**PUBLICIDADE: ENTRE A DEFESA DO CONSUMIDOR E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO¹**

Ana Carolina de Sousa da Silva²

Joanny Maia Braga²

Louremar Vieira Alves²

Mariane Pinheiro Ferreira²

Núbia Danielly Damous Barros²

Thaís Viegas³

**Sumário:** Introdução. 1Publicidade, propaganda e comunicação mercadológica: eis as diferenças. 2 O código de defesa do consumidor nas relações consumeristas. 3 O CONANDA e sua atuação. 4 Direitos fundamentais x principio da proteção integral da criança. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo discutir quem tem legitimidade para restringir a publicidade em matéria de direitos fundamentais, considerando a natureza da liberdade de expressão. Por outro lado, questiona-se o conteúdo daquilo que pode ser restringido em uma publicidade, já que restrição e exclusão são inconfundíveis entre si. Na qual se indaga o porquê da restrição, em matéria de tutela dos direitos da criança. Por fim, analisará a Resolução nº 163/2014 do CONANDA, observando se atende à legislação consumerista e protege o interesse das crianças, sem inviabilizar atividade publicitária. Citando, portanto, qual a atuação do CONANDA de forma geral, diferenciando publicidade e propaganda.

**Palavras-chave**: Direitos Fundamentais. Publicidade e propaganda. Resolução nº 163/2014 (CONANDA).

**INTRODUÇÃO**

A Mattel, grande fabricante de brinquedos, contratou uma empresa de publicidade para que fosse feita a publicidade de seu novo produto. A peça publicitária foi finalizada e em seguida foi colocada em circulação, tanto nas mídias convencionais, como TV, e em mídias digitais como sites e redes sociais.

Entretanto, após a entrada dessa peça publicitária no mercado, o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente) aprovou uma resolução que regula a veiculação de publicidade e propaganda relacionadas ao público infantil. Segundo essa resolução, de nº 163, baseada no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é considerada abusiva “a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com intenção de persuadia-la para o consumo de qualquer produto ou serviço” (BRASIL, 2014).

 Por isso, muitos consumidores acionaram o CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) para apresentar reclamações sob a alegação de que a publicidade atribuída à Mattel viola preceitos elencados na resolução 163 do CONANDA.

 Diante disso, o CONAR se manifestou alegando que tal publicidade encontra-se dentro dos padrões legais, aqueles estabelecidos pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP). Agindo no mesmo caso, o PROCON de São Paulo suspendeu a veiculação de todas as publicidades relativas à Mattel, aplicando assim a Resolução do CONANDA.

**1 PUBLICIDADE, PROPAGANDA E COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA: EIS AS DIFERENÇAS**

É sabido que a legislação que regula os direitos concernentes ao consumidor, o Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90), possui em um de seus capítulos a estandardização acerca da publicidade que é veiculada pelos fornecedores. Desta forma, é necessário que se estabeleça que existe sim, diferenças entre os conceitos de publicidade e propaganda.

Não só há esta diferença como também é necessário que se traga à luz melhores explicações sobre o termo “comunicação mercadológica”, bastante utilizado nas searas técnicas e pouco explicado a população em geral. Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin o objetivo de lucro, de vantagem econômica, parece ser o âmago da distinção entre a publicidade a e propaganda: a primeira tem a intenção de gerar lucro e o segundo em regra exclui o benefício econômico (apud GRINOVER, 1999, p. 266).

Entende-se por propaganda aquele anúncio que possui como finalidade primeira a divulgação de aspectos que possuem caráter ideológico. Na visão de Vidal Serrano Nunes Júnior (2001, p. 16), propaganda é toda forma de comunicação, voltada ao público determinado ou indeterminado, que, empreendida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tenha por finalidade a propagação de ideias relacionadas à filosofia, à política, à economia, à ciência, à religião, à arte ou à sociedade. Citam-se como exemplos de propaganda que possuem este cunho de multiplicação de ideias as campanhas que tem como objetivo conscientizar o cidadão de algum problema que esteja a sua volta como as veiculadas pelo governo, entidades que defendem uma causa específica, a Igreja de modo geral, etc.

A propaganda, antes de tudo, objetiva multiplicar uma ideia ou produto com a finalidade de que o consumidor em questão saiba que os mesmos existem. Apenas em segundo plano que a propaganda visualiza qualquer tipo propagação de uma marca ou produto específico. Não é da natureza da propaganda que esta tenha qualquer tipo de fim comercial, já que divulga apenas ideias.

Por outro, vislumbra-se a publicidade como a qualidade do que é público ou do que é feito em público; publicação de matéria jornalística de interesse de uma organização, empresa, indivíduo, etc (FERREIRA, 2004, p. 664). Compreende-se, pois, que a publicidade é um conjunto de normas, que utilizadas de maneira a ser definida por seu mentor, possuem o objetivo límpido de alcançar o lucro e, por sua vez, aumentar ou manter os clientes que determinada já possui. Entende-se que é por meio da publicidade que o consumidor é persuadido a comprar certo produto e isto se deve ao fato de que é na publicidade que são propagadas as inúmeras marcas que possuem o produto ou serviço em questão.

Como tal, a publicidade é um poderoso fator de promoção de vendas e relações públicas, sendo possível ao anunciante e ao fornecedor estabelecer rápido contato com os consumidores, tornando seus produtos e ofertas conhecidos, assim como adquirir prestígio para sua firma. Graças à publicidade, é possível alcançar mercados distantes ou atuar simultaneamente em diversas classes socioeconômicas, em diferentes lugares, atingindo centenas de milhares de consumidores espalhados em vastas áreas geográficas (ruas, veículos, coletivos, escritórios, dentro do lar, etc.), condicionando este público para a compra de um produto (SILVA, 1976).

Após a explicação sobre a diferença existente entre publicidade e propaganda, é possível conceber que, apesar da grande utilização no dia a dia, estas não são sinônimas. Entretanto, nota-se que o Código de Defesa do Consumidor apenas abordou em seu texto sobre a publicidade. Explica-se, *data maxima venia*. Como foi explicado a cima, a publicidade possui o objetivo expressamente comercial e a persuasão do consumidor para adquirir tal produto ou serviço. Seguindo tal lógica de raciocínio, o legislador consumerista apontou e protegeu diversos casos em que consumidor poderá ser lesado diante uma publicidade.

Desta feita, apresenta-se a seção III do capítulo V do Código de Defesa do Consumidor que trata sobre a publicidade. Veja-se *in verbis*:

**SEÇÃO III
Da Publicidade**

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

        Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

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

        § 1° 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.

        § 2° 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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

        § 3° Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

        § 4° (Vetado).

        **Art. 38.** O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

(BRASIL, 1990).

Logo, é possível fazer um link com o caso referido - a empresa Mattel e o dilema da veiculação de sua peça publicitária. Observa-se que no artigo 37, o diploma proibiu de forma expressa toda publicidade enganosa ou abusiva. Por publicidade abusiva entende-se que é aquela que explora ou oprime alguns dos valores existentes na sociedade, como menciona o parágrafo 2º do artigo supracitado. Com o fim de proteger de forma mais ampla o consumidor, Constituição Federal menciona, por meu artigo 220, §3º, inciso II, que [compete à lei federal] estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

 Por fim, explica-se sobre a comunicação mercadológica. Pode-se dizer que comunicação mercadológica é toda e qualquer atividade de comunicação comercial para a divulgação de produtos e serviços independentemente do suporte ou do meio utilizado. Além de anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio e banners na internet, podem ser citados, como exemplos: embalagens, promoções, merchandising, disposição de produtos nos pontos de vendas, etc (CRUZ, 2010, p. 2). Esta prática de publicidade é vista como um adicional aos anúncios que já circulam sobre determinado produto ou serviço. Com o avanço da tecnologia, a comunicação mercadológica vem se aprimorando cada vez mais, pois várias empresas se utilizam de pesquisas que traçam o perfil de consumidor em potencial, visando atingir seu objetivo com mais clareza.

A comunicação mercadológica é mais fácil de ser detectada quando a publicidade é direcionada ao público infantil, pois as práticas para atrair essa grande parcela do mercado consumidor do país são tidas, no mínimo, como descaradas. Várias são as lojas que utilizam da técnica de prateleiras mais baixas para que fiquem ao alcance das mãos dos pequenos, gerando, assim, uma tentação impossível de passar despercebida.

Sabe-se que as crianças possuem um alto poder de influência sobre as compras da casa de modo geral. E é pensando nisso que cada vez mais os fornecedores aprimoram suas técnicas de comunicação mercadológica para atrair as crianças não só para os produtos e/ou serviços de sua faixa etária, mas também a faixa etária adulta. A comunicação mercadológica se utiliza de vários mecanismos para persuadir o consumidor a comprar tal produto ou serviço. São exemplos destes mecanismos: a pesquisa de mercado, o desenvolvimento de produtos específicos para um nicho de consumidores, estratégias de lançamento (cita-se, como maior exemplo, o lançamento de músicas na internet), marketing direto, e principalmente, o pós-venda.

**2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES CONSUMEIRISTAS**

Dito isto, cabe agora falar da importância desempenhada pelo Código de Defesa do Consumidor frente às situações apresentadas corriqueiramente envolvendo o tema apresentado (veiculação de propaganda direcionada ao público infantil). Antes de mais nada, utiliza-se como fundamento principal o estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, que funda-se no princípio da vulnerabilidade, conceito que incidirá sobre as relações jurídicas de consumo.

 Segundo Bruno Miragem (2014, p. 122), o princípio da vulnerabilidade é exposto no artigo 4º, I do CDC, em que se reconhece da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. É exatamente nesta premissa que o Código de Defesa do Consumidor pauta o direito atribuído a ele, justificando a proteção dada a ele.

Vejamos o dispositivo:

**Art. 4º** A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

 **I** - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995).

Para tanto, com fundamento no artigo 227 da Constituição Federal, a vulnerabilidade agravada do consumidor criança, que segundo MARQUES (2012, p. 16) “é o estado daquele que pode ter um ponto fraco que pode ser “ferido” (vulnerare) ou é vítima facilmente”. Isso em razão da sua falta de maturidade, seja ela física e/ou intelectual, as torna alvo de um cuidado especial, ou seja, uma proteção jurídica adequada.

Diante do caso apresentado, vemos a importância da atuação do CONANDA, pois a criança ocupa lugar decisivo nas relações de consumo, influenciando, portanto no mercado, entrando em choque diretamente a vulnerabilidade. Ao veicular propagandas direcionadas às crianças.

Vejamos o artigo 37 do CDC, § 2º do CDC:

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

**§ 2**° 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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Desta feita, afirma-se que as campanhas publicitárias e técnicas de marketing já atuam nas decisões tomadas pelos adultos, aqui se refere às relações de consumo, presume-se que em razão desta vulnerabilidade atribuída às crianças, em virtude de sua deficiência ou hipossuficiência de julgamento.

Vejamos o artigo 39, IV do CDC:

**Art. 39.** É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

**IV** - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

Diante disto, mostra-se a importância do CDC, como Lei de Ordem Pública, para tanto, a prestação normativa por parte do Estado estabelece uma proteção equilibrada para o titular direito na relação de consumo, ou seja, aqui fala-se do sujeito titular deste direito com a nomenclatura consumidor.

**3 O CONANDA E SUA ATUAÇÃO**

Criado pela Lei 8.242 de 12 de outubro de 1991, o Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente é um órgão colegiado, vinculado administrativamente à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.

O órgão é formado, de forma paritária, por representantes dos ministérios do governo federal (14 conselheiros) e da sociedade civil organizada, ligados à promoção e proteção dos direitos da criança (14 conselheiros). Por determinação legal, o Conanda atua como instância máxima de formulação, deliberação e controle das políticas públicas para a infância e a adolescência, fiscalizando o cumprimento e a aplicação eficaz das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

 O dever de fiscalizar e regular práticas devem ser exercido pelo Conanda por meio de Resoluções. A de número 163 é um instrumento legal de efetividade das ações do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente.

 A resolução nº 163 do Conanda é a concretização do que propõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor no que diz respeito a coibir a abusividade na publicidade dirigida ao público infantil.  É um ato normativo primário previsto no Art. 59 da Constituição Federal e possui efeito vinculante, que irradia a sua eficácia a todos os agentes sociais e estatais.

 Constitui a Resolução, um marco histórico de quebra de paradigma e impõe um limite à atuação de empresas que se aproveitam da vulnerabilidade da criança para a prática da comunicação mercadológica.

**§ 1º** Por ”comunicação mercadológica” entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.

**§ 2º** A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e página na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas. (Resolução CONANDA nº 163 de 13/03/2014).

A Resolução em estudo foi editada com base nas normas de proteção dos direitos da criança previstos no artigo 227 da Constituição Federal, nos artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor e em pelo menos sete artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente: artigos 3º, 4º, 5º, 7º, 15, 17 e 18. Logo, não se verifica falta de embasamento legal para que se reconheça o seu alcance no mundo jurídico como norma legal disciplinadora e impeditiva da prática abusiva de publicidade e de comunicação mercadológica que intente persuadir a criança para o consumo de qualquer produto ou serviço.

**4 DIREITOS FUNDAMENTAIS X PRINCIPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA**

A partir da Segunda Guerra Mundial, surgiu uma preocupação com a proteção dos direitos fundamentais, especificamente com a proteção dos direitos humanos. Quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, essa preocupação com esses direitos era perceptível, os princípios eram a base para as relações, que construíram a nossa constituição. No caso, é perceptível a violação de um desses princípios, o princípio da proteção integral da criança e, neste sentido, uma violação de direitos fundamentais, pois se trata de uma publicidade abusiva. A influência excessiva dessa publicidade exerce na formação da personalidade da criança, um público hipervulnerável.

A oferta do produto através da publicidade viola diretamente condição de desenvolvimento em que a criança se encontra. Uma vez que, a criança está no processo de formação de sua personalidade, é incapaz de proteger a si mesma, bem como discernir os demais direitos fundamentais que lhe são garantidos. Por essa razão, entendemos que existe uma violação do direito de proteção a essa criança para o exercício pleno de seus demais direitos fundamentais.

Nesse sentindo, o desenvolvimento da personalidade da criança é prejudicado. Ações como persuadir e seduzir crianças, que estão sendo feitas pela empresa, para o aproveitamento da sua condição vulnerável, está influenciando na formação de sua personalidade com os objetivos de oferecer e induzir a compra de produtos e serviços, ou de criar-lhes desejos de consumo, afetando ainda, a sua liberdade.

**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

BRASIL. [**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**](https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

BRASIL. **Resolução 163 de 13 de março de 2014. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente.** Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/infancia/publicidadeeconsumo/conanda/resolucao_163_conanda.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

CRUZ, Camila Corbetta. O impacto negativo da publicidade dirigida às crianças, o incentivo desenfreado ao consumo e a distorção de valores. Disponível em <http://www.direitorp.usp.br/arquivos/noticias/sites_eventos/3_semana_juridica_2010/papers/Camila%20Cruz.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 6ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa. 6. Ed. Rev. Atualiz. Curitiba: Posigraf, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor** / Bruno Miragem. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES JÙNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.