

A CRIANÇA CONSUMIDORA

Clarice D'Urso¹

Resumo: Este artigo aborda a criança como sujeito passivo da relação de consumo, especificamente como vítima de publicidade abusiva. Limitou-se o objeto de estudo às questões atinentes aos efeitos da publicidade abusiva sobre o público infantil, e aos possíveis instrumentos legais de controle de publicidade.

Abstract: This article is about how a child can be a passive subject of a consumption relationship, especially as a victim from abusive publicity. The object is limited to questions involving the effects of abuse publicity above children, and the possible legal instruments of publicity control.

Palavras chaves: criança – consumo – publicidade abusiva

Key words: child – consume – abusive publicity

¹ Clarice Maria de Jesus D'Urso, Bacharel em Direito, Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela UniFMU, com Especialização em Direito Penal e Processo Penal pela UniFMU, Membro da Comissão da Mulher Advogada - CMA da OAB/SP, e autora da Cartilha da Estruturação dos Trabalhos e Objetivos da CMA, uma das autoras da Cartilha da Saúde das Mulheres, Membro da Comissão de Estudos sobre Perícias Forense e Membro da Comissão de Ação Social da OAB/SP, e autora de vários artigos.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A criança no pólo passivo da relação de consumo. 1.1. O conceito legal de consumidor. 1.2. Os instrumentos de proteção legal segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). 1.2.1. Conceito legal de criança. 1.2.2. Princípio da proteção integral. 1.2.3. Princípio da prioridade. 1.2.4. Princípio da prevenção. 1.2.5. Vedações relativas a produtos e serviços. 2. A publicidade voltada para o consumo infantil. 2.1. Conceito de publicidade. 2.2. A publicidade enganosa e abusiva. 2.3. A criança como vítima da publicidade abusiva. 2.3.1. Efeitos da publicidade voltada ao público infantil. 2.4. Sanções. 3. O conflito entre valores constitucionais. 3.1. A liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, da CF) e a proteção à infância e à juventude (art. 227, da CF). 4. Conclusões. 4.1. A legislação aplicável é suficiente para coibir a publicidade abusiva voltada para o público infantil? 4.2. São constitucionais as leis que limitam ou proíbem a publicidade voltada para a criança? Referências Bibliográficas

Introdução.

Vivemos numa sociedade de consumo de massa. Somos levados a consumir bens e produtos, motivados por técnicas publicitárias agressivas e eficientes. O presente estudo aborda como crianças são influenciadas por tais técnicas publicitárias, quais são os efeitos negativos vivenciados por esses sujeitos passivos, e os limites legais impostos às práticas publicitárias.

No primeiro capítulo, buscou-se situar a criança no pólo passivo da relação de consumo, e identificar os instrumentos que o ordenamento jurídico dispõe para sua proteção.

Em sequência, aborda-se a questão da publicidade abusiva e seus efeitos nocivos no público infantil.

O dilema dos limites legais e conflitos de valores constitucionais envolvendo a publicidade é abordado no terceiro capítulo.

Ao final, são traçadas as conclusões alcançadas, diante da questão de alta relevância envolvendo o confronto de dois valores constitucionais: a liberdade de expressão que norteia a publicidade e o dever de proteção da criança.

1. A criança no pólo passivo da relação de consumo

1.1. O conceito legal de consumidor

O conceito legal de consumidor está exposto no artigo 2º, “caput” e parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90):

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Portanto, toda e qualquer pessoa que ocupa o elo final da cadeia de consumo pode ser juridicamente conceituada como consumidor. Trata-se do destinatário final que adquire bens e produtos (objetos da relação consumerista) no mercado.

Importante destacar que também é equiparado ao consumidor final o denominado “bystander”, ou seja, aquele que não fazendo parte da relação jurídica originária de consumo, sofre os efeitos desta relação jurídica. Nesta categoria, estão os consumidores vítimas da publicidade abusiva, dentre eles, as crianças.

Temos o seguinte exemplo.

Um número indeterminado de pessoa poderá assistir por seus aparelhos de televisão uma publicidade de cerveja que exalta a discriminação contra um país vizinho, sendo, portanto, abusiva. Muito embora nem todas essas pessoas irão adquirir a cerveja (produto objeto da publicidade), é incontroverso que todas as pessoas que tiveram acesso à publicidade também são consumidoras, por força da lei, pois foram alcançadas pelos efeitos da publicidade enganosa.

Logo, toda e qualquer criança poderá ocupar o pólo passivo da relação de consumo, quer diretamente, como destinatária final de produtos e serviços adquiridos por seus pais ou representantes legais (brinquedos, vestuário, alimentos, planos de saúde, etc.), quer

como vítima da publicidade abusiva. Nesta última condição, importa destacar quais os efeitos nocivos que a publicidade abusiva pode causar num ser humano ainda em desenvolvimento, bem como quais instrumentos legais dispomos para evitar ou minimizar tais efeitos.

1.2. Os instrumentos de proteção legal segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)

1.2.1. Conceito legal de criança

O conceito legal de criança está inserido no comando do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90):

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.

Logo, constitui objeto deste estudo apenas a criança, ou seja, indivíduos até 12 (doze) anos incompleto. Ressalva-se, porém, que o adolescente (aquele entre doze e dezoito anos), também é protegido pelo ordenamento jurídico como ser humano em desenvolvimento.

A escolha da criança como objeto deste estudo prende-se ao fato de que, por encontrar-se num estágio mais primitivo de desenvolvimento, a criança está muito mais sujeita aos efeitos nocivos da publicidade.

Diante destes esclarecimentos, passamos a analisar os instrumentos legais de proteção da criança.

1.2.2. Princípio da proteção integral

O instrumento basilar de proteção da criança gira em torno do princípio da proteção integral, esculpido no artigo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Tal princípio decorre diretamente do art. 227, da Constituição Federal. Segundo ele, a criança deve ser protegida de toda e qualquer ameaça ao seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. O comando legal deixa claro que não só a lei, mas outros meios de proteção, devem ser usados para se alcançar a proteção integral da criança.

Forçoso concluir que a publicidade, voltada ou não diretamente ao público infantil, não pode de alguma forma embaraçar seu desenvolvimento. É evidente que tais conceitos são subjetivos ao extremo, lembrando-se que nosso ordenamento jurídico impede a censura prévia da manifestação do pensamento (art, 5º, inciso IX, da Constituição Federal).

Em matéria de publicidade, são destacados dois “censores” de eventuais abusos publicitários:

- a) o censor judicial, personificado no Estado-juiz, que age tão-somente por provocação dos lesados. No caso em tela, considerando a natureza difusa do interesse atingido e o número indeterminável de pessoas, tal provocação ficará por conta do Ministério Público ou, eventualmente, de uma associação de classe – além

de eventuais legitimados extraordinariamente pela Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

- b)** o censor extrajudicial, formado pela união dos atores publicitários, que criaram o CONAR (Conselho de Autorregulamentação Publicitária) – órgão formado pelos próprios empresários e publicitários, visando à autorregulamentação do mercado publicitário. Também age por provocação, de outros empresários e publicitários que se sentem lesados pela concorrência desleal. Pode ser provocado também pelo consumidor, mas, como sofre forte influência corporativista, não costuma ser eficaz quando provocado pelo sujeito que compõe o elo final da cadeia de consumo. Também expede regulamentos, sem força coativa, que limitam a publicidade. Aliás, assim como as normas regulamentares, as decisões do CONAR possuem natureza de recomendação às partes litigantes.

Diante desta configuração, é fácil notar que o controle publicitário é deficiente, pois só age mediante provocação, isto é, *a posteriori*. De outra sorte, o controle prévio poderia esbarrar na vedação constitucional à censura prévia.

Entretanto, o princípio da proteção integral permite que sejam pautados em lei limites à publicidade, voltada direta ou indiretamente ao público infantil, quer quanto ao conteúdo, quer quanto ao horário e veículos de propagação.

Até o momento, o ordenamento carece de tais limites legais objetivos. Os regulamentos e regras emanadas do CONAR não têm natureza coativa, mas constituem limites morais, que costumam ser seguidos pelos atores publicitários. Convém ao legislador ordinário traçar com clareza estes limites e principalmente sanções, permitindo ao “censor”, em especial ao Poder Judiciário agir, sem ultrapassar os limites do direito à liberdade de expressão.

1.2.3. Princípio da prioridade

Juntamente com o princípio da proteção integral, o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente impõe o princípio da prioridade:

***Artigo 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 das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Portanto, cabe ao legislador, com prioridade, dispor de regras de controle de publicidade, tendo em vista a integral proteção da criança e do adolescente.

Conclui-se, assim, que o legislador ordinário encontra-se em mora, por falta de regras que disponham dos limites objetivos da atividade publicitária. Ressalva-se que tais limites podem versar não só sobre o horário e veículo de propagação, mas sobretudo acerca do conteúdo da publicidade, que deve se abster de promover o consumo irracional, a sexualidade precoce, ou a violência.

1.2.4. Princípio da prevenção

A conclusão supra deve ser conjugada com outro instrumento relevante de proteção da criança. Trata-se do princípio da prevenção, disposto nos arts. 70 e 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 70 - É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Artigo 71 - A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Ora, diante do comando legal, é evidente que todo produto ou serviço, isto é, todo e qualquer objeto de uma relação de consumo, deve considerar e respeitar a criança como sujeito em desenvolvimento, abstendo-se de práticas abusivas.

Convém sublinhar que o comando legal é expresso, e volta-se diretamente aos fornecedores do mercado de consumo.

Deve-se ressaltar, ainda, que não só o publicitário, mas também o fornecedor do produto ou serviço anunciado, é responsável pelos efeitos nocivos de eventual publicidade abusiva. Questão polêmica, porém, é a responsabilidade do veículo de comunicação. Tal questão será abordada neste estudo a seguir.

1.2.5. Vedações relativas a produtos e serviços

O Estatuto da Criança e do Adolescente também traz vedações importantes aos objetos da relação de consumo. Aliás, a seção II, do Capítulo II, denominado “Prevenção Especial” não poderia ser mais explícito, ao tratar dos “Produtos e Serviços”, nos artigos 81 e 82:

Artigo 81 - É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:

I - armas, munições e explosivos;

II - bebidas alcoólicas;

III - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida;

IV - fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;

V - revistas e publicações a que alude o artigo 78;

VI - bilhetes lotéricos e equivalentes.

Artigo 82 - É proibida a hospedagem de criança ou adolescente em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congênere, salvo se autorizado ou acompanhado pelos pais ou responsável.

Temos aqui um limite implícito à publicidade. Afinal, se os produtos e serviços supra enunciados tem sua comercialização vedada às crianças pelo ordenamento jurídico, é forçoso concluir que toda publicidade envolvendo tais objetos de consumo, voltada ao público infantil, é ilegal.

Veremos a seguir que a publicidade abusiva obriga os fornecedores e publicitários a sanções específicas, dentre elas a reparação do dano, e a contrapropaganda.

2. A publicidade voltada para o consumo infantil

2.1. Conceito de publicidade

Muito embora a lei não faça distinção entre publicidade e propaganda, existe uma diferença terminológica entre elas.

Publicidade é uma técnica comercial de promoção de um produto ou serviço, a fim de induzir o público a consumir.

Propaganda, por sua vez, consiste na propagação de uma filosofia ou ideologia. Temos, assim, a propaganda política ou propaganda nazista, por exemplo.

O presente artigo centra-se na publicidade propriamente dita, entendida como o conjunto de técnicas mercadológicas, aplicadas com vistas a fomentar o consumo de produtos e serviços. A publicidade pode ser veiculada em diversos meios de mídia: rádio, televisão, revistas, jornais, etc.

No atual estágio da sociedade da informação, marcada pela rapidez e volume com que dados são transmitidos, a publicidade mostra-se extremamente agressiva. Com efeito, estamos diante de publicidade a todo o momento: nas ruas, dirigindo nossos carros, em casa assistindo à televisão, ou no trabalho, quando acessamos a rede mundial de computadores.

A publicidade tornou-se não só um mecanismo de promoção de objetos de consumo; sobretudo, a publicidade tem um papel relevante na formação da nossa personalidade. Afinal, somos levados a consumir certos produtos e serviços, que definem aquilo que somos.

O público infantil, diante da imaturidade natural da criança, está muito mais sujeito a essa influência. A publicidade de brinquedos e peças de vestuário ao público infantil demonstram claramente que as crianças reagem imediatamente ao estímulo da publicidade, e passam a persuadir os pais ou representantes legais a consumir os produtos de sua preferência.

Neste sentido, destacamos as palavras de SAMPAIO²:

“O processo de intensificação do acesso das crianças às mídias vem seguindo, lamentavelmente, a lógica da comercialização da infância. A descoberta de que as crianças e os adolescentes constituem mundialmente um mercado rentável tem ocasionado o desenvolvimento do ‘marketing’ infantil e a

²SAMPAIO. Inês Sílvia Vitorino. VIVARTA, Veet. et. al. **Infância e consumo: estudos no campo da comunicação**. Brasília: Instituto Alana, 2009, p. 13.

intensificação da publicidade dirigida a este seguimento.”

Em razão da falta de discernimento, a criança não está preparada para avaliar a conveniência em adquirir o produto ou serviço; e, principalmente, lidar com a falta do produto e do serviço, que não pode ser adquirido por seus pais ou representantes, por insuficiência de recursos financeiros. Não raro, jovens são levados a cometer furtos e roubos, com vistas a obter um determinado tênis ou uma peça de roupa, que não são acessíveis financeiramente.

Cumprе esclarecer, entretanto, que estudos demonstram que as crianças têm mais de 80% de influência no poder de decisão de compra dentro da família³. Por óbvio, os publicitários tem grande interesse em conquistar essa parcela da população, ainda que os produtos promovidos não se destinem diretamente às crianças.

Por outro lado, crianças e adolescentes podem ser influenciados a agir de determinada maneira por força da publicidade, sendo levados, inclusive, à sexualização precoce ou a desvios comportamentais.

Tais efeitos colaterais decorrem da vida em sociedade, e, principalmente, da vida em sociedade de consumo. A sociedade, portanto, deve estar preparada para enfrentar estes desafios. E, o ordenamento jurídico, como fonte de ordem social, deve dispor de instrumentos adequados para proteger nossas crianças.

³ HERINQUES, Isabella Vieira Machado, et. al. **Criança e consumo entrevistas: transtornos alimentares e obesidade infantil**. Brasília: Instituto Alana, 2009, p. 21

2.2. A publicidade enganosa e abusiva

É certo que nem toda publicidade é negativa, ou traz efeitos nocivos.

A lei dispõe qual publicidade deve ser combatida. Tal critério está disposto no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), no artigo 37:

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

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

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

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

Conclui-se, assim, que só são proibidas as publicidades enganosa ou abusiva.

Por publicidade enganosa, entende-se aquela que traz uma informação falsa, ou omite informação essencial sobre o produto ou serviço.

Por publicidade abusiva, entende-se aquela que se aproveita da deficiência de julgamento do consumidor, induzindo-o a praticar uma conduta perniciosa, incitando à violência, explorando o medo, etc. (trata-se de rol meramente exemplificativo).

Importante notar que o comando faz menção expressa à criança, como sujeito em desenvolvimento, que possui deficiência de discernimento. A criança, portanto, é considerada pela lei sujeito de destaque, no que diz respeito à publicidade. Toda e qualquer publicidade que induza a criança a consumir, aproveitando-se da sua peculiar condição de ser em desenvolvimento, é considerada ilegal, ante sua abusividade.

2.3. A criança como vítima da publicidade abusiva

Como já abordado neste estudo, a criança está sujeita à publicidade abusiva, como qualquer outro cidadão, haja vista ser impossível, na atual sociedade da informação, evitar o bombardeio de estímulos ao consumo, advindos das mais variadas formas de mídia.

A diferença, porém, refere-se aos efeitos deste ataque publicitário. A criança como não atingiu o amadurecimento psicológico e moral, sofre muito mais com a publicidade abusiva.

Vimos que inúmeros comandos normativos obrigam o Estado e a sociedade em geral a evitar que crianças sejam lesadas por tais práticas comerciais abusivas.

Importante destacar, neste momento, quais são os prejuízos decorrentes da publicidade abusiva, acarretada às crianças em geral.

2.3.1. Efeitos da publicidade voltada ao público infantil

A publicidade, em suas mais diversas formas, quando caracterizada como abusiva, poderá acarretar efeitos nocivos às crianças. Dentre tais efeitos, destacamos:

a) **Percimento de valores morais e consequente valorização do materialismo:** a publicidade voltada ao público infantil desenvolve na criança o desejo de “ter”, de “possuir”, em detrimento do “ser”. A idéia de felicidade e sucesso está sempre relacionada na publicidade com a detenção de bens materiais, o que distorce a imagem que a criança desenvolve de si e de seus semelhantes.

b) **Aumento da obesidade infantil:** a publicidade de alimentos foca a criança como alvo, justamente porque estão formado seus hábitos alimentares. Tal publicidade visa, portanto, fidelizar o futuro consumidor. Geralmente, o mercado oferece a esse público alimentos de pouco valor nutritivo, mas ricos em açúcar e gordura, justamente porque promovem o prazer imediato. Os números relacionados com a problemática são alarmantes. O especialista em nutrição pediátrica, Professor JOSÉ AUGUSTO TADDEU⁴, aponta que a obesidade infantil 8,3% das crianças até o ano de 2016.

c) **Estímulo à violência e ao vício:** a publicidade pode também induzir crianças a um comportamento destrutivo, quer motivando o emprego de violência, quer incentivando o consumo de álcool e tabaco. O uso de álcool é citado por LINN⁵, como concausa de quatro das principais causas relacionadas à morte de adolescentes: acidentes automobilísticos, suicídios, homicídios, e ferimentos não intencionais.

d) **Estímulo à sexualidade precoce:** a erotização do conteúdo publicitário deixa a criança perdida, justamente por trazer dados e informações que não possui maturidade para compreender. Tais estímulos podem acarretar desvios de condutas relacionadas com a sexualidade, dificultando o convívio da criança em sociedade.

A conjugação destes efeitos leva a deformação da auto-imagem da criança, criando uma crise de identidade, podendo acarretar inúmeras patologias, desde depressão, transtorno compulsivo-obsessivo, até graves desvios de personalidade.

⁴ HERINQUES, Isabella Vieira Machado, et. al. **Criança e consumo entrevistas: transtornos alimentares e obesidade infantil**. Brasília: Instituto Alana, 2009, p. 13.

⁵ LINN, Susan. **Crianças do consumo – a infância roubada**. S. Paulo: Instituto Alana, 2006, p. 191

2.4. Sanções

As sanções decorrentes da publicidade abusiva podem ser aplicadas nos âmbitos administrativo, civil e penal, e atingem não só o agente publicitário, como também o fornecedor do produto ou do serviço. A aplicação da penalidade ao veículo de mídia, na pessoa do empresário, gera grande polêmica.

Administrativamente, no que tange a publicidade abusiva, tanto o fornecedor como o agente publicitário, estarão sujeitos à contrapropaganda (art. 56, inciso XII, do CDC), pena a ser aplicada pela autoridade administrativa competente. As despesas com a contrapropaganda são de responsabilidade exclusiva dos infratores.

Aliás, a forma pela qual a contrapropaganda será veiculada está prevista no art. 60, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 60. 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.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

No âmbito penal, a promoção de publicidade abusiva pode constituir crime. O Código de Defesa do Consumidor traz as seguintes figuras típicas:

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

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. Vetado

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

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

Parágrafo único. Vetado

Art. 69. *Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:*

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Tratam-se, contudo, de crimes de ação penal pública, mas de menor potencial ofensivo, razão pela qual não são suficientes para gerar a prevenção geral e especial que se espera do ordenamento penal.

No âmbito civil, os infratores estarão sujeitos à ação civil pública prevista na Lei 7.347/85. Tal ação poderá ser promovida pelo Ministério Público ou um dos legitimados indicados no art. 5º, do mencionado diploma legal⁶. Tal ação civil poderá ter tanto caráter inibitório (visando à abstenção da veiculação da publicidade abusiva, sob pena de multa astreinte), quanto a obrigação de reparar o dano constatado (art. 3º e 11, da Lei 7.347/85). Quanto à condenação ao pagamento em dinheiro, cumpre esclarecer que, em razão da natureza difusa dos danos causados pela publicidade abusiva, o valor angariado ser á revertido para o fundo a que faz menção o art. 13, da Lei n. 7.347/85:

Art. 13. *Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.*

⁶Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar

I - o Ministério Público

II - a Defensoria Pública;

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

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

3. O conflito entre valores constitucionais

3.1. A liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, da CF) e a proteção à infância e à juventude (art. 227, da CF)

A publicidade, como manifestação da expressão do pensamento, pode ser limitada, com vistas a proteger o desenvolvimento sadio das crianças e dos adolescentes?

Este é um dilema de grandes proporções, pois envolve dois valores constitucionais, que são basilares no Estado Democrático de Direito.

De um lado, a liberdade de expressão, que está esculpida no art. 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal:

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

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

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

(...)

De outro lado, a proteção integral da criança e do adolescente, também prevista na Constituição Federal, no art. 227:

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

Partindo do pressuposto de que nenhum valor jurídico é absoluto, é certo que a resposta ao problema posto é positiva: cabe a limitação legal à publicidade, com vistas a proteger a infância e a juventude dos efeitos nocivos supra mencionados.

Com efeito, a liberdade de expressão é um direito fundamental. O inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal aponta para essa conclusão: de um lado, assegura a liberdade de pensamento; de outro, prevê a indenização, por conta de eventual abuso:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

Logo, o direito de promover a publicidade – como forma de expressão intelectual – deve ser preservado, pois constitui, inclusive, cláusula pétrea, prevista no art. 60, parágrafo 4º, da Carta Maior⁷. Não obstante, este direito é limitado em sua extensão. O publicitário ou fornecedor não é livre para ofender o direito de outrem, eis que tal prerrogativa subverteria a ordem democrática.

⁷Art. 60, § 4º, CF - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Conclui-se, assim, que direito de promover a publicidade deve respeitar a condição da criança e adolescente de pessoa em desenvolvimento, abstendo de cometer eventuais abusos.

4. Conclusões

Diante de todos os argumentos aqui expostos, tecemos as seguintes conclusões.

4.1. A legislação aplicável é suficiente para coibir a publicidade abusiva voltada para o público infantil?

É fato que em toda questão de relevância social apontada na mídia, sempre surge a discussão acerca da leniência do ordenamento jurídico brasileiro, apontando-se para a necessidade de elaborar leis “mais rígidas”, para resolver o dilema. A sociedade tende a encarar o ordenamento jurídico como a solução para todos os “males”.

Entretanto, nem todas as questões que afligem a sociedade são ou devem ser resolvidas com a ação do legislador. Muitos dos dilemas aos quais nos deparamos são sociais, e dependem de políticas públicas e mobilização da sociedade civil, muito mais do que a elaboração de leis.

A questão aqui abordada não é diferente.

Há legislação abarcando a publicidade, e regulamentando-a, a fim de proteger eventuais abusos, e proteger a infância e a juventude. Tratamos aqui de inúmeras normas, que, quando conjugadas, oferecem a parâmetros de proteção.

Então, por que os abusos publicitários não cessam? Ora, muito embora existam normas jurídicas vigentes que tratam deste tema, tais normas não surtem a eficácia que delas se espera. Essa crise de eficácia – fenômeno que está longe de ser uma exclusividade do tema proposto – constitui uma crise do sistema jurídico brasileiro, e apresenta causas

que vão muito além deste estudo: educação precária dos destinatários das normas; deficiência da formação dos operadores do direito; inoperância do Poder Judiciário, etc.

Corolário lógico, muito embora existam normas que protejam a criança da publicidade abusiva, tais normas não possuem a eficácia que delas se espera, gerando na sociedade como um todo o sentimento de impunidade.

Não obstante, é certo que, numa sociedade com pouca educação e cultura jurídica, como a sociedade brasileira, normas demasiadamente abertas não são adequadas, e podem gerar a ineficácia mencionada. Como vimos, as normas que tratam da proteção da infância e juventude são principiológicas em sua maioria.

Assim sendo, a elaboração de normas mais rígidas, que limitam de forma objetiva a publicidade, seria aconselhável. Ressalva-se, contudo, que tal medida não seria capaz de, por si só, coibir a prática abusiva.

4.2. São constitucionais as leis que limitam ou proíbem a publicidade voltada para a criança?

Como antes abordado, as leis que limitam a publicidade abusiva não infringem o direito fundamental à liberdade de expressão, prevista no art. 5º, incisos IX e X, da Constituição Federal.

Da mesma forma, a elaboração de outras normas que tragam novos limites à publicidade, estaria em consonância vertical com a Carta Magna.

A elaboração de leis que imponham limites de conteúdo ou mesmo limites de horários e veículos de limitação da publicidade não constituiria censura prévia. Tais normas simplesmente estariam limitando – e não excluindo – o direito de liberdade de expressão, em face da proteção à infância e juventude. Ou seja, estar-se-ia limitando um valor jurídico para defesa de outro valor jurídico.

Referências Bibliográficas

BARBER, Benjamin R. **Consumindo**. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record: 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUNTER, Barrie. Furnham, Adrian. **As crianças como consumidoras**. Trad. Aurora Narciso. Lisboa: Horizontes Pedagógicos, 1998.

HERINQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____, et. al. **Criança e consumo entrevistas: erotização precoce e exploração sexual infantil**. Brasília: Instituto Alana, 2009.

_____, et. al. **Criança e consumo entrevistas: sustentabilidade**. Brasília: Instituto Alana, 2009.

_____, et. al. **Criança e consumo entrevistas: transtornos alimentares e obesidade infantil**. Brasília: Instituto Alana, 2009.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria geral da responsabilidade civil e de consumo**. 1.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

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

SANTOS, Andréia Mendes dos. **Sociedade do consumo: criança e propaganda, uma relação que dá peso**. Porto Alegre: EDIPICURS, 2009.

VIVARTA, Veet. et. al. **Infância e consumo: estudos no campo da comunicação**. Brasília: Instituto Alana, 2009.