

A PUBLICIDADE ABUSIVA DIRIGIDA A CRIANÇA À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR: A EFETIVA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROTEÇÃO DA CRIANÇA

Adriano Clementino de Souza¹

Norman Prochet Neto²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR; 2.1 PRINCÍPIOS REGENTES DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA; 3 DEFINIÇÕES DE PUBLICIDADE; 3.1 PUBLICIDADES ENGANOSA E ABUSIVA; 4 A PROTEÇÃO A CRIANÇA E O DIREITO COMPARADO; 5 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE A PROTEÇÃO DE DIREITOS DIFUSOS; CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente estudo busca analisar de forma crítica as mudanças que estão sofrendo a sociedade e de qual maneira elas estão sendo acompanhadas pelo Direito, em especial o Direito positivo oriundo da atuação do Estado por meio do Poder Legislativo, busca-se portanto analisar se há a efetividade que se espera do poder público no que concerne a defesa dos direitos difusos em específico os voltados ao consumidor. O enfoque está na publicidade abusiva direcionada a criança, que devido sua característica de pessoa em desenvolvimento, não possui maturidade para discernir o apelo comercial que há por trás das campanhas publicitárias. Sob a ótica do Direito Comparado, salta aos olhos o prejuízo que a avalanche de anúncios comerciais pode trazer à mente fértil de uma criança. O método de pesquisa que delineará estes estudos será o indutivo, este método se baseia no conhecimento fundamentado na experiência, e, para tanto, terá como referencial teórico o juspositivismo, haja vista que, vez por outra, há a necessidade de renovação ao ordenamento jurídico já que as leis são feitas para o homem que está em constante mutação, faz-se necessário o direito positivado para servir de parâmetro ao julgamento das diversas situações que são levadas a apreciação do judiciário. Ao final chega-se à conclusão de que é notável a atitude do legislador em preocupar-se com a formação intelectual e psicológica das nossas crianças, isto é, dos líderes que em breve presidirão a nação.

PALAVRAS-CHAVES: CONSUMIDOR, CRIANÇA, PUBLICIDADE ABUSIVA

ABSTRACT: *This study aims to analyze critically the changes that society has been suffering and how they are being monitored by Law, especially Positive Law derived from the action of the State through the Legislative Power. The aim is, therefore, to consider whether there is the effectiveness expected from the government regarding to the protection of diffuse rights, particularly the consumer-oriented ones. The focus*

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2011. E-mail para contato: adriano.clementinodesouza@gmail.com.

²

is on the abusive advertising directed to child that, due to its characteristic of person in development, does not have the maturity to discern the commercial appeal that is behind the advertising campaigns. From the perspective of Comparative Law, the injury strikes the eye that the flood of commercials can bring to the fertile mind of a child. The research method that will outline these studies will be inductive, this method relies on knowledge based on experience, the concrete analysis and, to this end, will have as theoretical framework the juspositivism, considering that, occasionally, there is a need of renovation on the legal system since the laws are made for the man who is constantly changing, it is necessary the right that to be put in the juridic ordinance to serve as a parameter to the judgment of the various situations that are led to appreciation of the judiciary. At the end, we can come to the conclusion that it is remarkable the legislator's attitude concerned to intellectual and psychological education of our children, so, the leaders who will soon preside over the nation.

KEY-WORDS: CONSUMER, CHILD, ABUSIVE ADVERTISING

1 INTRODUÇÃO

Sob o título “A Publicidade Abusiva Dirigida à Criança à luz do Direito do Consumidor”, este estudo tem por escopo fomentar os conhecimentos nas leis consumeristas vigentes e em outros ramos do nosso ordenamento jurídico, especificamente no tocante à proteção à criança. Para tanto, dentro do Código de Defesa do Consumidor se tem o enfoque na publicidade abusiva direcionada à criança, com um tema desta relevância, vislumbra-se o amplo conhecimento desta fascinante matéria do Direito.

No que diz respeito aos costumes almeja-se observar algumas mudanças que os valores morais sofreram com o passar do tempo, no qual tem-se que, os valores morais e os costumes estão interligados e são de extrema importância no desenvolvimento cultural da criança e adolescente, sendo assim há uma ligação inerente entre o que este público, por assim dizer, absorve como valor moral e a própria formação da personalidade propriamente dita.

A propaganda é uma das formas mais eficientes de se comercializar produtos e serviços, por meio dela é que se toma conhecimento das vantagens de adquirí-los, tais como, preço, qualidades técnicas, utilidade, praticidade, dentre outros aspectos que são avaliados pelo consumidor na hora da escolha por determinado produto ao invés de outro.

Sob este prisma, cabe ressaltar a importância de um público de relevância expressiva no mercado, as crianças. A problemática em questão é a

forma que são expostos os produtos a este público, que argumentos estão sendo utilizados na persuasão destes, se há o efetivo respeito à dignidade como pessoas humanas em desenvolvimento, e como sujeitos de direitos civis, tal qual está garantido de forma expressa e concisa na Constituição Federal e no ordenamento infraconstitucional.

Neste mesmo contexto, busca-se avaliar a efetiva intervenção do Estado nessas relações, no sentido de defender o enriquecimento cultural, sociológico, psicológico e educacional da população.

O método de pesquisa que delineará este estudo será o indutivo, este método se baseia no conhecimento fundamentado na experiência, análise do concreto e, à vista disso, terá como referencial teórico o juspositivismo, haja vista que, é natural a renovação ao ordenamento jurídico, à medida que as leis são formuladas para guiar o homem que está em constante mutação, faz-se cogente o direito positivado para servir de parâmetro ao julgamento das múltiplas conjunturas que são levadas ao exame do judiciário.

Logo, o trabalho será dividido em cinco capítulos sendo que o primeiro abordará os Princípios Gerais do Direito do Consumidor, haja vista a imprescindibilidade da observância destes, que ditarão os rumos a serem tomados nas relações de consumo. O segundo capítulo trata da Publicidade Abusiva, sua fundamentação legal, sua conceituação na lei e na doutrina.

Em seguida, o terceiro capítulo, intitulado A Proteção à Criança e o Direito Comparado, faz uma análise ao ordenamento jurídico pátrio vigente, concernente à proteção à criança e adolescente e faz menção ao ordenamento jurídico de outros países que já adotam restrições à publicidade direcionada ao público infantil e infanto-juvenil, uma vez que tais preceitos contidos na legislação estrangeira serviram de base para o legislador brasileiro propor alterações que regulamentem e restrinjam o conteúdo dos anúncios publicitários, bem como horários de veiculação a fim de proteger a criança e adolescente, que por sua vez conta com certa debilidade de discernimento e em condições de vulnerabilidade e influenciabilidade devido sua inexperiência.

O quarto capítulo denominado Liberdade de Expressão frente a Proteção aos Direitos Difusos, tem por escopo esquadriñar tal preceito fundamental e analisar se há razão de ser, no argumento de que o Projeto de Lei mencionado durante o trabalho fere este Direito fundamental previsto na Constituição Federal e

privilegia a censura que há muito foi expurgada e só tem lugar em um passado sombrio vivido por nosso país e, por outro lado, classifica o conceito de Direitos Difusos, sua observância pelo Estado Legislador que deve atender aos interesses da coletividade que se sobrepõe ao interesse individual ou ao interesse de uma classe.

Por fim, no último capítulo há na Conclusão uma abordagem crítica ante aos argumentos expostos nos capítulos anteriores, sobre a proteção à criança enquanto pessoa humana em desenvolvimento, a efetividade da atuação do Estado nesta proteção e os possíveis reflexos culturais, educacionais e psicológicos que poderão ser trazidos com as mudanças propostas.

2 PRINCIPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O Direito é uma ciência fascinante, que tem como base princípios que norteiam suas diversas ramificações; não é diferente com a disciplina que é voltada a estudar as relações entre fornecedor e consumidor, que ora denomina-se Direito do Consumidor.

São diversos os princípios que servem de parâmetro para a aplicação do direito das relações de consumo, porém alguns se destacam e merecem ser salientados, pois se confundem por vezes com aqueles básicos, intrínsecos à qualidade de pessoa humana, visto que zelam pela harmonia da vida em sociedade, a fim de se efetivar a equidade e justiça.

O primeiro consagrado por alguns doutrinadores que se inclinaram a escrever sobre as relações de consumo, é o da Vulnerabilidade. Este, sobretudo é a razão de haver no ordenamento jurídico um código que regulamente as relações de consumo, especialmente porque há a presunção absoluta de que o consumidor é vulnerável frente o fornecedor. Sobre a vulnerabilidade Bruno Miragem esclarece que:

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. (MIRAGEM, 2013, p. 114).

Também comungam deste entendimento, Neves e Tartuce: “Sintetizando, constata-se que a expressão consumidor vulnerável é pleonástica, uma vez que todos os consumidores têm tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário.” (NEVES; TARTUCE, 2014, p. 52)

Para Roberto Senise Lisboa, (2012, p. 87) a vulnerabilidade pode ser: econômica, técnica, jurídica, política. No entanto, Bruno Miragem acrescenta a essas, a vulnerabilidade fática, que nos dizeres do mesmo autor: “abrange genericamente diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor”. (MIRAGEM, 2013, p. 116)

De outra forma, Fabrício Bolzan faz uma mitigação entre a fática e a socioeconômica:

Em relação à vulnerabilidade fática ou socioeconômica, deparamo--nos geralmente com a fragilidade do consumidor no aspecto econômico. Entretanto, seria esta uma “espécie ampla, que abrange, genericamente, diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor. A mais comum, neste caso, é a vulnerabilidade econômica do consumidor em relação ao fornecedor”. (BOLZAN, 2013, p. 184)

Já a vulnerabilidade técnica “se dá em face da hipótese na qual o consumidor não possui conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço que adquire ou utiliza em determinada relação de consumo” (MIRAGEM, 2013, p. 115). Há também a vulnerabilidade jurídica, compreendida pela falta de conhecimento a respeito dos direitos do consumidor, bem como os deveres resultantes da relação de consumo, essa conclusão é perquirida consoante os ensinamentos de Fabrício Bolzan: “Tal situação se deve à evidente fraqueza do consumidor na apreciação das cláusulas dos contratos de consumo que são, em sua maioria, contratos de adesão, cuja elaboração é realizada exclusivamente pelo fornecedor.” (BOLZAN, 2013, p.183).

Há ainda a vulnerabilidade política, que segundo Miragem (2013, p. 116), se vê pela ausência do poder do consumidor frente ao *lobby* dos fornecedores nas casas parlamentares a fim de que sejam aprovadas leis favoráveis aos seus interesses.

O Princípio da Solidariedade se apresenta na responsabilização objetiva do fornecedor, que independe de culpa e se estende a toda cadeia de fornecimento, conforme prescrito no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, 1990)

Neste prisma pontua Fabrício Bolzan:

Tal assertiva busca amparo no fato de que, sendo reconhecida a solidariedade dentro da cadeia de fornecedores, terá o consumidor a prerrogativa de eleger quem será acionado ou até mesmo o direito de acionar todos os sujeitos que colocaram o produto ou o serviço no mercado de consumo. (BOLZAN, 2013, p. 201)

Leva-se em conta, a Teoria do Risco da Atividade, que em termos gerais se conceitua pelo dever do fornecedor de arcar com os riscos de sua atividade, uma vez que ele auferir os lucros, também deve suportar os eventuais ônus e encargos que derivarem desta atividade, conforme assinalam Neves e Tartuce: “Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento.” (NEVES; TARTUCE 2014, p. 147).

Manifesta-se ainda de igual importância, o Princípio da Boa Fé nas relações de consumo, por seu turno, se completa de duas formas, sendo a primeira denominada boa-fé objetiva, que nos dizeres de Amaral (2010, p. 75), encontra respaldo no dever de lealdade, sinceridade e honestidade com que toda pessoa deve conduzir-se no relacionamento jurídico. A segunda forma a integrar a boa-fé, é a subjetiva, que varia de indivíduo para indivíduo, de acordo com seu senso próprio de honra e boa fama. Conforme preceitua Miragem (2013, p. 125), demonstra-se na simples falta de intenção de prejudicar alguém; de igual modo leciona Amaral “Convicção ou crença de que nossa conduta representa algo legítimo ou não prejudica ninguém.” (2010, p. 75).

Há que se falar ainda, no Princípio do Equilíbrio, conforme ressalta Fabrício Bolzan: “[...] sustenta a necessidade de reequilíbrio da situação fática de desigualdade por intermédio da tutela jurídica do sujeito vulnerável.” (2013, p. 198); tratando como princípio da equidade, Almeida (2015, p. 73), salienta que deve haver justiça contratual e preço justo e por isso são vedadas as cláusulas abusivas que

propiciem vantagens excessivas ao fornecedor e onerem de forma exagerada o consumidor.

Consagrando ainda o conjunto de princípios do Direito do Consumidor, está o da Intervenção do Estado ou Dever Governamental, que diz respeito ao papel fundamental do Estado que avoca para si a tutela jurisdicional, quer seja na promoção do acesso à justiça a qualquer pessoa, quer seja na sua atividade legiferante, que cria no ordenamento jurídico leis para salvaguardar o consumidor vulnerável:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; [...] (BRASIL, 1990)

É o que se subtrai também dos ensinamentos de Fabrício Bolzan: “Assim, o princípio da intervenção do Estado resulta do reconhecimento da necessidade da atuação do Estado na defesa do consumidor.” (2013, p. 189).

O que se pretende com esse princípio é, sobretudo a proteção e prevenção dos mais fracos. Entretanto, ao observar o cenário nacional, o autor Luiz Otávio de Oliveira Amaral faz duras críticas ao efetivo funcionamento de alguns órgãos que tem por função precípua defender o consumidor, assim veja-se:

[...] Aliás, é preciso se evitar que esse órgão se converta num “Detran do consumo”: muito poder punitivo, pouco interesse para formação/informação (tanto no trânsito, quanto na defesa do consumidor a educação é o mais essencial de tudo). [...] O Procon exige pessoal *com vocação ideológica* [SIC] e interesse técnico. (AMARAL, 2010, p. 73)

No mesmo contexto, o Direito do Consumidor sagra o Princípio da Efetividade, que por sua vez completa o anterior, buscando a eficácia da norma criada como bem leciona Bruno Miragem: “Em todos esses casos, observa-se a finalidade precípua do legislador, de assegurar a real aplicação das normas do CDC, buscando com isso, alcançar os resultados práticos pretendidos pela norma.” (2013, p. 133).

Ao final desta primeira análise dos princípios gerais do Direito do Consumidor, é apropriado destacar o Princípio da Harmonia, que preconiza consubstancialmente a harmonia nas relações de consumo. Para Fabrício Bolzan

(2013, p. 192), o que se permeia é a compatibilização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico.

Desse modo há a conclusão de que o fornecedor deve respeitar a vulnerabilidade do consumidor, mas por outro lado, as relações de consumo devem ser justas, muito embora essa disciplina seja comumente denominada Direito do Consumidor, sua função primordial é estabelecer a justiça nas relações de consumo, sem gerar encargos excessivos ao fornecedor, bem como deixar o consumidor, por sua debilidade natural em relação ao fornecedor, entregue à própria sorte.

Desta feita, é cristalino que os princípios gerais do Direito do Consumidor, se completam e cada um à sua medida busca efetivar e promover a justiça.

2.1 PRINCÍPIOS REGENTES DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

Após esta abordagem principiológica do Direito do Consumidor, cumpre analisar alguns dos princípios que dirigem a atividade publicitária.

De início merece destaque a Identificação da Mensagem Publicitária, nela notabiliza-se a possibilidade do consumidor ao ver um anúncio, identificá-lo como tal, por sua natureza comercial. Henriques apresenta este princípio e assim assevera [...] “visa proteger o consumidor assegurando-lhe o direito de saber clara e imediatamente que a mensagem transmitida tem caráter publicitário e, por isso, seu objetivo é promover a venda de algum produto ou serviço por meio da persuasão”. (2012, p. 59). Sua importância é tamanha, que foi positivado no ordenamento jurídico, cujo qual é encontrado no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. (BRASIL, 1990)

Todavia, é muito comum, principalmente nos programas televisivos de entretenimento, a prática da chamada publicidade clandestina, a saber, é aquela que associa o uso de produtos a uma personagem, de tal modo que o consumidor não perceba que se trata de um anúncio, já que este anúncio está inserido no conteúdo do programa. Sobre isso preleciona Bruno Miragem:

Referida impropriamente como *merchandising*, consiste na aparição, de modo associado ao roteiro original do programa, de situações normais de consumo nas quais se faz uso, referência ou simplesmente se projeta imagem de produto ou serviço, ou ainda de uma determinada marca, logomarca ou congênere, com a finalidade de estabelecer uma associação entre estes e qualidades ou circunstâncias positivas de sua utilização. (2013 p. 246)

Cabe destacar o Princípio da Veracidade, que diz respeito à autenticidade da publicidade veiculada, de tal sorte que, foi inserido no texto do Código de Defesa do Consumidor que proíbe expressamente a publicidade enganosa:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva
§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitária, 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. (BRASIL, 1990)

Mais uma vez se deflagra a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor e também se depreende ser de suma importância a intervenção do Estado nas relações de consumo, para que os informes publicitários não sejam veiculados ao alvedrio dos anunciantes.

Já o Princípio da Vinculação, pode ser encontrado no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor e estabelece que toda publicidade veiculada que chega até o consumidor compromete o fornecedor nos eventuais contratos a serem celebrados em virtude desta publicidade, como ressalva Fabrício Bolzan (2013, p. 228), “ofertou, vinculou”; caso contrário há a possibilidade de aplicação das sanções previstas no artigo 35 do mesmo código:

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:
I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. (BRASIL, 1990)

Por fim, se faz mister salientar o Princípio da Não Abusividade. Tal qual a vedação da publicidade enganosa, a publicidade abusiva está elencada no

artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no § 2º, que classifica como abusiva toda publicidade que seja de caráter discriminatória de qualquer natureza, 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). Segundo Luiz Otávio de Oliveira Amaral, desrespeitar tal princípio é desrespeitar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana:

A violação desse princípio-mor do consumerismo pátrio, transgride simultaneamente um e outro princípio, mas agora de importância de vigamestra de todo nosso Estado Democrático de Direito: o valor fundante da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, de nossa Carta Magna) (AMARAL, 2010, p. 174).

Com efeito, os princípios gerais do Direito são as fontes de estudo e servem de base para a aplicação do Direito como prescreve o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que dispõe “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

Portanto, isso ocorre com os princípios gerais do Direito do Consumidor, que por sua vez se complementam de forma harmônica, a fim de garantir a segurança jurídica nas relações de consumo, fazer prosperar também no Direito do Consumidor princípios inerentes a qualquer pessoa, já consagrados na Constituição (BRASIL, 1988), que não podem ser desprezados pelas disciplinas infraconstitucionais, tais quais, dignidade da pessoa humana, isonomia, entre outros.

3 DEFINIÇÃO DE PUBLICIDADE

A publicidade não possui definição positivada no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, pode ser facilmente encontrada sua definição por doutrinadores, que por sua vez diferenciam publicidade de propaganda. Bruno Miragem (2013, p. 240), classifica a publicidade como aquela que se realiza com o fim de estimular e influenciar o público em relação à aquisição de determinados produtos ou serviços, o que em geral enseja que seja feita dentro do mercado de consumo.

É possível depreender deste conceito que a publicidade tem a finalidade de tornar algo público, ou seja, conhecido pelas pessoas com intuito de comercializar o produto ou serviço. Cabe ressaltar que o intuito por trás da publicidade é pura e simplesmente o comércio, de modo que, geralmente, a publicidade é veiculada por meio dos meios de comunicação em massa, a exemplo da televisão, rádio.

Atualmente com crescimento e propagação da internet mundo a fora, a publicidade tem estado sempre expostas às vistas, muitas vezes sem que seja possível perceber num primeiro momento que o conteúdo veiculado trata-se de conteúdo publicitário. Ao tornar algo conhecido pelo público em geral, os profissionais do meio publicitário, se utilizam de diversas técnicas e estudos psicológicos a fim de atrair o consumidor e criar nele a necessidade de adquirir o produto ou serviço.

Já a propaganda possui contexto mais amplo. Também tem o escopo de tornar algo público, no entanto, não se abrevia à comercialização de produtos, mas sim com desígnio de persuadir quem a recebe de que aquilo que está sendo propagado é real, no sentido de verdadeiro. Mostra-se adequado o conceito de Isabella Vieira Machado Henriques:

A propaganda - entendida no seu rigor terminológico -, diferentemente da publicidade, que tem sempre natureza comercial, é considerada, como antes observado, uma técnica que visa difundir, por meio da propagação de princípios e teorias, sistema ideológico de conteúdo social, político, ético, moral, econômico ou religioso, sem caráter comercial (2012. p. 37).

Muito embora haja essa distinção entre publicidade e propaganda, por vezes o ordenamento jurídico brasileiro trata desses dois institutos como se fossem sinônimos, a exemplo do artigo 56, inciso XII, do Código de Defesa do Consumidor, que se utiliza do termo contrapropaganda, quando eventualmente o correto seria contrapublicidade e ainda o artigo 60 do mesmo diploma legal, que inicia seu texto com o termo contrapropaganda, fazendo alusão à prática de publicidade enganosa, como se lê no artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor, “ A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.” (BRASIL. 1990).

Por outro lado, para o CONAR (Conselho Nacional de Auto-

Regulamentação Publicitária), que editou o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, o conceito de publicidade e propaganda se confunde, vez que pode ser extraído este entendimento do que está descrito no artigo 8º do referido código ao destacar que as atividades de publicidade e propaganda podem ser “entendidas como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias.”(CONAR, 1980).

É ainda oportuna a análise de Rizzato Nunes (2005, p. 396), que explica que o termo propaganda vem do latim *propagare*, ou seja, algo que deve ser propagado. No entanto não se restringe às atividades de comércio e sim a princípios, ideias e conhecimentos, portanto, define publicidade como tudo aquilo que é levado ao público e com esta análise, defende que não há diferença entre publicidade e propaganda.

Com efeito, apesar de não haver unanimidade entre a doutrina, a corrente majoritária defende que há diferença entre os termos, sendo assim, cumpre destacar tais diferenças visto que o trabalho em apreço traz em seu título o termo publicidade, ao invés de propaganda, por isso demonstra-se necessário conhecer o conceito doutrinário de ambos mecanismos de comunicação.

3.1 PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

O Código de Defesa do Consumidor trata no capítulo V, seção III, da questão da publicidade voltada às relações de consumo e, principalmente, conceitua e proíbe a publicidade de caráter enganoso ou abusivo. Desta forma, segundo o artigo 37, § 1º, deste diploma legal:

§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. (BRASIL, 1990)

Não há controvérsias de que a publicidade é lícita, do contrário não estaria prevista na Magna Carta brasileira. Porém, a publicidade, que por sua vez é utilizada como ferramenta de venda de produtos e serviços, deve ater-se aos

princípios do direito do consumidor, como o princípio da boa-fé objetiva, veracidade, entre outros.

É certo que o objeto principal da publicidade não é de cunho informativo, muito pelo contrário, seu intuito é persuadir o consumidor a comprar e consumir cada vez mais. Entretanto, a publicidade deve abster-se obrigatoriamente de transmitir mensagens de caráter falso, que possam induzir o consumidor em erro a respeito da natureza, característica, qualidade, quantidade ou qualquer informação a respeito do produto ou serviço, como pode ser contemplado na leitura do texto legal citado acima.

O legislador, ao editar o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, teve o cuidado de distinguir a publicidade enganosa comissiva, da publicidade enganosa omissiva; na primeira, há uma ação positiva quando o fornecedor afirma algo por meio da publicidade que não é realidade; já na publicidade omissiva, o fornecedor omite informação relevante ao consumidor em relação à característica, natureza ou qualquer informação atinente ao produto ou serviço. Assim, conforme a dicção do §3º do referido artigo legal “para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.” (BRASIL. 1990).

Da mesma forma que proíbe a publicidade enganosa, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 37, conceitua e proíbe também a publicidade abusiva:

§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).

Diferentemente da publicidade enganosa, a publicidade abusiva não transmite uma inverdade ao consumidor, mas distorce seu objetivo: “A informação na publicidade abusiva, pode ser verdadeira, porém a mensagem desvirtua-se do seu propósito de comunicar e vem a ofender valores reputados fundamentais” (MARQUES; MIRAGEM, 2011).

Para Nunes Júnior e Serrano (2005, p.144), o legislador optou por não fazer no mencionado §2º, um rol exaustivo que determinasse o tipo de

publicidade que será considerada de caráter abusivo, e sim, optou por uma enumeração de hipóteses a fim de servir de parâmetro no caso concreto para a identificação de outras mensagens publicitárias de modo abusivo. Os autores ensinam ainda que: “a publicidade - veiculada, em regra pelos meios de comunicação em massa - produz um forte impacto cultural, descrevem condutas violadoras de normas éticas, extraídas não só do contexto das relações de consumo, mas das relações sociais como um todo.” (NUNES JÚNIOR; SERRANO, 2005, p. 145).

Não é outro o ensinamento de Filomeno (2005, p. 178), que explica que o rol contido no já mencionado § 2º do artigo 37 é tão somente exemplificativo e não taxativo, uma vez que os valores e costumes podem variar de acordo com a dinâmica social, bem como com relação ao meio em que as mensagens são veiculadas.

De fato, o que o legislador se ocupou em proibir, não foi a diversidade das mensagens transmitidas pelas campanhas publicitárias, nem coibir as técnicas de convencimento utilizadas nestas campanhas, não obstante, o legislador quis coibir o caráter subjetivo das campanhas abusivas, uma vez que via de regra os efeitos da mensagem transmitida atrelam um status de superioridade àquele indivíduo que detém o produto oferecido. Em outras palavras, as mensagens transmitem um apelo emocional e psicológico pujante, que na verdade só ocorrem na ficção criada pela campanha publicitária e não se traduz na realidade.

Não se pode esquecer – e o CDC não o faz – que a publicidade é uma ficção. Nela são apresentados momentos mágicos, belas cenas, pessoas bonitas, interessantes, saudáveis, imagens fortes, cenários vibrantes etc., tudo com o intuito de chamar a atenção do consumidor para o produto ou serviço anunciado. Nada disso a lei quer impedir. (NUNES, 2005, p. 462)

O autor Rizzatto Nunes (2005, p. 455) ao escrever a obra *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, no capítulo referente à publicidade abusiva, pontualmente analisa os efeitos de uma simples campanha publicitária que de plano parece inofensiva.

Em síntese, tal campanha mostra um jovem de aproximadamente 15 anos, que ao ver uma jovem correndo perigo de vida em um veículo acidentado próximo a um caminhão de combustível, corre imediatamente, coloca sua roupa de *superboy*, sai voando e salva a vida da garota. Logo após o fabricante anuncia que

está à venda a roupa do *superboy*, extremamente resistente e que não desbota. Pois bem, tal campanha pode conter um apelo abusivo, conforme assevera o autor basta que se demonstre que o anúncio em si possa levar o consumidor (no caso crianças) a agir contra sua saúde ou segurança.

Portanto, para que se reconheça a abusividade de uma campanha publicitária, não há a necessidade de se comprovar um dano efetivo ao consumidor ou uma ofensa concreta, “Basta que haja perigo; que exista a possibilidade de ocorrer o dano, uma violação ou ofensa. A abusividade, aliás, deve ser avaliada sempre tendo em vista a potencialidade do anúncio em causar um mal.” (NUNES, 2005, p. 456).

Desta forma, será abusiva toda e qualquer publicidade que “desrespeite a dignidade da pessoa humana, intimidade, o interesse social, as instituições e símbolos nacionais, as autoridades instituídas e o núcleo familiar”. (NUNES, 2005, p. 456). Bolzan bem lembra que a mensagem publicitária não poderá ferir os valores da coletividade (2013, p. 229).

É dever do Estado, expurgar toda e qualquer forma de ofensa, discriminação racial, religiosa, política e social. Por isso não deve prosperar qualquer anúncio que promover de forma depreciativa diferença social decorrente do poder financeiro de grupos sociais específicos, promova ou induza a prática de atividades ilícitas, que desrespeite os padrões de decência admitidos pela sociedade, fira a intimidade de qualquer ser humano, tente incutir o medo, a superstição, faça menção à violência, seja omissa ao cuidado específico com a segurança necessária no manuseio do produto, isto é, que seja de qualquer forma nocivo à segurança, moral e aos bons costumes praticados pela sociedade, tudo isso é o que se absorve do texto do referido parágrafo segundo do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Cuida-se, portanto de questões que ultrapassam o interesse econômico, transpõem as relações de comércio.

É bem verdade que os meios de comunicação em massa exercem grande poder na forma de agir das pessoas, pois com seus programas de entretenimento, formam opiniões, e não é diferente com a publicidade, haja vista que as campanhas publicitárias empregam uma gama de artifícios de persuasão e vendem um modelo de felicidade que mexe com o imaginário do receptor desta propaganda.

Ocorre que esse é o cerne da proibição da publicidade abusiva, onde se questiona se efetivamente é lícito manipular o imaginário do consumidor, no sentido de que a felicidade que este consumidor tanto busca se resume à aquisição do produto ou serviço, na qual as transformações que a sociedade vem sofrendo demonstram que a busca pelo status, pela aceitação e inserção em uma sociedade que se mostra cada vez mais consumista está deixando em segundo plano valores morais e até mesmo humanitários.

Consequentemente, há que se falar nos consumidores que ainda estão em pleno desenvolvimento psicológico e intelectual, que diariamente são expostos a uma enxurrada de anúncios, ofertas e, por sua característica de pessoa humana em desenvolvimento não tem o discernimento adequado para saber diferenciar o que é bom, saudável, ético e até mesmo moral, o Estado cumpre efetivamente seu papel ao impor limites à publicidade, vez que os interesses difusos se sobrepõem ao interesse particular ou de uma classe.

4 A PROTEÇÃO A CRIANÇA E O DIREITO COMPARADO

Já que o tema em epígrafe versa sobre crianças, é válido trazer à baila, quais as pessoas o ordenamento jurídico pátrio classifica como criança. A Lei 8069/ 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe com clareza no artigo 2º “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (BRASIL, 1990)

Por seu turno, o Código Civil não utiliza o termo criança, mas ressalta sobre a capacidade do indivíduo de acordo com sua faixa etária, é o que se lê no artigo 3º “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos.” (BRASIL, 2002)

Pois bem, aliando o texto de lei que diz ser totalmente incapaz a pessoa menor de dezesseis anos, àquele que prescreve que até os doze anos o indivíduo deve ser tratado como criança. Nota-se que houve preocupação do Estado em proteger os interesses dessas pessoas, tanto que a Magna Carta prescreve:

Artigo 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)

Como o próprio nome diz, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu bojo uma série de preceitos legais que se destinam à proteção da criança e do adolescente, todo o texto de lei contido neste código é de suma importância. Entretanto merece destaque aquilo prescrito no artigo 15 devido sua amplitude: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.” (BRASIL, 1990)

Portanto, dentre os sistemas jurídicos de proteção à criança existentes, será salientado adiante, a proteção desta, contra a publicidade abusiva que tende a ser prejudicial à sua formação intelectual e psicológica.

Atento a isso, o Poder Legislativo, por meio do Senado Federal colocou em tramitação o Projeto de Lei nº 493, de 2013, cujo autor é o Senador Eduardo Amorim, que tende alterar os artigos 76, 77, 79 e 257 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Contudo, dada a matéria de que tratam esses artigos, as alterações propostas refletirão também no Direito do Consumidor, vez que estas mudanças visam regulamentar a emissão de conteúdos voltados ao público infanto-juvenil e proibir a publicidade direcionada a crianças no horário diurno.

Ainda explica-se a repercussão do tema na seara consumerista, tendo em vista que o Projeto de Lei nº 360, de 2012, de autoria do Senador Vital do Rêgo, que versava exclusivamente sobre o conteúdo das publicidades veiculadas a crianças e adolescentes, que por sua vez traria reflexos exclusivamente nas relações de consumo, foi rejeitado para dar lugar ao projeto 493, já que este se demonstrou mais abrangente.

Em obediência ao preceito constitucional e infraconstitucional supra e observando as transformações contínuas em que passa a sociedade, é que estão sendo moldadas as alterações propostas, que nas palavras do relator do projeto:

A publicidade voltada para a criança contribuiria para a disseminação de valores consumistas e para o aumento de problemas sociais, como a erotização e o alcoolismo precoces, além do desenvolvimento de hábitos

alimentares não-saudáveis, que vêm se tornando um problema de saúde pública. (BRASIL, 2013)

Isto posto, vale lembrar que a proposta de lei, se reveste dos ensinamentos de Miguel Reale, que defendia a Teoria Tridimensional do Direito, qualificada pelo fato, valor e norma “Como se vê, um fato econômico liga-se a um valor de garantia para se expressar através (sic) de uma norma legal que atende às relações que devem existir entre aqueles dois elementos” (REALE, 1999, p. 66).

Ora, o fato de que as campanhas publicitárias estão veiculando de maneira desenfreada pelos comerciais direcionados a crianças, ensejou que alguma medida fosse tomada, e que se criasse uma norma mais rígida a fim de tutelar os interesses dos vulneráveis dessa relação de consumo.

Na justificativa do seu Projeto de Lei, o Senador Eduardo Amorim ressalta que “Há necessidade, pois, de criar salvaguardas jurídicas que coloquem nossas crianças – com absoluta prioridade – ao abrigo da exploração, garantindo-lhes o respeito a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.” (BRASIL, 2013).

Argumenta ainda que:

Estudos comprovam que até os oito anos de idade, a criança não consegue distinguir a publicidade do conteúdo dos programas com os quais se diverte. Até os 12 anos, ainda não possui o desenvolvimento necessário para compreender o caráter persuasivo dos anúncios comerciais, eliminando deles o que não é o produto, mas mera fantasia e apelo comercial. (BRASIL, 2013)

Não obstante, as empresas que trabalham na área de publicidade e propaganda têm o dever de formular as propagandas respeitando as leis do país, e ainda, ser honestas e verdadeiras em seus anúncios, conforme recomendam as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, editado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR); organização fundada por entidades do mercado publicitário brasileiro, para regular a publicidade no país com o objetivo de impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas.

Especificamente no tocante a formação e desenvolvimento infantil, o CONAR prescreve:

Artigo 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

[...] c. associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis; [...] f. empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto; [...] h. apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares; (CONAR, 1980)

Como já foi ressaltado anteriormente, as modificações propostas na lei estão em tramitação. No entanto, merecem realce algumas das disposições que ainda estão vigentes na Lei 8069, que dizem respeito à veiculação de programas e publicidade voltada ao público infantil, dentre as quais o artigo 78: “As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.” (BRASIL, 1990), e ainda o artigo 79:

Artigo 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família. (BRASIL, 1990)

Neste sentido, alguns Desembargadores têm pautado seus entendimentos a fim de assegurar os direitos difusos dos consumidores, reconhecendo por meio de seus julgados a abusividade contida em campanhas publicitárias, que se mostram prejudicial ao bom desenvolvimento infantil. Exemplo disso é o acórdão proferido pelos Desembargadores da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgarem a Apelação nº 0342384-90.2009.8.26.0000, da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público em face da empresa Pandurata Alimentos Ltda.

Nesta ação, os Desembargadores reconheceram o caráter abusivo da campanha publicitária que induzia o consumidor criança a adquirir produtos de sua marca e, após juntar cinco embalagens dos produtos denominados Gulosos, poderia efetuar a troca destas, por um relógio mediante o pagamento de cinco reais.

Para o relator, Desembargador Ramon Mateo Júnior:

[...] A publicidade discutida nos autos, referente à linha de produtos “Gulosos” investiu na conhecida modalidade de atrelar um “brinde” à aquisição dos produtos da marca. [...] Considerando-se essa situação, a publicidade induzia as crianças a quererem os produtos da linha “Gulosos” para poderem obter os relógios. [...] Além disso, o fato de uma criança não ter os relógios pode colocá-la em situação de inferioridade perante outras tantas que possuam a coleção. A ingenuidade e a inexperiência das crianças as tornam, muitas vezes, insensíveis, até cruéis com aqueles que são diferentes. (SÃO PAULO. 2013)

Neste acórdão, foi reconhecido que houve por parte do fornecedor abusividade ao se aproveitarem da ingenuidade das crianças que eram o público alvo da campanha e salientaram ainda “É preciso também que um pouco da ingenuidade da criança seja estimulada, a fim de que ela não perca os prazeres da infância” (SÃO PAULO, 2013). De forma idêntica fundamentou a Justiça Pública, afirmando “A ré, no entanto, agiu de forma abusiva. Aproveitou-se da inexperiência e da ingenuidade das crianças para impor a aquisição de seu produto para que elas adquirissem a coleção de 04 relógios de pulso com os personagens do Shrek.” (SÃO PAULO. 2013).

De igual modo, reconheceram a abusividade em campanha publicitária, a Quinta Câmara de Direito Civil, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao julgar o recurso de apelação contra sentença monocrática que se posicionou favorável à ação civil pública intentada pelo Ministério Público em face da editora Abril S/A, que por sua vez tem como mérito da ação, uma campanha publicitária alusiva à comemoração do aniversário da revista Quatro Rodas, de propriedade da editora. De acordo com os fatos narrados na exordial do Ministério Público, a campanha teria apelo abusivo pois veiculava uma conversa entre pai e filha, cujo teor subsume-se que incentiva o apelo sexual pois continha o seguinte diálogo:

"- Oi pai! - Fala filhota. – Sabe que que é pai, eu queria te pedir um favor. – O quê? – Posso trazer meu namorado para dormir em casa, passar a noite fazendo sexo selvagem e acordando a vizinhança toda? – Claro filhota. – Aí paizão, valeu! Sabia que cê ia deixar. - Ufa, achei que ela ia me pedir o carro. Chegou a Quatro Rodas Edição 45. A História do carro da fórmula 1, as tecnologias que revolucionaram o mercado e muito mais. Quem gosta de carro já correu para a banca" [SIC] (SANTA CATARINA, 2013)

No relatório do acórdão o Desembargador Henry Petry Junior, chamou a atenção para a forma execrável em que foi criada a campanha:

Ora, a simples leitura do conteúdo da fala dos personagens denota, no mínimo, o péssimo gosto em que se houve a publicidade. A conclusão, diga-se, não se arrima no fato de que o suposto pai consentiu que sua filha mantivesse relações sexuais com o namorado no âmbito da residência familiar. (SANTA CATARINA, 2013)

Advertiu ainda com sapiência:

O que causa espécie é a inversão de valores pregada pelo anúncio publicitário. Isso porque, ao invés de fomentar comportamentos positivos na relação paterno-filial, a publicidade defende, às escâncaras, que muito mais relevante do que a boa educação e o companheirismo destinados a forjar crianças e adolescentes firmes de caráter, é um bem material. (SANTA CATARINA, 2013)

Como já mencionado outrora, hodierno são os ensinamentos de Miguel Reale, na Teoria Tridimensional do Direito, que se esquadrinha pelo fato, valor e norma; nupérrimo também são suas lições sobre o Direito Comparado, *in verbis*:

O Direito Comparado é um dos campos de pesquisa de maior importância na ciência de nossos dias. Procura ele atingir as constantes jurídicas dos diferentes sistemas de Direito Positivo, a fim de esclarecer o Direito vigente e oferecer indicações úteis e fecundas ao Direito que está em elaboração. (REALE, 1999 p. 311)

Nesse diapasão, deflagra-se congruente a análise do Senador Alvaro Dias, relator do parecer que aprovou o Projeto de Lei nº 493, ao reconhecer o uso do Direito Comparado na elaboração deste projeto “Nos termos do parecer da CTMCDC, a regulamentação da oferta e da publicidade infantil foi estabelecida com base no Direito Comparado, focando nos novos meios tecnológicos e no novo marketing agressivo dirigido a crianças.” (BRASIL, 2014)

Assim sendo, é imperioso frisar que alguns países, já adotam a limitação de conteúdo publicitário voltados às crianças e essa limitação existente nesses países serviram de base para a propositura deste projeto, como bem menciona Isabella Vieira Machado Henriques, (2012, p. 178), os Estados Unidos ainda proibem a exibição de programas comerciais, o *merchandising* testemunhal e em dezenove Estados, a publicidade de adoção de crianças. (o que quer dizer esse trecho?)

A União Européia também veda a veiculação de campanhas publicitárias consideradas prejudiciais às crianças, é o que preleciona a mesma

autora “De maneira geral, as normas existentes sobre o tema determinam que a publicidade dirigida às crianças não apresente informação capaz de causar-lhes danos físicos, mentais ou morais. Não deve explorar sua credulidade e inexperiência.” (HENRIQUES, 2012 p. 180)

O Reino Unido por sua vez, apresenta uma legislação bastante ampla no que concerne a este tema; o Código Britânico de Publicidade e Promoções de Vendas proíbe diversas práticas na formulação do conteúdo publicitário, dentre os quais é oportuno destacar:

[...] (xi) é proibido insinuar que a criança será inferior se não usar o produto ou serviço anunciado; (xii) não é permitido que um ator criança comente características do produto ou serviço além daquilo que uma criança da sua idade falaria; (xiii) é proibida a publicidade para crianças que ofereça produtos ou serviços por telefone, correio, internet, e celular; (xiv) é proibido encorajar a valentia. (HENRIQUES, 2012 P. 182)

A Suécia também se mostra muito avançada no que diz respeito à legislação sobre o tema; nesse país, como bem analisa Henriques (2012, p. 186), a publicidade dirigida à criança menor de doze anos, em horário anterior às 21 horas, é proibida desde 1991, sendo que esta proibição foi regulamentada pela Lei de Rádio e Televisão.

Isto posto, é notável que assiste razão na proposta de Lei do Senado, não obstante é de bom grado lembrar mais uma vez o que ensina Miguel Reale “Não será demais advertir, a fim de prevenir equívocos, que o Direito Comparado não pode se reduzir ao mero confronto de códigos e leis de diversos povos, sem se levar em conta as estruturas sociais de cada um deles.” (REALE, 1999 p. 311). Isto é, não basta somente comparar leis e copiá-las, é preciso que seja adequada à bagagem cultural e seja considerada realidade social em que sem encontra o local onde serão implementadas as modificações legais.

5 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE A PROTEÇÃO DE DIREITOS DIFUSOS

A Constituição Federal de 1988, devido a sua forma analítica contempla diversos direitos fundamentais que estão elencados no bojo dos seus artigos, desse modo consagra o artigo 5º, inciso IV, dispositivo concernente à

liberdade de expressão “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988), e ainda o inciso IX “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;” (BRASIL, 1988)

Essa liberdade é corroborada por outro dispositivo constitucional:

Artigo 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.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988).

O autor Gilmar Mendes (2014, p. 263) aponta que incluem-se na liberdade de expressão, faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem etc.).

É irretocável o preceito de Sankievicz (2011, p. 22), de que a liberdade de expressão deriva antes de tudo de um imperativo moral fundado na proteção de autonomia individual e, por conseguinte o mesmo autor ressalta que:

A expressão livre deve ser protegida independentemente dos benefícios ou malefícios sociais que possam resultar do exercício dessa liberdade. Deve também ser interpretada como um instrumento de garantia da autonomia discursiva do indivíduo, como uma dimensão de sua liberdade e dignidade pessoal. (SANKIEVICZ, 2011 p. 23)

Tomando por base os ensinamentos supracitados, temos a noção de que expressar-se é algo intrínseco à qualidade de pessoa humana, logo, podemos dizer que é uma das formas mais primitivas de exteriorização da liberdade de um ser vivo que devido sua racionalidade, à medida em que concatena ideias sente necessidade de declará-las. Esta liberdade consubstancia-se ainda em uma forma justa de construir o direito, como bem revela Sankievicz:

Representa também a opção pelo acolhimento de uma sociedade complexa, composta por um grande rol de grupos sociais, econômicos e culturais, que deve buscar mecanismos compatíveis com a igual liberdade e participação de todos na construção do direito legítimo. (SANKIEVICZ, 2011 p. 47)

Também partilha desse entendimento o autor Gilmar Mendes “A liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre) (MENDES, 2014 p. 264)

O sentido desse preceito constitucional segundo Mendes (2014, p. 264), enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura; compreendendo “[...] que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem previa, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem.” (MENDES, 2014 p. 265)

Expressão, segundo o conceito do dicionário é “1. Ação ou efeito de exprimir (-se). 2. Enunciação de pensamento por meio de palavra escrita ou falada; locução, frase. 3. Viveza; expressividade. 4. Manifestação (de pensamento, sentimento, etc.) por meio de gestos ou atitudes.” (LUFT, 2002 p. 315). Dito isso, há de se entender que esse direito não se restringe à forma escrita ou falada; sendo assim, Mendes revela que já houve julgado do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a manifestação de expressão despontada apenas através de gestos:

No direito brasileiro, a propósito, o STF registra precedente em que se afastou a punição criminal, como atentatória ao pudor, de conduta de certo diretor de teatro, que reagiu a vaias, expondo as nádegas desnudas ao público. Considerou-se o tipo de espetáculo em que o acontecimento se verificou e o público que a ele acorreu, para se ter, no episódio, o intuito de expressão simbólica como preponderante sobre os valores que a lei penal visa tutelar. (MENDES, 2014 p. 269)

Como já suscitado anteriormente a razão de ser desse direito fundamental, explica-se na vedação à censura por parte do poder público, de outra forma há a necessidade de prestigiar uma limitação a esse direito fundamental, obsta-se este direito quando posto em confronto com interesses maiores, caso em que podem ser citados os interesses de crianças e adolescentes, que são colocados em prioridade pela Magna Carta:

A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano. A liberdade de expressão, num contexto que estimule a violência e exponha a juventude à exploração de toda sorte, inclusive a comercial, tende a ceder ao valor *prima facie* prioritário da proteção da infância e da adolescência. (MENDES, 2014 p. 271)

A proteção à criança que dispõe a Constituição Federal e outros códigos infraconstitucionais é o deslinde do Projeto de Lei do Senado nº 493, que, conforme já mencionado, tende a restringir o conteúdo de publicidades voltadas a este público, que nas palavras do autor do projeto, o Senador Eduardo Amorim “não atenta contra a liberdade de expressão, mas se constitui instrumento de defesa da sociedade contra práticas abusivas.” (BRASIL, 2014)

O atentado a que se refere o Senador, diz respeito aos órgãos de comunicação da mais variada sorte que serão diretamente alcançados caso seja aprovado e entre em vigor o Projeto de Lei proposto; sua justificativa é a defesa à coletividade em prejuízo de uma classe específica.

Há ainda outros valores que se colocados em detrimento a esse direito fundamental, irão se sobrepor, sem dúvidas, todavia estes prescindem de realce, visto que não serão abarcados pelo trabalho em tela.

Urge frisar, porém, que cabe sanção àquele que respaldando-se nesse direito fundamental empregar conduta ilícita e ferir o direito alheio, é o que leciona Mendes “Assim, o comportamento não protegido pela liberdade de expressão, que viola direito fundamental de outrem, pode vir a motivar uma pretensão de reparação civil ou mesmo ensejar uma reprimenda criminal.” (2014 p. 279)

Sobrepujado o estudo acerca desse mandamento constitucional, é justo estudar os direitos ou interesses difusos, de maneira que se compreenda sua importância como critério de sopesamento utilizado para a restrição de certos direitos pelo poder público em nome desse instituto jurídico.

Em termos conceituais dispõe o artigo 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, que os interesses ou direitos difusos, são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Miragem (2013, p. 632) destaca que trata-se de direitos ou interesses que independem da existência de uma relação jurídica anterior entre seus titulares e aqueles contra quem serão tutelados.

Esse mesmo autor, seguindo os ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli, defende que há diferença entre interesses difusos e coletivos: “[...] os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito ao grupo, categoria ou classe de pessoas

determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.” (MIRAGEM, 2013 p. 632).

Para Andrade (2012 p. 20), há características que identificam os interesses difusos, quais sejam a (in) divisibilidade do seu objeto; o fator de agregação dos sujeitos (situação de fato ou relação jurídica em comum); e a (im) possibilidade de identificar os seus titulares.

Sobre a indivisibilidade do objeto ele define:

Isso significa que a ameaça ou lesão ao direito de um de seus titulares configura igual ofensa ao direito de todos os demais titulares, e o afastamento da ameaça ou a reparação do dano causado a um dos titulares beneficia igualmente e a um só tempo todos os demais titulares. (ANDRADE, 2012 p. 21).

Já a situação fática comum: “Portanto, o que caracteriza, sob esse aspecto, um direito difuso, é que todos os seus titulares são titulares exatamente por estarem numa determinada situação fática homogênea.” (ANDRADE, 2012 p. 22). Salaria ainda que diferente dos direitos coletivos, os interesses difusos possuem liame fático e não jurídico, portanto não há necessidade que os detentores do direito atacado estejam ligados por um vínculo jurídico entre si ou com a parte contrária, basta que se encontrem na situação prevista na norma de direito material que positivou e garantiu este direito. (Andrade, 2012, p. 22)

Com efeito, Andrade conceitua que “são os interesses ou direitos objetivamente indivisíveis, cujos titulares são pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas entre si por circunstâncias de fato.” (2012 p. 24)

No tocante ao liame fático, parelhos são os preceitos de Miragem “[...] são exemplos de interesses difusos passíveis de tutela coletiva os dos consumidores expostos à publicidade enganosa ou abusiva, ou ainda a práticas comerciais abusivas, mesmo que não tenham adquirido ou utilizado qualquer produto ou serviço.” (2013 p. 633) Destarte complementa:

Basta, neste sentido, esta potencialidade de dano, para que haja o interesse difuso de todos os consumidores de coibir a continuidade do ilícito, reprimir a iniciativa via ação de reparação (que reverte em favor do fundo de direitos difusos) ou outros meios previstos em lei (e.g. contrapropaganda), ou ainda a prevenção de futuros comportamentos ilícitos com o mesmo teor. (MIRAGEM, 2013 p. 633)

No que concerne à efetiva defesa dos direitos difusos, a lei consumerista estatui:

Artigo 82 Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I o Ministério Público

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

(BRASIL, 1990)

Dessa maneira, aos moldes do artigo 81 do mesmo *códex* são essas entidades as legitimadas a defender os interesses dos consumidores em juízo desde que se tratem de ofensa aos direitos difusos, nesse panorama é fácil deflagrar a importância desse instituto no estudo do Direito.

Muito embora o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar dos direitos difusos, faça menção à sua proteção por meio da Tutela Jurisdicional do Estado, elencando no artigo 82 quem está legitimado a promover ação coletiva em favor dos direitos do consumidor; o que se buscou neste capítulo foi classificar, e enaltecer a importância do reconhecimento dos direitos difusos ainda na fase inicial do processo legislativo.

Sendo assim, na situação fática em destaque, o Projeto de Lei nº 493, que devido ao seu teor não é visto com bons olhos por quem se sentiu prejudicado por seu conteúdo, não há que se falar em restrição a direito fundamental, qual seja o direito fundamental de livre expressão, haja vista que, do outro lado está defesa pela formação cultural e psicológica das gerações que estão sendo formadas e forjando seu patrimônio moral e intelectual, que por suas peculiaridades são facilmente influenciáveis.

Por outro lado, o cerceamento à livre expressão implicaria na odiosa censura já vivida neste país e tão repudiada nos tempos atuais, o que não se revela verídico ao analisar tal projeto, muito pelo contrário demonstra um avanço alcançado pelo Direito brasileiro a exemplo de outros países desenvolvidos, que já obstaram o conteúdo de campanhas publicitárias a fim de preservar crianças e adolescentes de hábitos consumistas, não obstante, o consumismo desenfreado culmina em outra preocupação que tem tomado corpo atualmente, o fenômeno do

superendividamento, que tem assolado famílias das mais variadas classes econômicas.

No que diz respeito ao superendividamento categoricamente pontuam Neves e Tartuce, ao citar os apontamentos de Claudia Lima Marques, Herman Benjamim e Bruno Miragem:

O superendividamento pode ser definido como impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio. (NEVES; TARTUCE, 2014, p 70)

Revela-se, portanto que existem consumidores que se veem endividados em demasia, vítimas do consumismo descontrolado, de tal modo que seus rendimentos não são suficientes para saldar seus débitos, logo, necessitam serem reeducados financeiramente. Por outro lado, é importante salientar que é mais eficaz ensinar a criança desde suas primeiras relações de consumo do que tentar reeducar um adulto que se viciou em consumo e não tem controle sobre suas compras.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, a conclusão a que se chega, é de que é justo, oportuno e louvável a intervenção do poder público, neste caso do Poder Legislativo, na forma de veiculação e restrição no conteúdo exibido em campanhas publicitárias, ao longo do trabalho em diversas oportunidades foi mencionado a debilidade da criança em identificar as mensagens publicitárias como tal, de modo que reconheçam que o que é apresentado nesta ou naquela campanha não traduz a realidade. Olhando sob este aspecto vale lembrar da infância e de oportunidades em que o desejo de criança era ser como a personagem do programa de televisão preferido, via de regra o herói com super poderes, que passava na propaganda de televisão. Trazem lembranças também, estas já não tão boas de quando por vezes brotou no coração o sentimento de inferioridade por não possuir a roupa daquele herói adorado, ou o tênis que vinha com o brinquedo favorito, sensação de inferioridade ainda que se acentuava quando um parente ou amigo próximo possuía tal objeto.

Pois bem, muitas gerações passaram por isso sem nenhum trauma mais severo e seguiram suas vidas, no entanto há uma verdade inegável de que os tempos mudaram e o acesso à informação, às tendências da moda, à outra cultura se alastrou violentamente com o passar dos anos, ainda mais com a popularização da televisão e ao final dos anos noventa com a disseminação da internet, quase nada passa despercebido atualmente, a velocidade em que as crianças têm acesso aos mais diversos conteúdos é impressionante.

Ora, não paira dúvidas de que há razoabilidade nesse desiderato de restringir o conteúdo de campanhas publicitárias; porém, resta dúvida quanto à aprovação do Projeto de Lei apresentado, como foi debatido no item 2 deste trabalho, sob o título Princípios Gerais do Direito do Consumidor, o consumidor se encontra em posição de vulnerabilidade frente ao fornecedor, sendo que uma destas vulnerabilidades é denominada pela doutrina citada como vulnerabilidade política, que por sua vez também foi conceituada, em linhas gerais chama-se a atenção ao forte apelo político que possuem as empresas publicitárias e demais empresas que seriam afetadas diretamente caso o Projeto de Lei saia da gaveta e realmente seja aprovado e sancionado, sabe-se que há muito dinheiro envolvido tanto por parte de quem efetivamente cria o anúncio publicitário, como de quem irá veiculá-lo, a exemplo das emissoras de televisão aberta, que ocupam densa parte destas campanhas e afetam as massas, logo que, deveras a televisão por vezes é o único meio de entretenimento da população em especial de média e baixa renda.

Dito isso, é de se enaltecer a grande valia que a moderação na essência e horários das propagandas trarão aos mais jovens abarcados pelo conceito jurídico das palavras criança e adolescente, tanto é que países desenvolvidos já observando os possíveis prejuízos que a falta de regulamentação pode trazer, já adotam há algum tempo essa delimitação.

No entanto, há que se falar no dever da família em educar uma criança e incentivá-la à educação e buscar outros meios de informação e cultura, tais como os livros, que na sua esmagadora maioria só trazem benefícios àqueles que se deleitam de seu conteúdo, benefícios estes que podem ser observados na maneira e forma de escrever frisa-se aqui a ortografia, sem falar ainda na forma de conversar e se portar perante outras pessoas, enfim o enriquecimento cultural e intelectual é imensurável.

Por derradeiro, dentre todas as conclusões apontadas, aquela que parece primordial é que se trata de uma questão de educação, até mesmo educação financeira, pois também foi citado no correr do trabalho, o fenômeno do superendividamento que vem tomando conta de muitas famílias, tendo em vista a falta de controle com os gastos e com o consumo desenfreado, que leva o indivíduo a gastar além daquilo que dispõe em sua receita, assim sendo, as crianças devem ser protegidas e vistas como os líderes do futuro que irão assumir as funções inerentes à manutenção de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 6ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ANDRADE. Adriano. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012 Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4359-/pages/53495873>. Acesso em 23.10.2015.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

BOMFIM, Ana Paula Rocha do; CARDOSO, Andréa. **Criança e adolescente na relação de consumo: uma análise ético-jurídica à luz da Economia Política da Comunicação**. Disponível em: <http://www.portcom.intercom.org.br/navegacaoDetalhe.php?id=51355>. Acesso em: 27.05.2015

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23.03.2015.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.** Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em 23.03.2015.

_____. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm. Acesso em 23.03.2015

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 360 de 2012.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=107791
Acesso em 20.05.2015

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 493 de 2013.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115488. Acesso em 20.05.2015.

CONAR. **Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Código brasileiro de autorregulamentação publicitária).** Disponível em: <http://www.conar.org.br>. Acesso em 23. 03. 2015.

DELBEN, Ana Cleusa; BERTOLAZO, Ivana Nobre. **Manual para Elaboração e Apresentação de Trabalhos Acadêmicos e Científicos da FACNOPAR.** Apucarana, 2015.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança.** 1ed. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor Interpretado.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica.** 9ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUFT, Celso Pedro. **Minidicionário Luft**. 20 ed. São Paulo: Ática, 2002

MALMESBURY, Thomas Hobbes. **O Leviatã** ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Disponível em: <file:///C:/Users/W7/Downloads/LEVIAT%C3%83+THOMAS+HOBBS+DE+MALMESBURY.pdf>. Acesso em: 28.05.2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218765/pages/109117907>. Acesso em 22.10.2015

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOARES, Paulo Brasil Dill. **Princípios básicos de defesa do consumidor** (institutos de proteção ao hipossuficiente). Editora de Direito, 2001.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Apelação. 0342384-90.2009.8.26.0000. Rel. Desembargador Ramon Mateo Júnior. Disponível em: <http://buscador.tjsp.jus.br/easysearch/searchview.html#q=Apela%c3%a7%c3%a3o.%200342384-90.2009.8.26.0000>. Acesso em: 20.05.2015.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação. 251804420098260053 Rel. Desembargador Vicente de Abreu Amadei. Disponível em: <http://0> Acesso em: 25.05.2015.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de Expressão e Pluralismo**. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502105553/recent>. Acesso em 22.10.2015

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível. 249201-sc-2007024920-1 Rel. Desembargador Henry Petry Junior. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21015914/apelacao-civel-ac-249201-sc-2007024920-1-tjsc/inteiro-teor-21015915>. Acesso em 17-10-2015

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

YOUTUBE. **Instituto ALANA - Projeto Criança e Consumo**. wmv Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pSWs7sqbAQQ>. Acesso em: 25.05.2015

_____. **Publicidade infantil fere direitos da criança** Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=SRPOIZUXe_A. Acesso em: 25.05.2015