



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A responsabilidade criminal na veiculação de publicidade abusiva

Raquel dos Santos Malta

Rio de Janeiro
2014

RAQUEL DOS SANTOS MALTA

A responsabilidade criminal na veiculação de publicidade abusiva

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

A RESPONSABILIDADE CRIMINAL NA VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE ABUSIVA

Raquel dos Santos Malta

Graduada pela Universidade Cândido Mendes, campus Nova Friburgo/RJ. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ - em direito *lato sensu*, no curso de especialização para a carreira da Magistratura.

Resumo: A responsabilidade criminal na veiculação de publicidade abusiva tem como foco demonstrar os efeitos da publicidade sobre alimentos na saúde dos consumidores infantis. Objetiva-se discutir a responsabilidade criminal na veiculação de publicidade abusiva capaz de induzir o consumidor a se comportar de maneira prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. O enfoque do trabalho é voltado à publicidade dirigida ao público infantil, analisando as leis e os projetos de leis que tendem a proibir, coibir ou inibir a divulgação maciça de alimentos de baixo teor nutricional na comunicação midiática, bem como mostrar o papel do Poder Judiciário frente à endêmica realidade social ante o número crescente de obesos mirins no Brasil.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Direito Penal. Publicidade enganosa. Responsabilidade criminal. Vulnerabilidade. Público infanto-juvenil. Direito à Informação. Direito à Saúde e Segurança.

Sumário: Introdução. 1. O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. 1.1. Código de Ética na Publicidade e os Princípios do Código de Defesa do Consumidor. 1.2. Direito à Liberdade de Expressão Publicitária *versus* Direito à Informação do Consumidor. 2. Controle na Veiculação de Publicidade 2.1. Delitos na Veiculação de Publicidade Abusiva. 2.2. A Vulnerabilidade do Público Infantil 3. A Regulamentação da Publicidade Abusiva nos Alimentos Ultraprocessados. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho utiliza a metodologia do tipo bibliográfica, descritiva, parcialmente exploratória e aborda a Responsabilidade Criminal na veiculação de publicidade abusiva voltada ao público infantil, com enfoque na saúde e segurança alimentar desta categoria de consumidores, bem como nos efeitos e na responsabilização criminal dos que

veiculam este tipo de publicidade, tendo a pesquisa o objetivo de demonstrar o grande número de anúncios de produtos do gênero alimentício, de baixo teor nutritivo.

A Constituição de 1988 estabeleceu no art. 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Tanto é assim que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) assegurou a primazia absoluta aos infanto-juvenis, conforme disciplinam os art. 4º, 5º e 6º do referido diploma legal, tendo em vista a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Já o microssistema do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) garantiu que a publicidade seja veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, tornando proibida 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 a sua saúde ou segurança.

Tamanha a rigidez do referido Código, que puniu com pena de detenção e multa a conduta de fazer ou de promover publicidade enganosa ou abusiva, agravando a pena quando o crime é praticado contra menor de dezoito anos ou em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer produtos ou serviços essenciais.

A razão se fundamenta na evidente disparidade e desigualdade entre o público infantil e os anunciantes de publicidade, face ao grau de hipervulnerabilidade mental da criança, que ainda não possui poder de crítica diante de elevado número de publicidades diárias a que é acometida.

Neste contexto, busca-se entender o papel desempenhado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR – na fiscalização e controle da veiculação de

publicidade sobre produtos do gênero alimentício, bem como o que estabelece o Código de Ética do segmento publicitário, além dos princípios do CDC aplicáveis à publicidade, sua extensão no direito à expressão publicitária e no direito à informação e saúde do consumidor.

Ante a ausência de regulamentação específica sobre a matéria, há um crescimento exponencial de crianças com diabetes, hipertensão arterial, problemas metabólicos, ortopédicos, devido à demasiada ingestão de alimentos altamente calóricos, ricos em açúcares, sódio e gordura, além de sofrerem *bullyng* nas escolas e discriminação diária.

Notório é que, a população se atém à busca da responsabilização na seara civil, não tendo o mesmo impacto no campo criminal. Neste compasso, não há como dissociar o papel que exerce o Poder Judiciário diante desta nova realidade jurídico-social.

1. O CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR – é uma organização da sociedade civil e tem como função estabelecer, regulamentar e aplicar normas éticas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária na publicidade e propaganda, que se destinam a estimular o consumo de bens e serviços, e a promover instituições, conceitos, bem como ideias.

Trata-se de órgão formado por anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação diversos, com o objetivo de assegurar a eticidade na veiculação de publicidade e de reprimir a publicidade enganosa e abusiva.

O CONAR não exerce o controle legal perante os publicitários, pois não é fruto do Poder Legislativo, sendo defeso prender pessoas, apreender coisas, multar, ordenar a devolução de dinheiro pago indevidamente pelo consumidor, realizar a troca de mercadorias impróprias para o uso e consumo, já que não possui o atributo do "poder de polícia".

1.1. CÓDIGO DE ÉTICA NA PUBLICIDADE E OS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Ética de Autorregulamentação Publicitária, criado em 1980, é o instrumento pelo qual o CONAR se vale para controlar publicidade enganosa ou abusiva, tendo em vista que todo anúncio deve conformar-se às leis do país, ser honesto e verdadeiro.

Imperioso se faz o cotejo entre os termos “propaganda” e “publicidade”. Ambos são utilizados indistintamente no Brasil, contudo, o primeiro tem objetivo ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social¹; enquanto o segundo tem enfoque comercial, e como premissa, o lucro.

O Código de Ética de Autorregulamentação Publicitária estabelece diversos princípios a ser observados em anúncios veiculados na comunicação publicitária. O art. 23² determina que os anúncios devam ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, nem a explorar sua falta de experiência ou conhecimento.

Da mesma forma, a alínea ‘b’³ do referido artigo, determina que tais anúncios devam respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e sentimento de lealdade do público-alvo. Percebe-se que o Código de Ética está em consonância com os princípios basilares da CRFB.

No tocante ao público infantil, a proteção do referido Código é ainda maior, já que não permite que anúncios sejam veiculados com o fim de se dirigir diretamente, de forma ostensiva ao consumo infantil, porquanto há presunção da menor capacidade de discernimento das crianças, e a interpretação é mais restritiva quando suas normas se referem a esta categoria de consumidor.

¹ BENJAMIN, Antonio H. V. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.316.

² BRASIL. CONAR. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/> > Acesso em: 07 abr. 2014.

³ Ibid.

Já o Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre diversos princípios próprios de proteção publicitária voltada ao consumidor, e regula a matéria em capítulo próprio - “Das Práticas Comerciais”.

Os princípios⁴ preponderantes no CDC são: princípio da identificação da mensagem publicitária, (art. 36), que proíbe a veiculação de publicidades clandestina e subliminar. Na publicidade clandestina, o consumidor deve ter condições de identificar quem é o patrocinador da publicidade, bem como o produto ou serviço oferecido. Na subliminar, a proibição ocorre quando a publicidade atinge o inconsciente do indivíduo, induzindo-o a adquirir produtos ou serviços sem perceber.

Tal princípio permite a utilização do *merchandising*, técnica utilizada para veicular produtos e serviços, de forma camuflada, sem ostensividade, inserida em programas de televisão, rádio, espetáculos teatrais e filmes; utilização do *teaser*, meio de aguçar a curiosidade ou a expectativa do consumidor em produtos ou serviços a serem lançados. Verifique-se que a publicidade só é lícita quando o próprio consumidor puder identificá-la como sendo atividade publicitária.

O princípio da transparência da fundamentação na publicidade, disposto no art. 36, parágrafo único, do CDC, ordena o fornecedor a manter em seu poder dados fáticos, técnicos e científicos capazes de comprovar a veracidade do conteúdo vinculado na publicidade⁵, permitindo a utilização de *puffing*, que são os chamados exageros, desde que não sejam capazes de induzir o consumidor a erro.

Há ainda o princípio da veracidade da publicidade, estabelecido no art. 37, §2º do referido diploma, que é um dos mais importantes princípios voltados à publicidade, vez que proíbe e define a publicidade abusiva, que é a publicidade discriminatória, incita a violência, explora o medo ou a superstição, se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da

⁴ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. Bahia: Podvum, p. 297

⁵ *Ibid.*, p. 299.

criança, desrespeita os valores ambientais, ou seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Por fim, o princípio da inversão do ônus da prova a cargo do fornecedor (art. 38), reconhece a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo; e o princípio da correção do desvio publicitário (art. 56, XII), que se materializa com a sanção administrativa da contrapropaganda.

Nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida⁶: “a mensagem publicitária deve surgir aos olhos do público, identificada como tal, colocando os seus destinatários de sobreaviso acerca das intenções comerciais dos textos ou imagens”, o que evita a indução do consumidor em erro e denota a preocupação do Legislador em garantir a segurança daquele.

1.2. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO PUBLICITÁRIA *VERSUS* DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

O direito à liberdade de expressão publicitária ganhou destaque no ano de 2008, quando da realização do IV Congresso Brasileiro de Publicidade, no estado de São Paulo, e foi considerada como reação dos anunciantes, das agências de publicidade e dos grupos de comunicação contra propostas do governo federal para regulamentar a publicidade de medicamentos, alimentos e bebidas apta a causar danos à saúde, além da publicidade infantil⁷.

Como argumentos defensáveis à regulamentação, entendeu-se que, por se tratar atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços na promoção de instituições, conceitos e ideias, a publicidade deveria ter a finalidade de proteger o direito à informação, à saúde e à segurança dos consumidores.

⁶ ALMEIDA apud BENJAMIN, p.337.

⁷ MARTINS, Paula Lígia. MAGRO, Maira. *"Liberdade de expressão publicitária", uma falsa discussão*. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/liberdade-de-expressao-publicitaria-uma-falsa-discussao>> Acesso em: 04 mai. 2014.

Todavia, para os publicitários tal regulamentação atentaria contra a liberdade de expressão publicitária, ensejando numa espécie de censura e violaria o direito fundamental a liberdade de expressão dos anunciantes, que é garantido pela própria CRFB e por Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Ocorre que, para os adeptos da regulamentação, a publicidade não teria apenas função informativa, mas também de persuadir, convencer, promover ideias, estilo de vida, como ocorre em todo o discurso publicitário. E⁸, ao estimular o consumo por meio do convencimento, o discurso publicitário teria o poder de interferir na saúde, na segurança, na definição de valores culturais e educacionais da sociedade e de cada indivíduo, incluindo a formação de crenças e valores das crianças, o que denota a importância da regulamentação.

Para tanto, o direito à informação tem assento constitucional, assegurado como direito e garantia fundamental, ao passo que, a liberdade de expressão publicitária possui cunho eminentemente privado, visa o lucro, ligado à iniciativa privada e à livre concorrência.

2. CONTROLE NA VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE

A título de esclarecimento, considera-se como publicidade abusiva o que ofende a ordem pública, não é ético ou o é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores. Assim entende a Suprema Corte Americana quanto à matéria.

Em publicidade o dever legal de informação do fornecedor de produtos ou serviços é direito meramente a ser exercitado, ante a ausência de previsão legal no CDC. Contudo, é dever dos anunciantes observar o princípio basilar que rege a publicidade - veracidade - disposta tanto no CDC quanto no código de ética publicitário.

Observe-se que a publicidade não é proibida, pois necessária ao mundo capitalizado e se trata da arte de bem vender. O que veementemente se repudia é a publicidade perniciosa

⁸ Ibid.

ao consumidor, que ofende os valores sociais, de tal sorte que o Legislador tutelou de forma especial o direito dos consumidores hipervulneráveis, nos quais se enquadram a criança, os ignorantes, os consumidores de pouca instrução.

Assim, o conceito de consumidor-padrão deve levar em conta o mais desinformado dos consumidores habituais do produto ou serviço anunciado, ou seja, o anunciante deve realizar seu cálculo baseado em um consumidor sem nenhuma obrigação de conhecer o produto ou serviço, objeto do anúncio publicitário.

Verifique-se que recai àquele que se vale da publicidade a observância dos princípios publicitários estabelecidos pelo legislador no referido diploma legal, uma vez que toda a atividade humana é controlada de forma externa e, o código consumerista adotou o chamado “controle misto”, que é uma composição entre o sistema exclusivamente estatal e o sistema exclusivamente privado, onde coexistem órgãos autorregulamentadores, como o CONAR, e fiscalizadores, como a Administração Pública e o Poder Judiciário, que atuam junto à veiculação de publicidade midiática.

Tal controle se faz necessário, uma vez que a informação transmitida pelo publicitário é parcial, com a finalidade de que os consumidores adquiram certos bens postos em anúncio, se instrumentalizando numa atividade eminentemente econômica.

2.1. DELITOS NA VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE ABUSIVA

O CDC tutela no âmbito penal a efetividade de suas normas para que sejam aplicadas nas relações de consumo, e não exclui outros crimes previstos tanto no Código Penal como em legislações especiais ou extravagantes, como ocorre na Lei 8.1237/1990, que regulamenta os crimes cometidos nas relações de consumo.

Referida matéria possui legislação concorrente entre os Entes da Federação, havendo diversos órgãos federais, estaduais e municipais que disciplinam as relações de consumo, porquanto resta inviável a reunião de todos os diplomas legais esparsos em uma única lei a todas as infrações possíveis.

Ocorre que a sanção penal descrita no CDC, em matéria de ilícitos publicitários abusivos, não possui o mesmo destaque que vislumbra na seara da responsabilidade civil, sendo em sua maioria crimes meramente formais, de perigo abstrato.

Assim dispõe o Título II do CDC⁹ sobre as infrações penais pertinentes à publicidade abusiva, com a sanção penal correlata:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:

Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:

II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo;

IV - quando cometidos:

b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não;

V - serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais.

Nos crimes de publicidade abusiva exige-se o dolo do agente, sendo considerados como sujeito ativo tanto o anunciante quanto o publicitário. Estes, além de responderem na seara criminal, também respondem administrativa e civilmente, devido à independência das esferas. No tocante ao sujeito passivo do delito, abarca-se a coletividade consumidora.

⁹ BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 01 mai. 2014.

O rol dos crimes contra a publicidade abusiva é meramente exemplificativo, podendo haver outras formas de abusividade. Trata-se de crimes de ação penal pública incondicionada, com penas de detenção e multa, variando conforme o caso.

A pena-base em tais crimes não ultrapassa a 02 (dois) anos de detenção, e seu processo e julgamento ocorrem nos Juizados Especiais Criminais Estaduais, havendo a possibilidade de composição civil dos danos, conciliação das partes, transação penal, ou suspensão condicional do processo.

Vale ressaltar que o art. 75 do CDC estabelece que, quem de qualquer forma concorrer para tais crimes, incide nas penas a estes cominadas na medida de sua culpabilidade, o que ocorre, a exemplo, com diretor, administrador, gerente da pessoa jurídica que promove, permite, aprova fornecimento, oferta, exposição de produtos nas condições proibidas.

2.2. A VULNERABILIDADE DO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL

Segundo a Câmara Internacional de Comércio, a publicidade dirigida à criança deve ser: veraz e claramente identificada como tal; não pode aprovar a violência ou aceitar comportamentos que contrariem as regras gerais do comportamento social; não pode criar situações que passem a impressão de que alguém pode ganhar prestígio com a posse de bens e consumo; que enfraqueça a autoridade dos pais; que contribuam a situações perigosas para a criança; ou que as incentivem a pressionarem outras pessoas a adquirirem bens¹⁰.

O anunciante busca a incitação do consumo de seus produtos ou serviços veiculados, pelo convencimento do consumidor de que tais bens oferecidos são os melhores, mais funcionais e úteis ou mais saudáveis que os bens oferecidos pelo anunciante concorrente.

¹⁰ Ibid., p.359.

Em sendo a veiculação de publicidade voltada ao público infantil, há uma grande preocupação do Legislador com a vulnerabilidade exacerbada, já que as crianças estão em fase de aprendizagem, e aceitam discursos ideológicos mais facilmente, por ausência de desenvolvimento do senso crítico quanto aos mecanismos sociais.

Diante disso, o discurso publicitário muitas vezes é distorcido, se vale da condição de hipervulnerabilidade da criança, e traz consequências danosas desde a mais tenra idade, pois atrai, seduz o consumidor infantil dentro de seu universo, porquanto facilmente manipulável. Há inúmeras pesquisas demonstrando que a criança possui grande poder de decisão nas compras de diversos produtos no seio familiar, em especial as do gênero alimentício.

A publicidade é apresentada se guiando em pesquisas estrategicamente elaboradas para atingir os pontos mais vulneráveis da criança, e diante do temor da exclusão social, as mensagens, em regra, são apresentadas com várias crianças, dando a ideia de inclusão com a aquisição de determinado produto, e por isso deve ser reprimida.

A título de exemplo, atualmente em países europeus como Noruega e Suécia, a veiculação de publicidade ao público infantil foi banida, e o seu direcionamento é feito apenas aos pais das crianças, ou quando é, sua transmissão ocorre em horário determinado, nunca durante o dia, já que as crianças passam grande parte do dia em frente à televisão.

3. A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE ABUSIVA NOS ALIMENTOS ULTRAPROCESSADOS

O anexo H do Código de Autorregulamentação Publicitária disciplina a propaganda comercial de alimentos, refrigerantes, sucos, achocolatados, bebidas não-carbonatadas e as isentas de álcool a elas assemelhadas, estabelecendo que, na publicidade de tais produtos deve-se adotar interpretação mais restritiva quando for destinado ao consumo por crianças.

Em 15 de junho de 2010, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – visando regular a matéria, criou a Resolução 24 (RDC 24) aprovando o Regulamento Técnico que estabelecia os requisitos mínimos para oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas, quando o objetivo fosse a divulgação e a promoção comercial de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional¹¹.

Diante de tal regulamento, as empresas do gênero alimentício teriam o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para se adequar ao regulamento, introduzindo alerta a possíveis riscos à saúde, como diabetes, hipertensão, obesidades, a fim de coibir práticas que pudessem levar o público, em especial o infantil, a padrões de consumo incompatíveis com a saúde, e que violassem o direito à alimentação adequada.

No entanto, a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA- ajuizou ação com pedido Liminar, a fim de suspender Resolução 24/10, argumentando que a ANVISA extrapolou sua competência. O entendimento dos desembargadores do TRF da 1ª Região foi de que a CRFB não atribuiu à ANVISA a competência para regulamentar a matéria, que depende de aprovação em lei.

Contudo, o tema ainda é controvertido na doutrina, havendo quem entenda que a própria CRFB legitimou a ANVISA como órgão competente para regular a matéria, inclusive no âmbito da publicidade, consoante o art. 220, §§ 3º e 4º do diploma constitucional.

Diante da ausência de previsão legal específica, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 5921/2001, de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly, do PSDB/PR, cuja finalidade é a proibição de publicidade dirigida à criança e a regulamentação de publicidade dirigida a adolescentes. Tal PL encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

¹¹ BRASIL. ANVISA. Resolução-RDC n. 24, de 15 jun. 2010. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/34565380474597549fd4df3fbc4c6735/RDC24_10_Publicidade+de+alimentos.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em 05 out. 2014.

O referido PL é o mais aclamado atualmente sobre o tema, além de haver diversos projetos que tramitam no Congresso Nacional, a exemplo os PL 325/07 e 128/07, que incluem a disciplina “Educação Alimentar” na grade escolar de ensino fundamental e médio; o PL 3652/12, que cria a “semana de conscientização dos malefícios da obesidade” nas escolas públicas; O PL 5674/13, que dispõe sobre a “obrigatoriedade de cartazes de advertência sobre obesidade em estabelecimentos que comercializam alimentos do gênero *fast food*.”

Em 04 de abril de 2014, foi publicada a Resolução 163, editada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – proibindo qualquer tipo de publicidade de produtos infantis, por considerar abusivo o direcionamento de comunicação mercadológica a este público, e complementa as disposições expressas no CDC e no ECA, com parâmetros para melhor fiscalização.

O art. 2º da referida resolução estabelece como abusiva a publicidade voltada a menores de 12 (doze) anos que se utilize: linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de crianças; representação de crianças; pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; personagens ou apresentadores infantis; desenho animado ou de animação; bonecos ou similares; promoção com distribuição de prêmios ou brindes colecionáveis, ou com apelo ao público infantil; promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil¹².

Há uma celeuma atual em se afirmar se a Resolução do CONANDA possui força de lei, se é ato normativo primário, e se suas normas devem ser seguidas e consideradas por todos os agentes estatais. Há quem entenda que o CONANDA é órgão colegiado de caráter deliberativo, cuja competência é elaborar normas gerais de política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e, portanto, normas essas com força vinculativa.

¹² BRASIL. CONANDA. Resolução 163, 13 mar. 2012. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/infancia/publicidadeeconsumo/conanda/resolucao_163_conanda.pdf> Acesso em: 05 ago. 2014.

Contudo, já tramita no Congresso Nacional Projeto de Decreto Legislativo nº 1.460/2014¹³, de autoria do Deputado Federal Milton Monti, do PR/SP a fim de sustar os efeitos da Resolução 24/14, por entender que o CONANDA não possui atribuição par legislar sobre propaganda, ou seja, está-se dando o mesmo entendimento utilizado para sustar os efeitos da Resolução 24/10 da Avisa.

CONCLUSÃO

A matéria em específico não encontra repercussão na esfera penal por ausência de maior normatização legislativa sobre o tema, e por ser a publicidade abusiva considerada crime de menor potencial ofensivo, onde se verificam as hipóteses de conciliação, transação penal, suspensão condicional do processo, mecanismos empregados em grande parte na fase pré-processual.

Vale ressaltar que o caso mais emblemático verificou-se numa Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Coca-Cola Ltda., em que se intentava restringir a publicidade e a venda de refrigerantes a crianças e adolescentes para protegê-los dos riscos da obesidade.

A ação foi julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, na Apelação nº 0125013-34.2008.8.26.0000¹⁴, entendendo o Colegiado, por unanimidade, que o Poder Judiciário não pode interferir no regime de mercado, sob pena de ferir o princípio da livre iniciativa, caso contrário, caracterizar-se-ia como espécie de censura.

¹³ BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo n. 1.460, 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3CB05EBFD26A80E0C56F8AE82B714295.proposicoesWeb2?codteor=1245938&filename=PDC+1460/2014> Acesso em: 30 ago. 2014

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0125013-34.2008.8.26.0000. Relator: Enio Zuliani. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=4043911&cdForo=0&v1Captcha=hNQub>. Acesso em: 10 set. 2014.

Devido à hipervulnerabilidade da criança, a publicidade abusiva dirigida ao público infantil é tema bastante polêmico e está em amplo debate no cenário nacional, como se verifica na recente discussão sobre a validade da Resolução 163/2014 do CONANDA; na aguardada aprovação do PL 5921/2001 para regulamentar a matéria; no tema de redação escolhido pelo Ministério da Educação para o Exame Nacional de Ensino Médio – ENEM - de 2014, “Publicidade infantil em questão no Brasil”.

É cediço que a publicidade faz parte do mundo moderno, e está presente em todos os meios de comunicação em massa, seja em rádios, revistas, jornais, *outdoors*, televisão etc. Contudo, mesmo que a publicidade vise o lucro, o seu papel primordial ainda é o de fornecer meio hábeis e seguros para a proteção de todo e qualquer consumidor, em especial à criança, respeitando a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Não há como negar que a publicidade de produtos não saudáveis possui ligação intrínseca com a obesidade infantil, que acarreta inúmeros problemas de saúde, além do crescente número de casos de *bullying* em escolas, que são envergonhadas com seu corpo. No entanto, não se pode afirmar que seja a única responsável por este quadro endêmico.

Noutro giro, em decorrência da vida urbana, com poucas opções de atividades de lazer ao ar livre, ou sob o risco de violência, é que as crianças passam grande parte de seu dia em frente à televisão, ao computador, sem se exercitar, e comendo de forma compulsiva. É neste cenário que a publicidade atua, transmitindo uma infinidade de anúncios, cuja veracidade é duvidosa, e que influencia sobremaneira o estilo de vida e a personalidade das crianças.

Fato é que, o consumo exagerado de alimentos ricos em glutamato monossódico – aminoácido viciante que incrementa o gosto dos alimentos para se tornarem saborosos - altera as papilas gustativas das crianças, que acabam preferindo produtos industrializados, altamente calóricos, embutidos, ricos em açúcares, com corantes, sabores artificiais, gorduras trans,

refrigerantes, despertando, por outro lado, um certo tipo de ojeriza a verduras, legumes, frutas, alimentos integrais, orgânicos, ou seja, a tudo o que represente ser saudável.

Ainda há o agravante da ausência dos pais ou responsáveis no dia a dia dos filhos, em decorrência do trabalho excessivo, na busca de lhes dar maior conforto. Esta lacuna proveniente da relação familiar geralmente é compensada com presentes, agrados, lanches, que são em grande parte escolhidos pelas próprias crianças, que por seu turno sabem muito bem o que desejam, tendo em vista as mensagens já captadas pela publicidade.

Não há como ignorar que as crianças caminham num círculo vicioso, em que a obesidade infantil surge como a grande consequência do mau estilo de vida adotado. Neste passo surgem nas crianças as chamadas DCNT'S - Doenças Crônicas Não Transmissíveis – diabetes, problemas circulatórios, câncer, hipertensão etc., em plena fase de desenvolvimento físico, mental e intelectual.

Considerando que a criança obesa é desnutrida, esta possui enormes chances de se tornar um adulto obeso e doente, faz-se necessário o controle legal da atividade publicitária, a fim de frear o consumo excessivo e precoce exercido pelas crianças, permitindo que elas realmente vivam o mundo infantil de acordo com sua faixa etária, assegurando com absoluta primazia o direito à alimentação saudável de pessoa em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. ANVISA. Resolução-RDC n. 24, de 15 jun. 2010. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/34565380474597549fd4df3fbc4c6735/RDC24_10_Publicidade+de+alimentos.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em 05 out. 2014.

BRASIL. CONANDA. Resolução 163, 13 mar. 2012. Disponível em: http://www.mpba.mp.br/atuacao/infancia/publicidadeeconsumo/conanda/resolucao_163_conanda.pdf> Acesso em: 05 ago. 2014.

BRASIL. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>> Acesso em: 07 abr. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18.078.htm>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo n. 1.460, 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3CB05EBFD26A80E0C56F8AE82B714295.proposicoesWeb2?codteor=1245938&filename=PDC+1460/2014> Acesso em: 30 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0125013-34.2008.8.26.0000. Relator: Enio Zuliani. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4043911&cdForo=0&vlCaptcha=hNQu> b. Acesso em: 10 set. 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. 9. ed. Bahia: Podvum, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini Guimarães. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Paula Lígia. MAGRO, Maira. "Liberdade de expressão publicitária", uma falsa discussão. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/liberdade-de-expressao-publicitaria-uma-falsa-discussao>> Acesso em: 04 mai. 2014.