, representa o outro lado da questão. Para ela proibir a propaganda não é a solução, entende que as crianças já são rodeadas por outros meios de comunicação que, inevitavelmente, traz publicidade, então na visão dessa associação a “solução” seria ajudar as empresas e outros empreendedores a regularizar as publicidades de modo que não prejudique a pessoa em condição de desenvolvimento. Como depreende-se a seguir

A ideia é contribuir para que a publicidade possa evitar os erros já conhecidos e consiga encontrar a melhor forma de se comunicar com o público infantil. Somos contrários à ideia de isolar as crianças da propaganda. Um estudo publicado recentemente nos Estados Unidos revelou que cerca de 20% das crianças de até oito anos já usam regularmente tablets, smartphones e outros dispositivos móveis. É apenas um entre tantos indicadores que nos fazem lembrar que vivemos rodeados por fontes de informação desde os primeiros anos de vida. Nesse ambiente, proibir não é uma saída, nem parece a solução mais adequada para proteger as crianças. É preciso se comunicar e fazer propaganda com cada vez mais cuidado, fiscalizar e punir o excesso. (ABAP, <<http://www.abap.com.br/pdfs/publicacoes/publicidade-infantil-conar.pdf>>., p. 04)

Para isso, a ABAP criou a campanha “Somos Todos Responsáveis”, na qual tem por finalidade demonstrar que os pais também precisam ajudar orientando os filhos.



Busca demonstrar que não se trata apenas de proibir a publicidade e a responsabilidade não é apenas das empresas que propagam a publicidade.

Não acreditamos em passes de mágica e lembramos que várias ideias bem intencionadas resultaram em interferências brutais na vida das pessoas. Acreditamos que precisamos trabalhar juntos para aprimorar o que for preciso, decifrar os desafios das mídias em uma era de transformações e evitar retrocessos. Nosso caminho é o do diálogo, da liberdade, da responsabilidade e da educação. SOMOS TODOS RESPONSÁVEIS. (ABAP, <<http://www.abap.com.br/pdfs/publicacoes/publicidade-infantil-conar.pdf>>, p. 05)

Com isso, a ideia é ser um trabalho conjunto entre as empresas e os pais para que ambos, assim como a sociedade, tenham participação nos debates e no aperfeiçoamento das mensagens publicitárias. Tratando-se de papel de toda sociedade, preservar os menores sem a completa restrição das propagandas.

### 3 PUBLICIDADE INFANTIL

Tendo em vista que a propaganda alimentícia pode ter como público a criança e o adolescente, é preciso adentrar conceitualmente nesse tópico. A publicidade infantil

[...] não pode ser resumido à mera transmissão de informações pelo fornecedor de produtos e serviços para a coletividade de consumidores, na realização da divulgação ou da simples oferta dos bens anunciados. A publicidade deve ser sempre entendida a partir, também, de seus elementos “persuasão” e “sedução”, que valoram as informações transmitidas em um discurso rico em subjetividades, ampliando a mera informação para uma tentativa de convencimento, criação de desejos, estímulo ao consumo e manipulação de vontades. (BRITTO, 2010, p. 43)

As empresas autoras do *merchandising* e propaganda elaboram, visando apenas o próprio lucro, chamadas sedutoras, apelativas e com linguagem infantil com o intuito de atingir diretamente as crianças. A esse respeito, cientes da facilidade de manipulação sobre esse grupo, essas empresas utilizam-se de sua fragilidade para desenvolver técnicas com o intuito de atraí-los.

As crianças por meio da televisão estão expostas a estratégias de *marketing* que restringem suas escolhas, que são formadas pelo que é visto e desenvolvido artificialmente pela publicidade, e não por um desejo vindo da própria criança, o que desperta uma vontade involuntária através da sedução e deturpa a liberdade de escolha do menor.

Essa influência é ainda maior em crianças mais novas, que têm uma maior dificuldade em identificar e diferenciar a propaganda das demais programações televisivas. Esse fato ainda pode aumentar diante do uso de personagens de desenho infantil, por exemplo, em embalagens de alimentos, somado a um discurso intencional que passa credibilidade à criança e faça com que ela acredite em tudo que vê.

Diante de tal caráter persuasivo, o discurso passado pelas propagandas pode entrar em conflito com o discurso proferido pelos pais das crianças e, assim, gerar uma desestabilização familiar. A propaganda induz a compra e o consumo daquilo anunciado e, quando os pais negam à criança, isso gera uma figura negativa dos mesmos, o que faz muitas vezes com que as crianças acreditem mais na propaganda

do que em seus familiares, colocando esses em uma posição delicada. Algo que não deveria ocorrer, já que de acordo com o artigo 1.630 do Código Civil “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”, e não, deveriam estar sujeitos as propagandas.

Ainda sobre a família, o ato de negar alguma coisa à criança repercute a ideia de que por não consumir tal produto, a fará inferior aos demais de seu meio e insere a falsa sensação de que para estar na moda, significa necessariamente adquirir algo que, muitas vezes, não é de seu desejo e vontade, mas pelo simples fato de todos terem.

É possível perceber diante dessa temática uma conexão com o interesse social e familiar. O próprio texto Constitucional em seu artigo. 226 aborda sobre a proteção da família, de seus valores e princípios a fim de manter sua unidade. É fundamental para a criança, em fase de desenvolvimento e formação, o amparo e apoio familiar, o que demanda um equilíbrio estrutural dessa primeira instituição social, que é a família.

Ao encorajar as crianças a amolar e ao bombardeá-las com mensagens de que bens materiais são a chave para a felicidade, a indústria do marketing tira vantagem do desejo inato dos pais de querer a felicidade dos filhos. (LINN, 2006, p. 64)

Um fator que contribui contra a harmonia no seio familiar é o chamado “fator amolação”, que é consequência da influência publicitária no público infantil e promove uma espécie de insistência por parte da criança para conseguir o que quer de seus pais. Assim, muitas vezes vencidos pelo cansaço ou com a pretensão de preencher um espaço como forma de compensação, os pais cedem às vontades dos filhos, o que prejudica um bom desenvolvimento da identidade dos menores, que acabam por se tornar adultos materialistas e compulsivos.

Perante o exposto, pode-se notar que o controle da criança diante do teor persuasivo da publicidade vai além do total controle dos pais, que cede na intenção de fazer o melhor no momento da ação, mas que em longo prazo, torna-se algo prejudicial. Logo, cabe ao Estado também garantir o exercício do poder familiar de forma harmônica e compreender a existência de dificuldades por parte dos pais de ministrar tudo da melhor forma possível.

Essa garantia é afirmada através do artigo 221, IV da Constituição Federal, além do artigo 226, ao determinar para emissoras de rádio e televisão o cumprimento de princípios que estejam consoantes aos “valores éticos e sociais da pessoa e da família”. Esse artigo, portanto, pretende proteger a família da desestruturação e frear qualquer forma de abuso por parte de publicidades dirigidas ao público infantil nos citados meios de comunicação, a fim de proteger valores e não confundir o “ter” com o “ser”, conceitos esses que podem ser confundidos diante do consumismo e materialismo.

Seguindo essa linha de raciocínio, outro fator a ser observado que possui relação com a publicidade infantil é a saúde. A publicidade é um dos principais fatores que aumenta o índice de obesidade infantil devido à maior parte dos alimentos anunciados não serem saudáveis, como *fast-foods* e industrializados.

A persuasão nesse tipo mais específico de publicidade, sobre os alimentos, causa um impacto psicológico nas crianças, à medida que associa muitos alimentos à força e energia e que, se adquiridos, tais características passam para quem consome. Há aqueles que utilizam dos personagens mais famosos a fim de despertar no menor o desejo de consumir, já que seu herói também consome ou representa tal alimento. Ou ainda, utilizam brindes para seduzir o consumidor e fazer com que consuma tal alimento para ganhar o prêmio.

Todas essas formas apresentadas de impactos e persuasão agredem o psicológico natural da criança que, aliadas à conseqüente má alimentação e ao sedentarismo, influenciam negativamente na saúde infantil. Com grande possibilidade de resultar em sérios problemas de saúde no futuro, como diabetes e problemas cardiovasculares, por exemplo, hipertensão.

Todavia, é dever do Estado proteger a liberdade do consumidor, dessa maneira, ao permitir a transmissão de propagandas de alimentos prejudiciais à saúde direcionadas ao público infantil, há claramente a violação deste direito de autonomia privada das famílias e da vontade. Assim como, da proteção à saúde, à alimentação e à infância que encontra respaldo no artigo 6º da Constituição Federal.

Vale ressaltar que, no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, é reconhecida a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Diante deste fato, não há como conceber a exposição da criança (sujeito incapaz) a determinadas propagandas se até mesmo os adultos (sujeitos capazes) são considerados vulneráveis. Em concordância com isto, encontra-se o ECA, o qual estabelece resguardo especial para as crianças em vista da hipossuficiência destas.

Não é cabível tratar desta questão e não trazer da parte especial quanto a publicidade do Código de Defesa do Consumidor o artigo 37, § 2º. Este define como abusiva a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança” ou “que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde”. Ou seja, basicamente o que as propagandas alimentícias direcionadas aos menores faz.

### 3.1 REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL

Para legitimar o controle público e assim, fundamentar a questão constitucional quanto a limitação do direito previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o autor Clèmerson Merlin Clève no artigo “Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial” faz uma abordagem quanto a compatibilidade das políticas adotadas para a regulação estatal da liberdade de expressão com a Constituição.

Assim como os demais direitos fundamentais, não há de se falar em direito absoluto, isento de conformação e limitação. Estas, no entanto, não estão à livre disposição do legislador; devem necessariamente se pautar no interesse público e guardar proporcionalidade com os legítimos fins do Estado. Tome-se como exemplo a publicidade e a propaganda (CLÈVE, 2006, p. 207).

Portanto, já que não há direito fundamental absoluto, deve-se restringir algum dos direitos em caso de desentendimento. Assim, ressalta-se que, em casos como este, deve se fazer uma análise detalhada, proporcional e ponderada para limitar o direito, considerando em questão o interesse público e devendo se fundar em direitos constitucionais fundamentais.

Salvo em circunstâncias claramente justificáveis (é o caso v.g., do cuidado com a criança e o adolescente), pretender o Estado substituir-se à esfera decisória do cidadão, exercendo tutela, ditando o que deve o que pode ser informado, como deve ou como pode manifestar-se a criação intelectual, implica clara agressão às liberdades de informação e de expressão (CLÈVE, 2006, p. 221).

Com isso, percebe-se que quando em relação às crianças e adolescentes permite-se ao Estado interferir no caso e exercer tutela, pois trata-se de uma circunstância justificável em que se a publicidade for dirigida para um público infantil ela pode ser restringida.

Seguindo essa linha de raciocínio, Adriano Sant’Ana Pedra e Bruna Lyra Duque no artigo “Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas” contribuem na análise constitucional relacionada a restrição do direito à liberdade de expressão dentro de devida ponderação e legitimação, tendo em consideração a solidariedade.

[...] a solidariedade pode ser compreendida como uma verdadeira relação de reciprocidade: se existem direitos, em contrapartida, existe o dever de prestar solidariedade. Há, então, uma estreita relação entre deveres e restrições aos direitos. É tênue a relação entre os deveres fundamentais, os limites e as restrições aos direitos fundamentais, pois tais restrições podem ser justificadas a partir dos deveres fundamentais, em prol dos interesses da sociedade. A tese aqui desenvolvida passa pela ideia de restrição, mas não uma restrição isolada, pelo contrário, trata-se de uma restrição voltada para a perspectiva do solidarismo nas relações privadas [...] (PEDRA; DUQUE, 2012, p.17).

Nesse sentido, assim como existe o direito de expressar-se, deve-se atentar até que ponto este pode ser realizado. Para isso, cabe relacionar aos deveres que existem mediante os direitos, no caso em questão o dever de solidariedade, pois a limitação do direito pode ser pautada nos deveres fundamentais com a sociedade.

Os deveres fundamentais são qualificados, pela maioria da doutrina, como aqueles vinculados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois concentram os valores da comunidade em relação ao poder público, já que a concepção dos direitos fundamentais como poderes individuais contra o Estado exprime a relação entre poder público e cidadãos. [...] O direito não tem o condão de impor condutas ao psiquismo humano e não pode obrigar o indivíduo a pensar, agir ou nutrir sentimentos dessa ou daquela maneira; mas pode corrigir distorções, exageros nas relações jurídicas e vincular os atores sociais ao respeito à norma jurídica (PEDRA; DUQUE, 2012, p.15-18).

A partir dessa ótica, observa-se como os deveres fundamentais são relacionados à questão de responsabilidade com o outro. No presente artigo se trata o dever das

empresas que produzem as propagandas infantis com toda a sociedade, pois não é só a criança o afetado da vinculação distorcida dessas, a família, por exemplo, é uma parte prejudicada também.

Para tratar tanto dos aspectos da criança, quanto das questões relacionadas a publicidade infantil, Igor Rodrigues Britto, afirma que

A manipulação dos desejos e vontades das crianças e a influência excessiva que a publicidade exerce na formação da personalidade destas podem ser perfeitamente classificadas como uma violação do princípio da proteção integral da criança e, neste sentido, uma violação de direitos fundamentais. [...] a conduta de persuadir e seduzir crianças, no aproveitamento da sua condição vulnerável, e influenciando na formação de sua personalidade com os objetivos de impingir-lhes produtos e serviços, ou de criar-lhes desejos de consumo, é a conduta adotada pelo publicitário que se comunica com o público infantil (BRITTO, 2010, p. 122).

Desse modo, a propaganda direcionada a criança possui um teor persuasivo o qual resulta na influência da personalidade do menor. Devido ao fato de exercer sobre este um poder de manipulação, faz com que este desenvolva vontades de acordo com o que apresentam nas publicidades. Aproveitando-se assim, da vulnerabilidade deles para que os produtos sejam consumidos, o que é uma violação à proteção integral da criança.

O maior exemplo a ser tratado desta violação por parte da publicidade “são os anúncios de produtos tidos por todas as entidades e organizações de saúde como produtos “não-saudáveis” (BRITTO, 2010, p. 129). É de suma importância essa análise pois afeta tanto a saúde quanto a vida do menor de idade.

Vários são os fatores [...] 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 [...] (BRITTO, 2010, p. 132).

Haja vista este risco ao qual se encontram as crianças mediante as propagandas direcionadas a elas, é necessário que haja um controle público dessa publicidade para que exista total proteção do público infantil. Assim, dentre os argumentos expostos, percebe-se como há mais fatores a favor da regulamentação publicitária.

## 3.2 RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE INFANTIL NO DIREITO COMPARADO

Para abranger a visão do tema, vale comparar a questão com outros países. Semelhante a problemática debatida, o Uruguai promulgou a Lei de Meios, em que se encontram artigos de proteção específica da criança e do adolescente quanto a mídia.

A Lei de Meios é a de número 19.307, foi promulgada em 2015 e estabelece proibições de veiculação de determinados conteúdos em certos horários na mídia. Ela regula os serviços de comunicação audiovisual, pois este é uma das principais fontes de informação e difusão de valores.

Devido a isso, considera-se importante preservar o que é veiculado para o público infanto-juvenil para que estes não sejam manipulados pelas propagandas e não tenham os valores deturpados. Para isso, o artigo 3º elenca uma série de conceitos relacionados a serviços de comunicação audiovisual para que fique claro a observância à lei.

A partir do capítulo II da legislação, começando no artigo 29, encontra-se as disposições em favor das crianças e dos adolescentes. Desde o dever de proteção do Estado perante eles para a promoção do bem-estar social, além de apresentar no artigo 32 uma série de conteúdos proibidos de passar durante o horário de proteção às crianças.

Artículo 29 – (Deber de protección).- De conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional e instrumentos internacionales, el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, asegurando la aplicación de normas que den efectividad a esos derechos en su relación con los servicios de comunicación audiovisual. (URUGUAI, 2015)

Por fim, cabe ressaltar o artigo 33 que trata especificamente da publicidade dirigida às crianças. Neste fica evidente o resguardo com o menor, pois as propagandas não podem acarretar prejuízo moral ou físico aos jovens, com isso possui certas limitações. Como por exemplo, não aproveitar a ingenuidade destes para fazê-los comprar algo, pode-se assim, considera-lo um dos artigos mais relevantes da lei.



Já em Portugal, há o Código da Publicidade, o qual dentre os diversos artigos trata, no artigo 13, sobre a saúde e segurança do consumidor. Declara proibida a atividade publicitária que incita comportamentos nocivos à saúde e segurança, havendo a ressalva de nos casos em que o público alvo da publicidade for a criança e adolescente, a atenção deve ser redobrada.

Ademais, contém, especificadamente no artigo 14, restrições ao conteúdo publicitário direcionado aos menores.

Artigo 14º (Menores)

1 - A publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se nomeadamente, de:

- a) Incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço;
- b) Incitar directamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão;
- c) Conter elementos susceptíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, designadamente pelo incitamento à violência;
- d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores. (PORTUGAL, 1990)

Depreende-se que a legislação tem como preocupação a vulnerabilidade psicológica da criança. Delimitado isso, há condutas proibidas pelo Código como, incentivar diretamente o público infantil a obter algum produto ou serviço; estimular as crianças a convencer os parentes e terceiros a adquirirem produtos; e aproveitar-se da confiança que os filhos possuem nos pais, tutores ou professores. Assim, é perceptível que o Código abrange específicas ações de modo pontual para que fique claro a proteção da pessoa em formação.

Por fim, conforme Cristiano Aguiar Lopes (2010, p. 25) apresenta, o Canadá, primeiro país a regularizar a publicidade infantil, promulgou em 1971 o “Código da Publicidade Destinada a Crianças na Radiofusão”, revisado pela última vez em 2007. Este determina a proibição da publicidade dirigida as crianças que se utiliza de técnicas na propaganda, de modo que impede a plena compreensão da mensagem pelo público alvo.

Os anúncios não podem ser dirigidos diretamente às crianças, não podem conter imperativos que as incentivem a adquirir um determinado serviço ou produto, nem conter algum elemento que às incentive a instar seus pais ou responsáveis a comprar algo. O código também proibiu anúncios destinados a

crianças que permitam a utilização de mecanismos de compra não presencial, como por via postal e por telefone. Essa regra, por analogia, também vale para a Internet. (LOPES, 2010, p. 25-26)

Diferente das outras previsões legislativas, a do Canadá ainda inclui a proibição de anúncios que possibilitem a compra não presencial, podendo-se fazer analogia e abranger a internet também. Em vista do exposto, percebe-se como as legislações são semelhantes em determinados pontos, como não permitir a incitação da criança a consumir específico produto ou serviço, assim como não provocar os filhos a persuadirem os pais para adquirir algo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, constata-se que a publicidade infantil deve ser melhor tratada e isso precisa estar previsto na legislação brasileira. Determina-se isso, devido a necessidade de prevalência da qualidade de vida da criança e do adolescente; da proteção e resguardo dos direitos deles, principalmente, quanto a saúde.

Outra questão é que, por causa da complexidade do assunto e das diversas opiniões sobre, pouco é debatido. A questão da propaganda direcionada ao público infanto-juvenil precisa de maior visibilidade para um maior controle do ato publicitário dirigido a pessoas em formação perante toda população.

Verifica-se como é preciso se atentar aos direitos da criança, sobretudo o da saúde, já que é basilar para que o menor possa viver sem problemas. Assim, é necessário garantir o exercício dos direitos, de modo que estes não sejam violados por outras pessoas nem pelo Estado.

Vale lembrar, que as vontades e desejos desse público não devem ser ignorados, e sim, protegidos diante da condição de falta de maturidade destes para fazer escolhas de forma autônoma. Desse modo, as decisões tomadas de acordo, tanto com o interesse dos responsáveis, quanto da criança, contribuem para o melhor desenvolvimento personalíssimo da mesma.

Por fim, mesmo que haja no artigo 5º, inciso IX da Constituição o direito à livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, há os direitos da proteção da pessoa em desenvolvimento e da dignidade da pessoa humana que devem ser levados em consideração em relação a este. O Estatuto da Criança e do Adolescente regula sobre a proteção das crianças, mas não tem o devido respeito.

Tendo em vista isso, seria interessante criar uma regulamentação que reforce a ideia do Estatuto e o faça ser respeitado, como por exemplo algo na linha das legislações

apresentadas do Uruguai, Portugal e Canadá, a qual deixe claro em determinados artigos o que deve ser restrito sem prejudicar por completo a liberdade de expressão.

## REFERÊNCIAS

ABAP. Associação Brasileira de Agências de Publicidade. Campanha Somos Todos Responsáveis. **Publicidade Infantil no Conar**. Disponível em: <<http://www.abap.com.br/pdfs/publicacoes/publicidade-infantil-conar.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2018

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991**. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8242.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8242.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resolução nº 163, de 13 de março de 2014. **Diário Oficial da União**, 04 abr. 2014. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=04/04/2014>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 408, de 11 de dezembro de 2008**. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/cns408.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRITTO, Igor Rodrigues. **Infância e Publicidade**: Proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 205-266.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. vol. 1, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

INSTITUTO ALANA. Projeto Criança e Consumo. **Entenda a Resolução que define a abusividade da publicidade infantil**. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/entenda-a-resolucao-que-define-a-abusividade-da-publicidade-infantil/>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

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

LOPES, Cristiano Aguiar. **Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: a situação do Brasil e o panorama internacional**. Consultoria Legislativa. abr. 2010. Disponível em: <[http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/09/2009\\_13893.pdf](http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/09/2009_13893.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2018.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentário ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; DUQUE, Bruna Lyra. Os Deveres Fundamentais e a Solidariedade nas Relações Privadas. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (Org.). **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PORTUGAL. **Decreto-lei nº 330 de 23 de outubro de 1990**. Código da Publicidade. (Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 74/93, de 10 de Março, nº 6/95, de 17 de Janeiro e nº 61/97 de 25 de Março). Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/estado-portugues-codigo-publicidade.html>>. Acesso em: 26 maio 2018

ROMANHOLO, Maria Inês de Assis. A colisão entre livre iniciativa e direito fundamental à igualdade de tratamento, com proibição de discriminação, na Súmula 443 do TST. **Revista de Direito/ Universidade Federal de Viçosa**. Departamento de Direito. Vol. 6, n. 2, jul/ dez 2014, p. 151-173.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/1990 Comentado artigo por artigo**. 6. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. O Direito Fundamental à Livre Iniciativa: na Teoria e na Prática Institucional Brasileira. **Revista da AJURIS/ Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**. Ano 34, n. 106 (Jun. 2007), p. 107-124. Porto Alegre: AJURIS, 2007.

URUGUAI. **Lei nº 19.307, de 14 de janeiro de 2015**. Ley de medios. regulacion de la prestacion de servicios de radio, television y otros servicios de comunicacion audiovisual. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19307-2014>>. Acesso em: 11 maio 2018.