



PUBLICIDADE INFANTO-JUVENIL: PROIBIÇÃO E AMORTIZAÇÃO SEGUNDO A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Amanda Rocha dos Santos*

Renata Tavares Afonso Fonseca*

RESUMO

O presente estudo pretende tecer breves abordagens sobre a implicação negativa da publicidade infanto-juvenil. Aborda como este tipo de divulgação vem ganhando a atenção do direito devido ao intenso desenvolvimento dos meios de comunicação. Através da exposição de diversos dispositivos do ordenamento jurídico, busca demonstrar o papel do hermeneuta na solução do conflito existente entre os direitos dos anunciantes e os do público infanto-juvenil frente à inexistência de regulamentação específica. Sugere a utilização do método de interpretação sistemática, concluindo que a melhor solução consiste na conciliação de direitos, eliminando paulatinamente a publicidade infantil e permitindo com ressalvas a publicidade juvenil.

Palavras-chave: Publicidade. Criança. Adolescente. Ordenamento. Interpretação Sistemática.

* Graduanda em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Estagiária PRT 21ª Região. Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4330686T0>>.

* Graduanda em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), monitora de direito da criança e do adolescente, membro do grupo de pesquisa "Jurisdição, Democracia e Direitos Fundamentais". Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4325493Y0>>.

1 INTRODUÇÃO

A publicidade é meio de divulgação com vistas a facilitar o acesso à aquisição de produtos para aqueles considerados potenciais compradores. Com o intuito de reunir interessados a determinados produtos, comerciantes e publicitários classificam seus públicos alvos e constroem os mecanismos publicitários necessários para lhes chamar a atenção, fato que também ocorre com relação ao público infanto-juvenil.

Cumprir trazer à baila no presente trabalho as implicações que a publicidade pode causar no imaginário de crianças e adolescentes. Aceitando que inexistente regulamentação legal específica para disciplinar a matéria, diversos dispositivos do Ordenamento Jurídico podem ser aplicados, em conformidade com os ditames da Constituição Federal, para selecionar o melhor caminho a se seguir diante das várias alternativas de solução que podem ser propostas.

A presente pesquisa intenta demonstrar como a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro tem papel fundamental na busca pela melhor solução. Esta interpretação é a capaz de demonstrar a vontade do sistema jurídico adotado pelo Brasil, sem deixar de representar as orientações constitucionais.

Nesse contexto, em que conflitam os interesses econômicos dos comerciantes e os interesses humanos dos infanto-juvenis, o melhor caminho a se seguir é o da compatibilização de interesses, alternativa de solução que tentaremos demonstrar ao longo do estudo que segue.

2 PUBLICIDADE INFANTO-JUVENIL

É certo que as crianças e os adolescentes desfrutam de proteção especial no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Diz-se que eles gozam de absoluta prioridade, situação jurídica absolutamente protegida pela Constituição Federal através de seu art. 227, o qual consagra os direitos fundamentais destes seres, repetindo os direitos humanos garantidos aos cidadãos como um todo e acrescentando outros que respeitam sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (PEREIRA, 2008, p. 791).

A Publicidade Infanto-juvenil, como se pode observar da simples interpretação literal da expressão, é a publicidade voltada para crianças e adolescentes. Nesta espécie de *merchandising*, as empresas e agentes publicitários adotam como público alvo de seus produtos os indivíduos que se encontram na faixa etária de até dezoito anos incompletos, isto é: as crianças (pessoas até doze anos de idade incompletos) e os adolescentes (aqueles que

possuem entre doze e dezoito anos de idade), conforme classificação etária adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente¹.

Neste ínterim, realizando estudos técnicos e psicológicos sobre a melhor forma de articular seus anúncios publicitários, os anunciantes constroem suas estratégias de venda sem levar em consideração a condição peculiar de desenvolvimento de crianças e adolescentes, muitas vezes usurpando-se de sua vulnerabilidade. Esse fato, cumpre dizer, é justificado pelos resultados econômicos e por eles estimulado, em grande parte, se não completamente².

Não obstante este resultado econômico, não se pode ignorar a condição das crianças e adolescentes de receptoras das mensagens publicitárias. Sobre o tema, sábias foram as palavras do Conselho Regional de Psicologia do Estado do Rio de Janeiro (2008), entidade que se preocupou com o assunto e escreveu o que segue:

A autonomia intelectual e moral é construída paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo [...] da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade. [...] Como as propagandas para público infantil costumam ser veiculadas pela mídia, e que a mídia costuma ser vista como instituição de prestígio, é certo que seu poder de influência pode ser grande sobre as crianças. Logo, existe a tendência de a criança julgar que aquilo que mostram é realmente como é, e que aquilo que dizem ser sensacional, necessário, de valor, realmente possui essas qualidades. [...] Quanto ao adolescente [...] isso se deve mais à falta de experiência de vida do que a características estruturais do seu intelecto e de sua moral. [...] é mais fácil despertar vontades em quem ainda não se fixou sobre quererem próprios do que em pessoas que já possuem algumas metas definidas [...].

Desta maneira, ultrapassada a fase preliminar de apresentação do tema, pode-se dizer que a propaganda comercial, em especial a direcionada para pessoas que ainda não

¹ O diploma normativo que cuida da proteção integral de crianças e adolescentes, no Brasil, é o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o qual, em seu art. 2º, dispõe: “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”. De acordo com o parágrafo único deste mesmo dispositivo, apenas em casos excepcionais e expressamente autorizados em lei, aplica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente para pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

² De acordo com a Revista Caderno Econômico, dentro do mercado de planos de previdência privada, 4% do faturamento do setor é com o público mirim. Cfr. Matéria de Catherine Vieira “Pequenos grandes investidores”. Valor Econômico. Caderno Eu &. São Paulo, 16 de dezembro de 2002 citado por CREPALDI, Lideli; GIACOMINI FILHO, Gino. “O público infanto-juvenil como alvo secundário da propaganda da esfera dos adultos”. NP 03 Publicidade, propaganda e marketing do IV Encontro dos Núcleos de Pesquisa Intercom. No prelo. Informação encontrada no site: <<http://galaxy.intercom.org.br:8180/dspace/bitstream/1904/17450/1/R0555-1.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2011.

completaram seu período vital e natural de maturação física, psicológica e emocional, recebe regulamentação pelo ordenamento jurídico, apesar de não específica³.

Apoiando-se em elementos de fácil compreensão e anúncios intelectualmente simples, os publicitários muitas vezes fazem uso de figuras e personagens que já fazem parte do imaginário juvenil para despertar o interesse dos púberes⁴.

Neste sentido, também enuncia o supracitado Conselho de Psicologia:

Portanto, é correto dizer que a criança [...] não possui a sofisticação intelectual para abstrair as leis (físicas e sociais) que regem esse mundo e avaliar criticamente os discursos que outros fazem a seu respeito. [...] não devemos esquecer que a publicidade é um discurso, com frases e imagens. [...] Ora, para avaliar a distância que não deixará de haver entre as imagens mostradas na televisão e a realidade, é preciso as ferramentas intelectuais de que falamos, é preciso avaliar a relação entre o ‘real’ [...] e o possível [...]. Isto nem é sempre fácil para adultos, e menos ainda para crianças [...] Logo, é certo que certas propagandas podem enganar as crianças, vendendo-lhes gato por lebre, e isto sem mentir, mas apresentando discursos e imagens que não poderão ser passados pelo crivo da crítica. [...].

Destarte, conforme os pensamentos acima explicitados, mesmo quando não há por parte da categoria publicitária a intenção de ludibriar o público jovem, vê-se que – e isso, ressalte-se, de acordo com a opinião de especialistas -, mesmo assim, eles conseguem facilmente convencê-lo pela simples razão de não possuir formação crítica.

De tal modo, tendo em vista os apontamentos acima, a prática publicitária de persuadir o público jovem merece especial atenção do mundo jurídico como um todo. Isso se deve, principalmente, ao momento atual, em que doutrina e jurisprudência vêm dando maior atenção ao assunto e legislativo se propõe a editar lei, não obstante a proteção que a Constituição Federal já garante a estes indivíduos⁵ – conforme se verificará a seguir.

³ Isto se deve, em grande parte, à preocupação que se tem em relação ao poder de persuasão que tais institutos, típicos de uma sociedade que adota o modelo econômico capitalista, possuem frente aos seus destinatários.

⁴ Outrossim, o próprio cotidiano permite-nos perceber o quanto a publicidade voltada para o público infanto-juvenil se utiliza injustamente da fragilidade intelectual que estes seres apresentam, principalmente no que diz respeito à ingenuidade e credulidade das crianças, para alcançar seus objetivos mercadológicos.

⁵ A Constituição Federal, ao enquadrar as crianças e os adolescentes como verdadeiros sujeitos de direito, mas com a condição peculiar e sempre respeitada de ser em desenvolvimento, estabeleceu um novo paradigma na cultura jurídica, o de sempre levar em consideração essa situação especial. Assim, conforme as palavras de Flávia Piovesan (2003, p. 296-297): “este novo paradigma fomenta a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e consagra uma lógica e uma principiologia voltadas a assegurar a prevalência e a primazia do interesse da criança e do adolescente”.

3 A SISTEMATIZAÇÃO JURÍDICA DA PUBLICIDADE INFANTIL

Como se sabe, não há fato sem direito que se lhe aplique. Diferente não poderia ser com o tema da publicidade infantil. Essa afirmação é verdadeira, uma vez que não existe no ordenamento jurídico brasileiro legislação específica que regulamente o tema, subsistindo apenas normas esparsas que podem lhes ser aplicadas através de uma interpretação sistemática.

Nesse desiderato, para realizar de forma salutar essa técnica hermenêutica de interpretação, os aplicadores do direito não podem desconsiderar a denominada técnica da ponderação, analisando com razoabilidade quais são os dispositivos do ordenamento que podem ser aplicados à problemática em questão, concluindo para a solução mais viável e adequada diante do contexto jurídico nacional.

A ponderação, conforme Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos, no livro “A Nova Interpretação Constitucional” (BARROSO, 2006, p. 345), é a técnica de decisão aplicável a casos difíceis (ou *hard cases*, do inglês) em que a técnica clássica subsuntiva se mostrou insuficiente, em especial quando a situação concreta dá ensejo à aplicação de normas que indicam soluções diferentes. São as palavras dos autores:

A dificuldade que se acaba de descrever já foi amplamente percebida pela doutrina; é pacífico que casos como esses não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexos [...], produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar de *técnica da ponderação*. [grifos dos autores]

Desta feita, a *cor* que deve prevalecer no caso concreto da publicidade infanto-juvenil deve ser aquela que representa o direito a uma proteção especial das crianças e adolescentes. E isso, claro, conforme o posicionamento acima apontado, sem deixar de considerar e permitir a expressão dos diversos outros direitos constantes do ordenamento que conflitem de alguma forma com a proteção especial dada aos seres em desenvolvimento.

Adiante, será abordado quais âmbitos do direito, e, mais especificamente, quais dispositivos jurídicos podem ser aplicados no caso da publicidade voltada para crianças e adolescentes, principalmente, ressalte-se, no que diz respeito à defesa e proteção desses indivíduos.

3.1 A Constituição Federal: direito à dignidade e respeito dos seres em desenvolvimento versus liberdade de expressão

A Constituição Federal, em seu art. 227, *caput*, garante às crianças e aos adolescentes a absoluta prioridade de direitos, estabelecendo, assim, o Princípio da Proteção Integral. Apreende-se tal assertiva da leitura deste dispositivo, o qual estabelece, *in verbis*:

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

Não obstante a proteção dada aos *infanto-juvenis*, na qual tanto a família, quanto o Estado e a sociedade em geral são responsáveis, a Constituição Federal, em seu art. 220, *caput*, inaugurando capítulo dedicado à comunicação social, garante o direito à liberdade de expressão dos publicitários estabelecendo que “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”.

Sabe-se que a Constituição Federal se consubstancia em um sistema aberto de regras e princípios, que um problema é toda questão que – ao menos aparentemente – admite mais de uma resposta, e que a tópica é a técnica do pensamento problemático (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 123). Sendo assim, não se pode negar que a problemática da publicidade *infanto-juvenil* requer a utilização do emergente modelo de interpretação concretizador, dando-se ao intérprete do direito a prerrogativa de escolher e aplicar a melhor solução para o caso concreto apresentado, sem deixar de considerar, obviamente, a ponderação de valores.

Inocência Mártires Coelho (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 113), ao tratar dos limites da interpretação constitucional e da autonomia do objeto nas ciências de espírito, com clareza dissertou sobre a impossibilidade de o aplicador do direito fugir da intenção das normas constitucionais. É o que se observa adiante, *ipsis litteris*:

Consoante esse paradigma, cumpre ao intérprete procurar extrair o significado *inerente* às formas representativas, em vez de tentar atribuir-lhes, *ab extra* e de modo arbitrário, ou até mesmo fraudulentamente, sentidos outros, a elas de todo estranhos ou nem longe de coincidentes com aquilo que imaginava seus criadores [grifos do autor].

Assim, e mais especificamente no caso da publicidade voltada para crianças e adolescentes, o aplicador do direito não pode fugir da intenção da norma constitucional, que no caso é a de limitar o direito à liberdade de expressão dos publicitários ao direito especial de proteção da integridade psíquica e moral da sociedade infanto-juvenil.

Tal conclusão não advém unicamente de posicionamento jurídico adotado neste trabalho, decorre da própria hermenêutica constitucional, uma vez que a Constituição Federal expressamente determinou que o direito da comunicação social não poderá sofrer qualquer restrição, desde que seja “observado o disposto nesta Constituição”⁶ (art. 220, *caput*, parte final).

Nas palavras da autora Tânia da Silva Pereira (2008, p. 791), no art. 220:

O legislador constituinte enfatizou o princípio da hermenêutica constitucional da interpretação conforme a Constituição, deixando claro que a garantia da liberdade de expressão e manifestação do pensamento precisa respeitar de igual modo outros direitos constitucionalmente protegidos. [...] Sendo assim, por prioridade absoluta de direitos elencados no art. 227, CF deve-se entender o parâmetro a ser considerado no caso de colisão de direitos. Este é o sentido da norma, de total clareza, mas que a neblina da sociedade capitalista não permite que transparea sua verdadeira *ratio*.

Continuando seus pensamentos, ainda assevera (PEREIRA, 2008, p. 792):

Voltando-se ao tema em questão, conclui-se que, quando houver o conflito entre direitos constitucionalmente garantidos, tendo de um lado o direito humano da criança (art. 227, CF) e de outro o direito econômico das emissoras de televisão, ou provedores de Internet, mascarado pela liberdade de expressão do art. 5º, CF, deve-se fazer a ponderação levando em conta a absoluta prioridade daqueles que estão em desenvolvimento, para se identificar o núcleo de proteção inatingível dos princípios.

⁶ Outra conclusão não se poderia chegar, outrossim, que, na aplicação deste dispositivo, o que o intérprete deve *observar* é justamente a proteção especial que recebem crianças e adolescentes.

Sendo assim, acompanha-se o pensamento acima, acrescentando que a necessária ponderação entre os princípios apresentados deve considerar o núcleo de proteção das normas expostas, fazendo com que ambos coexistam pacificamente.

Desse modo, deve-se sempre observar o que as normas almejam de fato proteger, e, sendo no caso do art. 227 a integridade e dignidade da sociedade juvenil, deve-se restringir a liberdade de expressão dos agentes publicitários nos limites em que esta expressão atinja tais direitos das crianças e adolescentes, isto é, o direito a uma formação e maturação digna e saudável.

3.2 O Código de Defesa do Consumidor e a publicidade enganosa ou abusiva

Na seara do controle da publicidade enganosa ou abusiva, o Código de Defesa do Consumidor foi inovador. Antes de seu advento, existiam apenas algumas leis esparsas que cuidavam do abuso de publicidade dentro do seu âmbito de aplicação – como ocorria com a Lei nº 4.591/64, com relação ao lançamento de incorporações imobiliárias.

Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, isto é, da Lei nº 8.078 de 1990, criou-se regulamentação clara e genérica para tentar conter a má gestão da publicidade por aqueles que cuidam desse tipo de atividade⁷. O código, além de estabelecer princípios norteadores do que seja publicidade enganosa e abusiva, cuidou de prever delitos em espécie para controlá-la, além de estabelecer suas respectivas sanções⁸.

Sobre o tratamento dado à publicidade enganosa e abusiva, leia-se o seguinte dispositivo do Código de Defesa do Consumidor:

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

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

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, *se aproveite da deficiência*

⁷ A criação de uma regulamentação ampla e abstrata sobre o tema da publicidade era uma necessidade da sociedade em geral, sobretudo quando se observa o surgimento de diversas formas de veiculação da publicidade, muito em virtude do notável processo de evolução tecnológica, a qual também propiciou a produção de bens e serviços das mais variadas espécies (FILOMENO, 2007, p. 309).

⁸ O art. 67, do Código de Defesa do Consumidor, prevê punição para aqueles que praticam a conduta de “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”, estabelecendo pena de detenção de três meses a um ano, cumulada com multa, para quem efetue o delito.

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.⁹[grifos nossos].

Deve-se ter presente, para a boa compreensão do dito dispositivo, que o legislador buscou proteger de engano e de abuso todos os consumidores, mostrando uma preocupação especial – e isto deve ser reconhecido em virtude da previsão expressa do seu §2º - à deficiência de julgamento e experiência da criança – e porque não dizer, também, do adolescente, apesar de este não aparecer expressamente no dispositivo¹⁰.

Assim, mesmo aqueles que são contrários a dita interpretação não podem negar que os dispositivos consumeristas dantes colacionados, colocados lado a lado de todas as normas elencadas em tópicos anteriores, bem como com as que serão tratadas a seguir, induzem à afirmação de que o ordenamento jurídico brasileiro tende a restringir a liberdade dos anunciantes frente aos direitos intrínsecos dos seres em desenvolvimento.

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro carece apenas de legislação específica para solucionar toda a celeuma que existe sobre o tema em jurisprudência e doutrina¹¹.

3.3 O Código Civil e a capacidade para relações de consumo

É importante enfatizar que o Código Civil de 2002, ao dispor acerca das incapacidades das pessoas naturais, inseriu os menores de dezesseis anos no seu art. 3º, rol dos absolutamente incapazes. Na concepção de Gonçalves (2009, p. 85), incapacidade “é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra”.

O referido Código considera que até atingir os dezesseis anos, o ser humano não tem completado o seu desenvolvimento intelectual e nem mesmo o poder de adaptação às

⁹ Assim, é *enganosa* a publicidade que, por qualquer meio, seja capaz de gerar dúvidas ou induzir a erro o consumidor; e *abusiva* a que se configure em uma das possibilidades elencadas não exaustivamente no parágrafo segundo do dispositivo retrocolacionado. A publicidade enganosa mais tem a ver com a veracidade das informações trespassadas pelos anunciantes, não dizendo respeito ao *modus procedendi* pelo qual tais informações foram veiculadas. Nas lições de Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 117): “O Código consagrou o princípio da veracidade da publicidade ao proibir a publicidade enganosa”.

¹⁰ Nesta esteira, há que se somar aos argumentos expostos em tópicos anteriores, que também o Código de Defesa do Consumidor, mesmo que genericamente, protege as crianças e adolescentes da publicidade enganosa e abusiva, tendo em vista a especial condição em que se encontram.

¹¹ Poder-se-ia dizer, por melhor, que falta na verdade vontade ou coragem legislativa para encerrar de vez qualquer discussão que haja sobre o tema da publicidade infanto-juvenil, encarando os poderosos que poderiam ser economicamente prejudicados com a solução do problema e assegurando às crianças e aos adolescentes direitos básicos já consagrados, porém mitigados.

condições da vida social, não tendo discernimento suficiente para dirigir sua vida e seus negócios. Em virtude disso, esses indivíduos devem ser representados juridicamente por seus pais, tutores ou curadores, conforme reverbera Francisco Amaral (2003, p. 232-233) no instante em que leciona:

Até os 16 anos, considera-se que o ser humano não tem o necessário discernimento para a prática de atos jurídicos, pelo que não se pode validamente praticar. A incapacidade é absoluta e tais atos serão nulos [...]. A incapacidade absoluta impede a prática dos atos da vida civil. Embora com capacidade de direito, o agente não pode exercer sua vontade para produzir efeitos jurídicos. O direito afasta-o da atividade jurídica por acreditá-lo sem o necessário discernimento, por falta da idade necessária ou por sofrer de enfermidade mental, ou ainda em função de causa transitória que lhe impeça a manifestação de vontade.

Neste diapasão, verifica-se que, do mesmo modo que a criança e o adolescente não têm plena capacidade para responder por seus atos na seara privada – ao menos aquelas crianças e adolescentes menores de 16 anos –, por ainda encontrar-se em absoluta incapacidade civil e formação de personalidade, estas também não podem ser consideradas sujeitos passivos das relações de consumo.

Sendo assim, não faz sentido que o público alvo das práticas publicitárias sejam crianças e adolescentes, uma vez que estes não são capazes para exercer atividades da vida civil independentemente. Assim, se não são plenamente autônomos, sendo, ao contrário, vulneráveis às influências da publicidade, não se justifica a engrenagem publicitária voltada para este público, devendo os publicitários direcionar seus anúncios diretamente àqueles que irão exercer os atos de consumo, isto é, aos responsáveis pelas crianças e adolescentes.

3.4 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a proteção integral

No Estatuto da Criança e do Adolescente é possível verificar a existência de normas que regulamentam a proteção integral do jovem, sugerindo a proibição ou amortização da publicidade infanto-juvenil. Primeiramente, temos o seu art. 4º, o qual, transcrevendo o art. 227 da Constituição, estabelece que a família e, subsidiariamente, o Estado e a sociedade, devem assegurar de todas as maneiras e formas possíveis, com *absoluta prioridade*, os direitos constitucionais garantidos ao cidadão.

Neste sentido, dispõe o referido dispositivo, *in verbis*:

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução nas políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude.

Dessa forma, pode-se entender por *absoluta prioridade* a situação de precedência que crianças e adolescentes possuem frente às adversidades da vida, devendo ser colocados em primeiro plano nas situações de proteção e socorro, nos atendimentos de serviços públicos, nas políticas públicas dos governantes e no direcionamento de recursos públicos, de forma a serem atendidas com total prioridade.

O art. 7º, do Estatuto supramencionado¹², continua a dispor acerca da proteção integral e, implicitamente, proíbe a publicidade infanto-juvenil, ao proteger a criança e o adolescente contra qualquer política social pública que prejudique o seu nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso¹³. É nesse sentido que Liberati (2008, p. 20) discorre, *verbis*:

A criança e o adolescente, que estão em fase de desenvolvimento, devem merecer a proteção especial da família, da sociedade e do Poder Público, devendo este criar condições e programas específicos que permitam seu nascimento e desenvolvimento de forma sadia e harmoniosa.

Ainda protegendo o desenvolvimento sadio desses seres em formação, o art. 17, do Estatuto¹⁴, defende o direito ao respeito dos púberes, estabelecendo a inviolabilidade da sua integridade física, psíquica e moral. Segundo Liberati (2008, p. 21), “esses direitos são

¹²Assim dispõe o art. 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A criança e o adolescente têm direito à proteção, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

¹³ Esta proteção se deve ao fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente assegurar aos jovens os direitos fundamentais à vida e à saúde, conforme ditames constitucionais, inserindo seu art. 7º dentro do Capítulo I (Do Direito à Vida e à Saúde) do Título II (Dos Direitos Fundamentais) do seu Livro primeiro.

¹⁴Desta feita, é o art. 17, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

valores intrínsecos que asseguram as condições que determinam o desenvolvimento da personalidade infanto-juvenil, e sem os quais o ser ‘frágil’ tem frustrada a sua evolução”.

Neste sentido, pode-se verificar que os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de encontrar-se em conformidade com a regulamentação que a Constituição Federal atribui ao jovem, enfatiza a proteção integral estabelecida pelo seu art. 1º, *caput*, procurando amparar estes seres em todos os aspectos, sejam eles físicos, materiais, psicológicos ou morais.

3.5 O Projeto de Lei nº 5.921 de 2001 e o caminho do meio

Evidenciando um início de mudança dessa situação e uma preocupação do legislativo em regulamentar a publicidade infanto-juvenil, existe projeto de lei que, em trâmite desde 2001, já se encontra em processo de aprovação.

Trata-se do Projeto de Lei nº 5.921/2001, o qual propõe uma legislação proibindo a publicidade dirigida a crianças de até 12 anos incompletos, em qualquer horário e por intermédio de qualquer suporte ou mídia. Especificamente, o projeto propõe a proibição da publicidade para crianças, como também veda a comunicação mercadológica dirigida a este público, tais como anúncios impressos, comerciais televisivos, *spots* de rádio, *banners*, *sites* na internet, embalagens, promoções e disposição dos produtos nos pontos de vendas¹⁵.

Conforme sabemos, o *marketing* voltado para o público infanto-juvenil, no Brasil, não possui regulamentação legal específica, ficando a cargo das agências publicitárias procederem à auto-regulamentação. O que impende, no presente, ressaltar, é que esse modelo de auto-regulamentação faz com que a atividade publicitária fique à mercê da conveniência de quem mais tem interesse na plena liberdade de expressão e comunicação: os publicitários.

Neste desiderato, o projeto de lei nº 5.921/2001 surgiu como uma perspectiva de solução para o problema. Ele procura, neste sentido, encontrar o *caminho do meio* que poderá levar à conciliação da liberdade de expressão e comunicação dos publicitários, defendida com restrições pela Constituição Federal – como visto *supra* –, com os direitos protetivos de

¹⁵ O projeto também proíbe que o elenco infantil participe de qualquer tipo de publicidade ou comunicação mercadológica, exceto no caso de campanhas de utilidade pública relacionadas a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde e outros assuntos referentes ao melhor desenvolvimento da criança. Com relação aos adolescentes, o substitutivo determina que a publicidade e a comunicação mercadológica devem respeitar a sua ingenuidade, credulidade e inexperiência, não induzindo, mesmo implicitamente, o sentimento de inferioridade caso o jovem não consuma determinado produto ou serviço, além de não induzir a qualquer espécie de violência.

crianças e adolescentes, sugerindo as limitações necessárias à publicidade relacionada às crianças e aos adolescentes e respeitando o seu desenvolvimento intelectual incompleto.

Em que pese as afirmações explanadas, verifica-se aqui o papel fundamental do Poder Judiciário na adoção de soluções para os casos concretos enquanto não existe lei específica – sobretudo quando se pensa na incipiência da construção jurisprudencial sobre o tema. Este Poder deve encontrar o *caminho do meio*¹⁶ na solução do estudado conflito de direitos, uma vez que não se pode afetar a economia e limitar completamente a liberdade de expressão dos publicitários nem ignorar a situação de desenvolvimento intelectual dos infantes.

4 A ATUAÇÃO DO CONAR E DO INSTITUTO ALANA

Feitas as considerações acerca das normas constantes do ordenamento jurídico brasileiro que são aplicáveis ao tema, faz-se necessário realizar a uma breve explanação sobre alguns institutos criados no país para regulamentar o tema da publicidade, quais sejam: o CONAR – Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária –, e o Instituto Alana.

O CONAR é uma organização da sociedade civil fundada por entidades do mercado publicitário brasileiro com o objetivo de regular a publicidade no país¹⁷. O Instituto Alana, por sua vez, é uma organização, sem fins lucrativos, que desenvolve projetos com o intuito de defender os direitos das crianças e dos adolescentes no âmbito do consumo em geral, principalmente no que diz respeito ao consumismo excessivo ao qual são expostos.

A publicidade voltada ao público infanto-juvenil, de acordo com estudos e pesquisas sobre o tema, gera o consumismo exacerbado dos seres em formação, acarretando

¹⁶ Este *caminho do meio*, cumpre esclarecer, seria aquele que levasse à restrição da liberdade de expressão dos publicitários na medida em que essa liberdade possa influenciar o desenvolvimento intelectual dos seres em formação física, intelectual e moral. Assim, sugere-se uma limitação mais ostensiva da publicidade infantil, em todos os horários ou através de um controle rígido das formas divulgação (que não poderiam fazer uso de artifícios tecnicamente formulados para influenciar sua opinião), e uma limitação mais moderada da publicidade voltada para adolescentes, limitando-se horários de exibição ou tipos de produtos a serem divulgados (tendo em vista que estes últimos já possuem certa capacidade de discernimento).

¹⁷ Sendo mantido com recursos das principais empresas e entidades do próprio mercado, defende a necessidade de se proteger cada vez mais o público infanto-juvenil, visto que este se encontra com personalidade ainda em formação e, conseqüentemente, presume-se que sejam imaturos para envolver-se com o consumo e seus apelos. Tais informações podem ser apreendidas do próprio “Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária”, disponível no site do CONAR, qual seja: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 29 set. 2011.

consequências, como: obesidade infantil, erotização precoce, banalização da agressividade e violência, estresse familiar, entre outras¹⁸.

O Instituto Alana, por meio de seus projetos, debate e aponta justamente formas de minimizar esses impactos negativos gerados pelo investimento na mercantilização da infância e da juventude, buscando, pioneiramente, proibir legal e expressamente toda e qualquer comunicação mercadológica tendo como alvo a criança no Brasil.

As tentativas do Instituto mostram-se essenciais para a proteção dos direitos infanto-juvenis no país, uma vez que pesquisas mostram que a preocupação do mercado em realizar propagandas publicitárias voltadas ao público infanto-juvenil decorre do fato do grande poder de influência que filhos possuem nas decisões de compras da família – 80% das compras de uma família brasileira são influenciadas pelas crianças¹⁹.

O CONAR, por sua vez, tem a missão primordial de atender às denúncias de consumidores, autoridades, dos seus associados, ou ainda aquelas formuladas pelos integrantes da sua própria diretoria (PEREIRA, 2008, p. 810). Essas denúncias são julgadas pelo *Conselho de Ética* do CONAR que toma por referência o *Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária*²⁰, oferecendo total e plena garantia do direito de defesa aos responsáveis pelo anúncio²¹.

O supracitado código é, frise-se, norma de auto-regulamentação, proposto pela própria classe publicitária, possuindo a “função de zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor” (PEREIRA, 2008, p. 811).

Neste sentido, por se preocupar apenas com o que está sendo ou foi veiculado, o CONAR não exerce censura prévia sobre peças publicitárias, circunstância que evidencia a

¹⁸ A televisão, como é fácil perceber, é o principal meio publicitário utilizado para persuadir os consumidores mirins, e se justifica pelo fato de a criança brasileira passar em média 4 horas 50 minutos e 11 segundos por dia com os olhares voltados para esse instrumento de comunicação. É por isso que muitas das propagandas direcionadas aos jovens consumidores não são de produtos infantis, mas de produtos direcionados a adultos, utilizando-se as crianças e os adolescentes como excelentes meios de persuasão da compra dos pais. Mais informações estão disponíveis no tópico “comunicação: perguntas e respostas” no site do Instituto Alana: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Comunicacao.aspx?page=1&v=4>>. Acesso em: 18 out. 2010.

¹⁹ Tal informação foi retirada do tópico “Criança, mídia e consumo” do Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana, no site: <http://www.escolatrilhas.com.br/projetos/projetos_crianca.html>. Acesso em: 18 out. 2010.

²⁰ Este Código, criado no final dos anos 70, nasceu como alternativa à intenção do governo federal de sancionar lei que criaria espécie de censura prévia à propaganda.

²¹ Em caso de comprovação da procedência da denúncia, é função do conselho recomendar aos veículos de comunicação a suspensão da exibição da peça ou sugerir correções à propaganda.

carência do ordenamento de meios para evitar, desde logo, isto é, antes de sua veiculação, anúncios abusivos no que tange à capacidade intelectual de crianças e adolescentes²².

5 A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COMO ALTERNATIVA HERMENÊUTICA SOLUCIONADORA DA OMISSÃO LEGISLATIVA

Acreditando que não basta mostrar o problema, neste ponto do estudo buscaremos indicar alternativas capazes de solucionar a celeuma jurídica que permeia a questão da publicidade infanto-juvenil. Com efeito, Flávia Piovesan, Professora Doutora e Procuradora do Estado de São Paulo, em sua obra “Temas de Direitos Humanos” (2003, p. 297), elucida:

Apesar da clareza dos comandos normativos nacionais e internacionais em atribuir direitos às crianças e aos adolescentes, a ainda recente luta pela democratização da sociedade brasileira, as gritantes desigualdades sociais que a permeiam e o desafio de incorporação de novos paradigmas igualitários e democráticos fazem com que persista um padrão de desrespeito aos mais elementares direitos humanos, de que são titulares crianças e adolescentes. [...] É emergencial romper, em definitivo, com as reminiscências de uma cultura e práticas autoritárias, que inibem a construção emancipatória dos direitos humanos das crianças e adolescentes, violando, sobretudo, seu direito fundamental ao respeito e à dignidade.

Diante desse cenário, deve-se ter presente que a solução imediata para o problema reside na interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o qual induz a um posicionamento tendente a proteger crianças e adolescentes da publicidade abusiva, na medida dos níveis da capacidade de discernimento de cada um. Por interpretação sistemática entende-se a hermenêutica que busca compreender e aferir a vontade do ordenamento, ou sistema jurídico, considerando que este constitui um todo normativo.

Coaduna com essa ideia Luís Roberto Barroso (2009, p. 140), quando afirma:

A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as

²² Não obstante a isso, não se pode negar a importância dos ditos institutos na repressão da publicidade abusiva. Eles são o passo inicial para uma regulamentação específica do problema e para a criação de órgãos governamentais autônomos que consigam, de fato e desvinculadamente, controlar a atuação publicitária.

instituições e as normas jurídicas. [...] No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas no âmbito do Estado. [...] Ora bem: a ordem jurídica infraconstitucional é elaborada ao longo do tempo, no curso de muitas décadas, e espelha períodos históricos diversos [...]. Pode parecer implausível a tarefa de encontrar coerência e sistematicidade em normas jurídicas sujeitas a influências tão aleatórias e variadas. Essa tarefa, de fato, não se viabilizaria se todas as normas, mesmo as anteriores à Constituição em vigor, não recebessem dela um novo fundamento de validade, subordinando-se aos valores e princípios nela consagrados.

Sendo assim, faz-se necessário encontrar a coerência das normas neste trabalho anteriormente expostas com base nos valores e princípios da Constituição. É preciso encarar as disposições do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente como um todo unitário que deseja informar a vontade da Constituição Federal²³, que é a de garantir os direitos da criança e do adolescente com absoluta prioridade.

Ora, se a Constituição Federal, através de uma interpretação sistêmica de seus dispositivos, sugere, como demonstrado *retro*, a limitação da liberdade de expressão dos publicitários frente à absoluta prioridade dos direitos *infanto-juvenis*, outra interpretação não poderia ser dada aos dispositivos infraconstitucionais que podem ser aplicados na solução do tema. Isto posto, conclui-se que, enquanto não existe norma específica que seja aplicável ao problema enfrentado, deve-se de aplicar a vontade do ordenamento jurídico, sempre considerando a intenção maior da Constituição Federal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do quanto sobredito, pode-se asseverar que a problemática da publicidade *infanto-juvenil* no panorama jurídico brasileiro se deve à ausência de construção legislativa que estabeleça em que medida cada seara de direitos – tanto os dos publicitários como os das crianças e adolescentes – deve ser limitada para que a outra subsista.

²³ A Constituição de um país é a sua norma fundamental, não existindo Estado sem Constituição, “visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima” no que se refere à composição e ao funcionamento da ordem política, fato que exprime o aspecto material da Constituição (BONAVIDES, 2008, p. 80-81). As normas constitucionais, assim, foram inseridas no topo da pirâmide normativa de Kelsen, gozando de supremacia diante de todas as outras normas do ordenamento, consideração que induz a noção de interpretação sistemática do sistema jurídico com base nos ditames constitucionais.

Apesar da carência legislativa, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser levados em consideração para que a vontade da Constituição Federal seja informada e aplicada aos casos concretos. Em sendo assim, outra conclusão não se poderia chegar que não a de que deve ocorrer a limitação do direito à liberdade de expressão e comunicação dos publicitários frente aos cuidados especiais que carecem crianças e adolescentes, cuidados estes representados por seus direitos absolutamente prioritários.

Têm-se, na problemática jurídica apresentada, nítido exemplo de caso em que os aplicadores do direito devem fazer uso de técnica de interpretação – mais precisamente, da interpretação sistemática – para encontrar a solução mais razoável e ponderada para o problema, preenchendo a existente lacuna do ordenamento.

Assim, e por fim, não possuindo as crianças autonomia intelectual e moral e estando os adolescentes em fase de construção opinativa crítica, entende-se que publicidade voltada para crianças deve ser paulatinamente extinta e publicidade voltada para adolescentes deve ser controlada.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ (coordenador). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DO RIO DE JANEIRO. A publicidade dirigida ao público infantil: considerações psicológicas. 2008. Disponível em:

<<http://www.crprj.org.br/noticias/2008/0305-publicidade-dirigida-ao-publico-infantil.html>>.

Acesso em: 21 set. 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manuel de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. I.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CHILDREN'S ADVERTISING: PROHIBITION AND AMORTIZATION BY SYSTEMATIC INTERPRETATION OF BRAZILIAN LAW

ABSTRACT

This study aims to make brief approaches to the implication of negative juvenile publicity. Discusses how this type of disclosure has been gaining the attention of law due to the intense development of the media. Through the exposure of several provisions of law, seeks to demonstrate the role of interpreter in the solution to the conflict between the rights of advertisers and children and youth as there are no specific regulations. It suggests the use of the method of systematic interpretation, concluding that the best solution lies in the integration

of rights, gradually eliminating advertising to children and allowing youngsters with exceptions.

Keywords: Advertising. Child. Adolescent. Planning. Systematic Interpretation.