

FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

SARAH SILVA DE ALMEIDA

**PROIBIÇÃO A PUBLICIDADE INFANTIL ATRAVÉS DA RESOLUÇÃO Nº 163 DO
CONANDA**

BACHARELADO
EM
DIREITO

CARATINGA – MG
2018

SARAH SILVA DE ALMEIDA

**PROIBIÇÃO A PUBLICIDADE INFANTIL ATRAVÉS DA RESOLUÇÃO Nº 163 DO
CONANDA**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Rodolfo Assis Ferreira.

Área de orientação: Direito do Consumidor e Direito Constitucional.

CARATINGA – MG

2018

Dedico a minha avó Rosa, uma guerreira que me ensinou tantos valores, espero um dia ser a metade da mulher que a senhora foi. Serei eternamente grata por tudo.

AGRADECIMENTOS

A Deus em primeiro lugar, pois sem Ele eu nada seria, Ele tornou meu sonho possível.

A minha mãe Onizia uma amiga, conselheira e mãe exemplar.

A minha avó Rosa que junto com minha mãe me apoiou nessa caminhada.

Ao meu irmão Hurian por sempre acreditar em mim.

Ao meu orientador Rodolfo Assis Ferreira por todo apoio e comprometimento.

“A publicidade é uma das formas mais interessantes e difíceis da literatura moderna”.

Aldous Huxley

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a questão da publicidade direcionada para o público infanto-juvenil através da resolução nº 163 do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), de 13 de março de 2014. Referida resolução trouxe algumas condutas publicitárias que são presumidamente consideradas abusivas quando voltadas para esse público. Dada importância do assunto, esta monografia tem por intuito analisar a publicidade e seus aspectos gerais, bem como os princípios constitucionais envolvidos no tema, trazendo por fim a proteção jurídica dada ao consumidor em face da publicidade na legislação brasileira.

Palavras chave: Resolução nº 163 do CONANDA. Publicidade. Liberdade de Expressão.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC- Código de Defesa do Consumidor.

CF- Constituição Federal.

CONANADA- Conselho Nacional da Criança e do Adolescente.

CONAR- Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	10
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS -----	11
CAPÍTULO 1. PUBLICIDADE E SEUS ASPECTOS GERAIS -----	13
1.1 Publicidade e Propaganda-----	13
1.2 O Conceito de Publicidade Abusiva-----	13
1.3 Dos Tipos de Publicidade: Institucional e Promocional-----	15
1.4 Das Outras Espécies e Gêneros da Publicidade-----	16
1.4.1 Merchandising-----	16
1.4.2 Teaser-----	17
1.3.3 Puffing-----	18
1.3.4 A Publicidade Subliminar-----	18
CAPÍTULO 2. DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS NO TEMA -----	20
2.1 O Princípio da Liberdade de Expressão-----	20
2.2 O Princípio da Livre Iniciativa-----	24
2.3 O Direito a Informação-----	26
2.4 O Princípio da Proteção Integral a Criança e ao Adolescente-----	27

CAPÍTULO 3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DADA AO CONSUMIDOR EM FACE DA PUBLICIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A DESPROPORCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 163	30
3.1 Princípios de Proteção ao Consumidor e suas Aplicações na Publicidade	30
3.1.1 Princípio da Vinculação Contratual da Publicidade	30
3.1.2 Princípio da Identificação da Publicidade	32
3.1.3 Princípio Transparência da Fundamentação da Publicidade	33
3.1.4 Princípio da Inversão do Ônus da Prova Publicitária	34
3.2 Análise Jurídica do Artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor	35
3.2.1 A Publicidade Abusiva	35
3.3 Da Desproporcionalidade da Resolução nº 163 do CONANDA	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	44
ANEXO	48

INTRODUÇÃO

A publicidade está presente no cotidiano das pessoas, buscando estimular o mercado de consumo além de conceitos e ideias. Dentre os vários tipos de destinatários ao qual a mesma possa se dirigir, temos as crianças que tem especial proteção do Código de Defesa do Consumidor quando se trata de comunicação mercadológica.

Posto isso, o presente trabalho monográfico visa analisar a proibição a qualquer tipo de publicidade infantil trazida pela resolução nº 163 do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), referida resolução coloca em seu artigo 1º que:

Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, em conformidade com a política nacional de atendimento da criança e do adolescente prevista nos arts. 86 e 87, incisos I, III, V, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

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

Buscando êxito, para o presente estudo será utilizado o método de pesquisa bibliográfico, além de artigos, estudos e debates encontrados em sites da internet sobre o assunto e também pesquisa legislativa sobre a matéria.

Por último, no que concerne aos setores de conhecimento, a pesquisa se revela interdisciplinar, uma vez que envolve outros ramos de conhecimento diferentes do Direito, como a Comunicação Social, todavia, demonstra-se também como pesquisa transdisciplinar, considerando o uso de diferentes ramos do Direito como o Direito do Consumidor e o Direito Constitucional.

¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Criança e Adolescente*: Resolução CONANDA nº 163/2014, de 13 de março de 2014. Disponível em: < <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1635.html>>. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a relevância do tema quanto à proibição a publicidade infantil através da Resolução nº 163, que dispõe sobre a abusividade da publicidade e da comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, é indispensável à análise de alguns conceitos centrais.

Nesse sentido, referida resolução de 13 de março de 2014 foi instituída pelo Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), órgão colegiado de caráter deliberativo que integra a estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) ², criado através da lei 8.248 de 1991. A vigência da resolução despertou grande repercussão no meio publicitário e social dividindo opiniões.

No que diz respeito à publicidade, podemos encontrar a definição do que seria a mesma no art. 8º do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, estabelecido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), que é um órgão não governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. ³

Segundo o art. 8º do referido Código, a publicidade seria “[...] atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias” ⁴. Já para Leal e Barbosa “A publicidade é um mecanismo de divulgação dos produtos ou serviços no mercado, com o intuito de despertar o ânimo positivo dos consumidores”. ⁵

² MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. *Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda>. Acesso em 26 de abril de 2018.

³ CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Sobre o CONAR, Missão. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em 26 de abril de 2018.

⁴ Ibidem.

⁵ LEAL, Larissa Maria de Moraes; BARBOSA, Raíssa Aleos. Direitos fundamentais à criação e à informação, inscritos no Art. 220, ncar de Sá. *A Publicidade Infantil e a Regulação da Publicidade de Alimentos de Baixo Teor Nutricional*. Revista Luso- Brasileira de Direito do Consumo, Curitiba, Vol. IV, n. 14 junho 2014. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/75203/publicidade_infantil_regulacao_leal.pdf. Acesso em 26 de abril de 2018. p. 43.

Dessa forma, a lógica por trás do desenvolvimento da resolução nº 163 é a necessidade de proteção à criança proibindo assim qualquer tipo de propaganda e comunicação mercadológica destinada à mesma, com intuito de resguardar direitos fundamentais que se acreditam violados pela utilização destes meios de comunicação.

No momento que veda qualquer tipo de publicidade direcionada ao público infante-juvenil a resolução acaba esbarrando no princípio constitucional da liberdade de expressão, sendo o mesmo um direito fundamental assegurado por nossa Constituição em seu art. 5º inciso IX, que diz:

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:

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. ⁶

Nesse seguimento, para Fernanda Carolina Tôres a liberdade de expressão:

[...] consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação. ⁷

Não podemos esquecer o papel social que a publicidade desempenha além da atividade econômica, nela também podem ser passados e debatidos valores no meio social, onde a criança e o adolescente encontram-se inseridos.

Com a apresentação de tais conceitos, o desenvolvimento da pesquisa será apresentado com maior facilidade para um melhor entendimento acerca do tema sugerido que é a proibição a publicidade infantil através da resolução nº 163 do CONANDA.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de abril de 2018.

⁷ TÔRES, Fernanda Carolina. *O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e sua Extensão*. Revista de Informação Legislativa, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2018. p.62.

CAPÍTULO 1. PUBLICIDADE E SEUS ASPECTOS GERAIS

Em linhas gerais, para uma melhor compreensão do tema cabe a conceituação do que seriam publicidade e propaganda, usadas no mercado brasileiro frequentemente de forma indistinta.

1.1 Publicidade e Propaganda

Os termos publicidade e propaganda são tidos comumente como sinônimos, apesar de não serem.

A publicidade de acordo com Sérgio Cavalieri “tem objetivo comercial, próprio para anunciar produtos e serviços possíveis de negociação”.⁸ Já a propaganda segundo o referido autor “visa a um fim ideológico, próprio para a propagação de princípios, ideias, teorias, com objetivo religioso político ou cívico”.⁹

Esclarecem ainda Benjamin, Marques e Bessa sobre o assunto que “a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda”.¹⁰

1.2 O Conceito de Publicidade Abusiva

O Código de Defesa do Consumidor trouxe a publicidade abusiva em seu art. 37 caput, § 2º, vejamos:

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

[...]

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 141

⁹ Ibidem. p. 141.

¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.273.

§ 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. ¹¹

Dessa forma, podemos observar que o Código de Defesa do Consumidor lista um rol com alguns tipos de publicidade abusiva que devem ser evitadas, por violarem preceitos sociais, éticos, constitucionais, etc., vale ressaltar que tal rol não é taxativo e sim exemplificativo, como esclarece Fabrício Bolzan “Trata-se por tanto, de um rol **exemplificativo** na medida em que o aludido dispositivo legal valeu-se da **expressão “dentre outras”**”. ¹² (Grifos do autor)

Ao tratar do tema, Benjamin, Marques e Bessa colocam que “Por um critério residual, em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso”. ¹³

Nesse sentido, José Geraldo Brito Filomeno observa:

No que tange a abusividade, a publicidade deve ser **sóbria, ética**. Isto é, não deve conter mensagens preconceituosas, de qualquer natureza, ou então violar os valores mencionados no próprio dispositivo legal retrocolacionado [...]. ¹⁴ (Grifos do autor)

Destas respeitáveis conceituações, podemos extrair que a publicidade deve ser limpa, trazer as reais características do produto ou serviço, de modo que o público saiba exatamente o que está adquirindo.

Para alguns autores, no entanto, o conceito de publicidade abusiva ainda estaria em desenvolvimento, segundo Sergio Cavaliere:

Na realidade, o Código não conceituou a publicidade abusiva, apenas a exemplificou em um elenco não exaustivo. E assim fez porque até hoje a doutrina não concebeu um conceito satisfatório de publicidade abusiva. Trata-se, na verdade, de um conceito em formação [...]. ¹⁵

¹¹ BRASIL, *Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

¹² BOLZAN, Fabrício. *Direito do Consumidor Esquematizado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 347.

¹³ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 288.

¹⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 224.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas,

Para essa corrente o conceito de publicidade abusiva deve ser apreciado pelos estudiosos do direito dentro do caso concreto, lembrando que, a publicidade abusiva sempre violará preceitos constitucionais.

1.3 Dos Tipos de Publicidade: Institucional e Promocional

Quando tratamos de publicidade logo pensamos no papel que a mesma exerce no mercado de consumo e por consequência na sociedade, todavia, precisamos pensar na publicidade além do seu papel de fomentar a atividade econômica. Nem toda publicidade está voltada para a venda de produtos ou serviços, dependendo de sua finalidade a publicidade será institucional ou promocional.

A publicidade institucional esta ligada a imagem da empresa e de acordo com Benjamin, Marques e Bessa:

Na publicidade institucional (ou corporativa) o que se anuncia é a própria empresa e não um produto seu. Seus objetivos são alcançados a mais longo prazo, beneficiando muitas vezes produtos ou serviços que não são sequer produzidos pela empresa.¹⁶

Assim, a publicidade institucional visa à boa imagem da empresa perante o público buscando para isso atrelá-la a causas ambientais, sociais, movimentos culturais, etc., um exemplo desse tipo de publicidade seriam os anúncios televisivos em que as empresas frisam realizar suas atividades respeitando o meio ambiente.

Observam ainda os autores que “De modo diverso, a publicidade promocional (do produto ou serviço) tem um objetivo imediato: seus resultados são esperados a curto prazo”¹⁷, assim, a publicidade promocional visa promover efetivamente as vendas da empresa, mostrando para isso as vantagens do produtos ou serviço oferecido. Como exemplo, temos os brindes promocionais, aqueles que sempre são ofertados em supermercados.

Pode ocorrer ainda a existência da publicidade mista, sendo esta uma combinação entre a publicidade institucional e promocional, nesse caso a empresa

2014. p. 149.

¹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 273

¹⁷ Ibidem. p. 273.

promoverá sua imagem e ao mesmo tempo venderá seu produto.

1.4 Das Outras Espécies e Gêneros da Publicidade

A publicidade pode se apresentar das mais diversas formas e por diferentes meios de veiculação para o público, como veremos a seguir.

1.4.1 Merchandising

É certo que nos dias atuais a publicidade precisa alcançar o máximo de público possível, dessa forma, o merchandising seria um dos meios publicitários mais utilizados no mercado de consumo.

Ao tratar do tema Benjamin, Marques e Bessa citando Mizuho Tahara denominam como merchandising:

A aparição dos produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca. Portanto, a comunicação é subliminar. Como exemplo podemos citar o consumo de cigarros somente de determinada marca no filme, ou o uso exclusivo de carros da marca Ford numa determinada novela.¹⁸

Assim, o merchandising acaba se inserindo no cotidiano das pessoas por meio de filmes, novelas, programas de televisão onde se apresentam informações dos produtos de forma sutil, resultando em um aumento de vendas e clientes. Como um exemplo de merchandising podemos citar as cenas de novela onde um ator entra em determinado banco, ou então conversa com o gerente do banco sobre as vantagens de ser seu cliente.

Ao aprofundarmos no assunto vemos o quão controverso ele é, determina o caput do artigo 36 do CDC “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”¹⁹, refere-se à norma a publicidade clandestina ou dissimulada, que de acordo com Flávio Tartuce “É aquela transmissão de informações que parece que não é publicidade, mas é publicidade”

¹⁸ TAHARA, Mizuho apud BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 279.

¹⁹ BRASIL, *Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

20.

Não é toa que grande parte da doutrina entende que o merchandising vai contra o princípio da identificação da publicidade. Na tentativa de resolver o problema Benjamin, Marques e Bessa apontam a seguinte solução:

A melhor delas, sem dúvidas, é a utilização de “créditos”, ou seja, a veiculação antecipada de uma informação comunicando que, naquele programa, peça ou filme, ocorrerá *merchandising* de tais e tais produtos ou serviços. Não vejo aí a violação do requisito da imediatidade. Esta tem por *ratio* evitar a identificação a *posteriori*. Ora, o crédito simplesmente fornece os elementos necessários para que o consumidor, no momento de veiculação do *merchandising*, possa identificá-lo, de imediato, como publicidade. Por cautela, o crédito, nos programas que são fragmentados, deve ser representado tantas vezes quantos sejam os fragmentos. E, para proteger os consumidores que não tenham oportunidade de assistir ao início do programa (ligaram a televisão após a abertura da novela, por exemplo), também se deve exigir que os créditos sejam repetidos ao final de cada fragmento.²¹

Nesse sentido, caso a ideia dos respeitadas autores fosse realizada não estaria o merchandising violando o princípio da identidade da publicidade consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor, não sendo mais considerado clandestino.

1.4.2 Teaser

O termo *teaser* deriva do “verbo *to tease*, em inglês, que significa provocar, incitar, excitar, chamar atenção”²², é mais um dos tipos de mensagem publicitária que tal como merchandising gera dúvidas entre os operadores do direito.

Segundo Benjamin, Marques e Bessa o *teaser* “é uma curiosa peça publicitária, pois tem por função preparar a verdadeira campanha publicitária. É um anúncio do anúncio. Mas produzido de forma a provocar um certo suspense, a criar uma atmosfera de interrogação”.²³ Como um exemplo de *teaser* temos os outdoors

²⁰ TARTUCE, Flávio; NEVES Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. vol. Único. São Paulo: Editora Método, 2014.p. 279.

²¹ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.280.

²² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 226.

²³ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 280.

que geralmente aumentam a expectativa do público sobre determinado produto ou serviço.

É notório que a finalidade do teaser é estimular o ânimo do consumidor para campanha que virá logo em seguida, o problema com esse tipo de mensagem publicitária é que o público não consegue identificá-la prontamente, o que afrontaria o Princípio da Identificação da Publicidade.

Todavia, assim como o merchandising o teaser não encontra proibição expressa no Código de Defesa do Consumidor, e poderá ser utilizado caso não seja enganoso ou abusivo para com o público consumidor.

1.4.3 Puffing

Assim como as mensagens publicitárias anteriormente tratadas o puffing não possui nenhuma proibição expressa no Código de Defesa do Consumidor, sendo caracterizado pela ênfase dada a um produto ou serviço.

Conforme observa Fernando Gherardin Santos citado por Rafael Tocantins Maltez o puffing “consiste no exagero publicitário sobre as características de determinado produto ou serviço e que não pode ser qualificado juridicamente como oferta, justo pelo caráter subjetivo que possui”.²⁴ Um exemplo de puffing seria alguma marca de chocolate afirmando em anúncio que seu chocolate é o melhor do mundo.

1.4.4 Publicidade Subliminar

A publicidade que se utiliza de mensagens subliminares é o último dos meios publicitários a ser tratado na presente pesquisa.

Nesse sentido, a publicidade subliminar caracteriza-se como “aquela que não é veiculada de forma clara e objetiva, tal como exigiu o legislador, representando, na verdade, uma mensagem de natureza sutil que visa alcançar o inconsciente dos consumidores”.²⁵ Como exemplo desse tipo de publicidade, tem-se um dos cartazes

²⁴ SANTOS, Fernando Gherardin apud MALTEZ, Rafael Tocantins. *Publicidade Subliminar*. 2008. 426 f. Dissertação Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8374#preview-link0>>. Acesso em 22 de setembro de 2018. p. 135.

²⁵ VERAS, Gésio De Lima; Brito Dante Ponte de. *Publicidade Subliminar: Violação dos Direitos do*

promocionais do filme Piratas do Caribe, a imagem (anexo 1) do cartaz faz uma singela homenagem ao Mickey Mouse mascote da Disney, que é a produtora do filme.

Posto isso, esse tipo de mensagem pode ser verificado em diversos meios de comunicação como: rádio, televisão, internet, jornais, etc. Dessa forma a publicidade subliminar acaba atingindo uma grande gama de consumidores que podem variar desde o público infantil até o público mais idoso.

Rafael Tocantins Maltez sobre o assunto faz um alerta de que existem diversas formas de estímulo subliminar, o autor ainda elenca algumas sendo estas:

[...] a) um estímulo visual a um índice muito rápido; b) utilização de um discurso acelerado em mensagens de auditório; c) inserção de símbolos, imagens ou palavras escondidas; d) estímulos olfativos em revistas ou lojas; e) utilização de efeitos sonoros em volume baixo e em diversas faixas de som e velocidade, inaudíveis pelo ouvido humano consciente; f) utilização da visão periférica.²⁶

Embora o tema seja relevante, em nosso país ainda não existe uma lei que trate da ilicitude da publicidade subliminar. A respeito do assunto observam Veras e Brito:

Não obstante o CDC ter disciplinado as espécies de publicidade ilícitas no capítulo V, Seção III, [...] foi omissivo no que se refere à modalidade subliminar, permitindo a interpretação errônea de que esta não é proibida de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.²⁷

Importa ressaltar que tramita no Congresso Nacional um grande número de Projetos de Leis, com o intuito de proibir a publicidade subliminar, dentre os quais se destaca o Projeto de Lei 1840/2011²⁸ da Deputada Federal Erika Kokay.

Consumidor e o Direito à Reparação por Dano Moral Coletivo. Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo. Minas Gerais, vol. 1, n. 2, p.45-61, outubro de 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Seven/Downloads/86-182-2-PB.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2018. p. 52.

²⁶ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Publicidade Subliminar*. 2008. 426 f. Dissertação Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8374#preview-link0>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

²⁷ Ibidem, p. 53.

²⁸ BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL. 1840/11*. Proíbe a utilização de mensagens subliminares na propaganda veiculada nas emissoras de radiodifusão e Altera a Lei nº 4.117, de 1962. Autora: Erika Kokay. Apresentação 13/07/2011. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1C81E48578975FC8F15527C9922B560E.proposicoesWebExterno1?codteor=899655&filename=Tramitacao-PL+1840/2011>. Acesso em: 23 de setembro de 2018.

CAPÍTULO 2. DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS NO TEMA

O segundo capítulo da presente pesquisa tratará dos direitos e princípios constitucionais envolvidos no tema em estudo, trazendo tanto os princípios e direitos violados pela resolução nº 163 quanto o princípio constitucional que respalda a aplicação da mesma.

2.1 O Princípio da Liberdade de Expressão

Antes de darmos início ao estudo específico do tema, primeiramente é necessário conceituarmos liberdade. Nesse sentido, para o filósofo político John Stuart Mill, “[...] só se pode limitar justificadamente a liberdade de ação de uma pessoa se esta ameaçar prejudicar outrem”.²⁹

Já Paulo Bonavides ao trata da liberdade coloca que:

Foi Montesquieu sábio nesse tocante ao dizer que “a liberdade é o direito de fazer tudo que as leis permitem”. Com estas palavras, ele vinculou indissociavelmente a liberdade ao Direito. De tal sorte que, onde não houver o primado da ordem jurídica, não haverá liberdade.³⁰

Posto isso, o direito a liberdade encontra-se estabelecido no caput do artigo 5º de nossa Constituição, sendo o mesmo um direito fundamental de primeira geração.

A liberdade de expressão por sua vez é um dos tipos de liberdade que existe, e pode ser conceituada como “o **direito de expressar o que se pensa, sem qualquer tipo de empecilho ou censura pelo Estado**”.³¹ (Grifos nossos)

²⁹ WOLFF, Jonathan. *Introdução À Filosofia Política*. Lisboa: Gradiva, 2004. p. 149.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004. p. 212.

³¹ MACHADO, Natália Paes Leme. *A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o julgamento da ADPF 130*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 2, 2013. p. 283.

Nesse seguimento, John Stuart Mill traz um posicionamento um pouco diferente, o filósofo entende que “Embora a censura nunca seja defensável, aceita haver ocasiões em que é correto limitar a liberdade de expressão”.³²

Para o autor, quando a liberdade de expressão acabar trazendo riscos ou como gosta de dizer dano, para terceiros ela deve sim ser limitada. Vale ressaltar que apesar do posicionamento, o autor defende a liberdade de pensamento e debate, e que toda opinião é válida mesmo que seja contrária.

Dando continuidade, o princípio da liberdade de expressão consagra-se como um dos mais importantes direitos dentro da estrutura democrática de nosso Estado, como ressaltam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.³³

Assim, passa a ser responsabilidade do Estado manter e preservar a liberdade de expressão, uma vez que esta é um direito fundamental inerente a todo ser humano.

Tratando do tema Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, colocam ainda que:

A liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos [...]. Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informação e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem etc.).³⁴

Seguindo por essa linha de raciocínio, segundo George Marmelstein o direito de se expressar:

[...] é abrangente, envolvendo qualquer ideia, desde escritos com conteúdo crítico até mesmo manifestações poéticas de amor ou apelos comerciais

³² WOLFF, Jonathan. *Introdução À Filosofia Política*. Lisboa: Gradiva, 2004 . p. 157.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 263.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 263.

para vender determinado produto **isso mesmo: a propaganda comercial também é uma forma de liberdade de expressão.** ³⁵ (Grifos nossos)

Sobre essa questão o autor ainda nos apresenta caso bem interessante ocorrido na Alemanha:

A Corte Constitucional daquele país entendeu que a liberdade de expressão “alcança também expressões comerciais assim como a pura publicidade econômica que tenham um conteúdo axiológico constitutivo de opinião pública”. No caso em questão o que estava em jogo era saber se a revista podia ser censurada ou punida por haver publicado anúncios publicitários bastante polêmicos da empresa de roupas Benetton, que chamava a atenção do consumidor por retratar imagens chocantes de diversas mazelas sociais. [...] Os juízes da Corte Constitucional concluíram que as referidas imagens veicularam juízos de valor, com conteúdo capaz de formar opinião, já que direcionariam a preocupação do cidadão para as mazelas do mundo, e, dessa forma, estariam protegidas pela cláusula constitucional de livre manifestação do pensamento. ³⁶ (Grifos nossos)

A liberdade de expressão se faz presente tanto em nossa legislação pátria, como em documentos internacionais do qual o Brasil faz parte, um exemplo, seria a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, que traz em seu artigo 19 o seguinte:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão. ³⁷

Como anteriormente citado, nossa legislação também versa sobre a liberdade de expressão. A Constituição Federal de 1988 trata de forma ampla o assunto, o artigo 5º, por exemplo, traz em diversos incisos alguns tipos de liberdade, merecendo destaque especial o inciso IX que dispõe “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. ³⁸

³⁵ MARMELSTEIN, Jorge. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.122.

³⁶ MARMELSTEIN, Jorge. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. . p.122

³⁷ DUDH. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. ONU, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

Claramente podemos perceber que o inciso assegura o exercício de diferentes formas de expressão, até mesmo manifestações não verbais estariam compreendidas pelo mesmo. A respeito do assunto observam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que:

No direito comparado, tem merecido debate saber se a queima da bandeira nacional está protegida pela liberdade de expressão. Quem queima a bandeira do seu país não está pronunciando um discurso, não desenvolve uma atividade linguística, nem está realizando uma apresentação artística. Está, contudo, nitidamente, assumindo um comportamento que pretende veicular uma mensagem de protesto. Tem-se, iniludivelmente, um comportamento expressivo, uma expressão simbólica. A Suprema Corte americana entendeu, em 1989, que era inconstitucional lei estadual que criminalizava a conduta de queimar a bandeira, sustentando, exatamente, que, aí, por meio da conduta se estava exercendo o direito à livre expressão, que poderia assumir feição meramente comportamental.³⁹

Cabe salientar com base nesse dispositivo constitucional que o Supremo Tribunal Federal revogou a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 09/02/1967) por incompatibilidade material com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista que as normas previstas na lei eram contrárias ao padrão de democracia compreendido em nossa Lei Maior.

Posto isso, embora a liberdade de expressão seja um direito fundamental, esta não é absoluta, podendo ser reduzida em face de outro direito tutelado, como observam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino citando Alexandre de Moraes:

[...] a liberdade de expressão deve ser exercida com responsabilidade e o seu desvirtuamento para o "cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta".⁴⁰

Nesse seguimento, o artigo 220 de nossa Constituição ao tratar da comunicação social traz algumas possibilidades de restrição à liberdade de expressão, contidas no §4º do referido artigo, vejamos:

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.⁴¹

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 269.

⁴⁰ MORAIS Alexandre aoud PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 179.

⁴¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em:

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a norma assegura a prática da liberdade de expressão, restringe a mesma em seus parágrafos para que não se torne abusiva.

Não podemos esquecer que outro limite ligado à liberdade de expressão “refere-se a mensagens que provocam reações de violenta quebra da ordem. Tais situações não compõem o âmbito de proteção da liberdade de expressão, estando excluídas dos limites internos desse direito”.⁴²

2.2 O Princípio da Livre Iniciativa

Para uma melhor compreensão do tema faz-se necessário um breve histórico sobre a evolução do Estado e da ordem econômica.

Nesse seguimento, o Estado pode assumir duas posições diferentes, sendo estas: liberal e social. O Estado liberal caracteriza-se como o “Estado mínimo ou Estado-policia, com funções restritas quase que á mera vigilância da ordem social e a proteção contra ameaças externas”.⁴³

Em contrapartida, o Estado social, que tem início no começo do século XX, é aquele que se preocupa em garantir o cumprimento dos direitos sociais. Pedro Lenza citando a obra de Wilensky coloca ainda que “a **assistência** prestada pelo **Estado do bem-estar** (Welfare State), ou **Estado assistencial**, não é oferecida como caridade, mas sim como um **direito político**”.⁴⁴ (Grifos do autor)

Seguindo por essa linha de raciocínio, a livre iniciativa ao longo do tempo sempre procurou aumentar o espaço de atuação privada sendo atendida ou não, em maior ou menor escala pelo modelo de Estado vigente. Nesse sentido, seria a

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 273.

⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 280.

⁴⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1249.

mesma, liberdade de espaço na atuação econômica independentemente do controle do Estado.

Posto isso, nossa Constituição Federal de 1988 procurou combinar a coexistência de uma ordem econômica firmada na liberdade de iniciativa com a justiça social, conforme demonstra o caput de seu artigo 170 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.⁴⁵

Da mesma forma a livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil, como mostra o artigo 1º de nossa Lei Maior:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**;⁴⁶ (Grifos nossos)

Ressalta Pedro Lenza, sobre o artigo em questão que:

O constituinte privilegia, portanto, o modelo capitalista, porém, não se pode esquecer da finalidade da ordem econômica, qual seja, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, afastando-se, assim, de um Estado absenteísta nos moldes do liberalismo.⁴⁷

Tratando novamente do artigo 170 de nossa Constituição, seu parágrafo único determina que “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. A respeito do dispositivo observam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Estado não pode decidir quais e quantos agentes privados atuarão em cada setor da economia, ou quanto produzirão ou venderão; isso seria

⁴⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2018

⁴⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

⁴⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1250.

planificação, típica dos regimes socialistas, incompatível com a livre iniciativa e seu corolário, a liberdade de empresa.⁴⁸

Como anteriormente citado, o princípio da livre iniciativa é um dos fundamentos de nossa ordem econômica, e atribui o papel primordial de produção e circulação de bens ou serviços a iniciativa privada, tendo o Estado apenas uma função acessória, ou seja, “como regra, somente quando o setor privado não tiver capacidade de atuar suficientemente em determinado setor econômico (ou não tiver interesse em tal setor), deve o Estado colmatar essa lacuna”.⁴⁹

Vale ressaltar ainda que o princípio da livre iniciativa não é absoluto, isto é, nossa Constituição assegura o mesmo desde que este não infrinja os limites estabelecidos em nossa Lei Maior, em síntese tais limites se justificam devido a necessidade de se garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo.

2.3 O Direito a Informação

O direito a informação é um direito amplo, que diz respeito a informações comuns como expor produtos em jornais, até informações referentes à administração pública.

A liberdade de informação inclui os direitos de divulgar, receber e buscar informações, sendo essencial para fiscalização do Estado e a preservação da democracia.⁵⁰ Representando, portanto, o direito a informação, a liberdade de comunicar-se e de transmitir informações a outrem sem controle por parte do Estado.

Nesse seguimento, não podemos nos esquecer de que o direito a informação está intimamente ligado ao princípio fundamental da liberdade de expressão, e que a liberdade de imprensa esta ligada ao direito de informação.

⁴⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14^a ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 1005.

⁴⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14^a ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 1006.

⁵⁰ FERRARI, SIQUEIRA, 2016, p. 134

Ao voltarmos algumas décadas em nossa história, veremos que durante o período de ditadura militar o direito a informação foi duramente limitado, tendo em vista que o governo controlava todos os meios de comunicação da época, e assim apenas o que era de seu agrado era repassado à população.

Posto isso, nossa Constituição Federal de 1988, dado o momento, trouxe a garantia do direito a informação para todos. Tal direito encontra-se previsto no artigo 5º, incisos XIV e XXXIII ⁵¹, e também no artigo 220 da Lei Maior, que assegura que a informação assim como a criação, a expressão e a manifestação de pensamento não sofrerão nenhum controle, ainda que, existam alguns limites previstos no próprio texto constitucional.

Dessa maneira a liberdade de informação dos meios de comunicação é primordial para a efetivação e garantia da democracia em nossa sociedade. Todavia, embora o exercício do direito a informação seja importante, este não é pleno, existindo algumas limitações a ele, justamente para que não se torne abusivo e assim, acabe interferindo em outros direitos. ⁵²

2.4 O Princípio da Proteção Integral a Criança e ao Adolescente

No Brasil o princípio da proteção integral a criança e ao adolescente, foi instituído pela Constituição Federal de 1988, tal princípio assegurou a criança e ao adolescente tanto os direitos fundamentais, como aqueles que contemplem as particularidades infanto-juvenis, promovendo o cuidado das crianças e adolescentes, no sentido de se reprimir abusos de qualquer forma e promover direitos.

⁵¹ 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:

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

⁵² FERRARI, SIQUEIRA, 2016, p. 145.

Nossa Carta Magna trouxe tal princípio em seu artigo 227 caput vejamos:

Art. 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. [...].⁵³

Dessa forma, a criança e o adolescente passaram a figurar como “sujeitos de direito”, passaram a ter prioridade absoluta, sendo dever do Estado, da família e da sociedade, garantir a efetivação dos direitos trazidos pela Constituição. Assim, o princípio da proteção integral a criança e ao adolescente, buscou amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, base do nosso Estado democrático de direito.

Nesse sentido, o princípio anteriormente citado, “atribui às crianças e aos adolescentes tratamentos diferenciados por serem desiguais com relação aos adultos, devido a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento”.⁵⁴ Justamente por essa condição de fragilidade os direitos fundamentais das crianças e adolescentes são tidos como absolutos.

Dessa maneira, os direitos que cercam a crianças e os adolescentes se diferenciam “tanto quantitativamente, por possuir maior número de direitos fundamentais, como qualitativamente, pois para assegurar a concretização desses direitos, possuem estruturação especial, diferentemente dos direitos fundamentais dos adultos”.⁵⁵

⁵³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

⁵⁴ FONTOURA, Bárbara Pamplona. *A Aplicação da Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pelo Judiciário Brasileiro*. 2011. 63 f. Monografia- Centro Universitário de Brasília UNICEUB, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/314/3/20612365.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro de 2018. p.24.

⁵⁵ FONTOURA, Bárbara Pamplona. *A Aplicação da Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pelo Judiciário Brasileiro*. 2011. 63 f. Monografia- Centro Universitário de Brasília UNICEUB, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/314/3/20612365.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro de 2018. Ibidem, p. 28.

O Estado priorizou o atendimento em todas as áreas as crianças e aos adolescentes, tendo em vista o desenvolvimento pleno destes, uma vez que não conseguem suprir suas necessidades sozinhos.

Vale ressaltar que apesar do texto constitucional elencar o Estado, a família e a sociedade como encarregados pela proteção integral à criança e ao adolescente, o principal responsável pela mesma é o Estado, competindo a este promover a execução de políticas públicas em prol do melhor desenvolvimento desse grupo especial da sociedade.

CAPÍTULO 3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DADA AO CONSUMIDOR EM FACE DA PUBLICIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A DESPROPORCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 163

Por fim chegamos ao último capítulo desta monografia, onde será vista a proteção jurídica dada ao consumidor diante da publicidade em nossa legislação. Como veremos no desenrolar deste capítulo nosso Código de Defesa do Consumidor fornece um arcabouço de normas e princípios que garantem a tutela do consumidor.

3.1 Princípios de Proteção ao Consumidor e suas Aplicações na Publicidade

Trataremos a partir de agora dos princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor que norteiam proteção do consumidor ante a publicidade.

3.1.1 Princípio da Vinculação Contratual da Publicidade

Segundo a interpretação de Rafael Tocantins Maltez, com o princípio da vinculação contratual da publicidade “procura-se combater aquela forma de publicidade que visa unicamente a atrair o consumidor ao estabelecimento do fornecedor (publicidade chamariz), prática vedada inclusive pelo princípio da boa-fé”.⁵⁶

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, o princípio da vinculação da publicidade dispõe que:

Art.30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e

⁵⁶ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Publicidade Subliminar*. 2008. 426 f. Dissertação Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8374#preview-link0>>. Acesso em 27 de outubro de 2018. p.318.

serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.⁵⁷

Nesse seguimento, esclarece José Geraldo Brito Filomeno que o artigo “Pode ser resumido na expressão: **prometeu, tem de cumprir**”.⁵⁸ (Grifos do autor) Em outras palavras, o fornecedor não é obrigado a utilizar-se da publicidade, no entanto, tendo ele optado por esse meio de comunicação, deve contratar com os consumidores exatamente nas formas prometidas.

Em relação às erratas Rafael Tocantins Maltez citando José Geraldo Brito Filomeno coloca que:

[...] veicula-se um anúncio publicitário no qual consta determinado preço ou produto, mas, após, o fornecedor retrata-se sob o argumento que ocorreu um erro no anúncio, José Geraldo Brito Filomeno entende que o art. 429, parágrafo único do Código Civil representa grande novidade. A partir desse dispositivo, na avaliação desse autor, a validade da revogação da oferta publicitária dependerá da forma como foi realizada a oferta inicial, notadamente no que tange à exigida ressalva antecipada, e, sobretudo, da forma pela qual se fez (idêntica dimensão da oferta) e do motivo pelo que se fez (equivoco ou erro justificável).⁵⁹

Dando continuidade, no artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor encontramos a sanção civil cabível em caso de descumprimento do que foi anunciado pelo fornecedor, e contratado pelo consumidor vejamos:

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.⁶⁰

⁵⁷ BRASIL, *Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2018.

⁵⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 224.

⁵⁹ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Publicidade Subliminar*. 2008. 426 f. Dissertação Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em:<<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8374#preview-link0>>. Acesso em 27 de outubro de 2018. p.319.

⁶⁰ BRASIL, *Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2018.

3.1.2 Princípio da Identificação da Publicidade

Aqui temos, talvez, o mais importante princípio de proteção dos consumidores quando tratamos dos meios publicitários. Segundo José Geraldo Brito Filomeno “Referido princípio tem por escopo, *tout court*, a proscrição de mensagens ocultas, dissimuladas, ou que não sejam distinguidas ou percebidas como tais”.⁶¹

De acordo com o caput do 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”.⁶² Benjamim, Marques e Bessa esclarecem o artigo:

A publicidade só é lícita quando o consumidor puder identifica-la. Mas tal não basta: a identificação há que ser imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica).⁶³

Nesse sentido, o artigo 36 buscou proteger o consumidor, servindo como um alerta para o mesmo, deixando-o ciente de que está exposto a uma publicidade não por acaso, e que esta tem uma finalidade voltada para o consumo de certo produto ou serviço.

Sobre o assunto ressaltam Benjamim, Marques e Bessa que “O legislador brasileiro não aceitou nem a publicidade clandestina, nem a subliminar”.⁶⁴

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária também condena esse tipo de prática, em seu artigo 28 traz que “**O anúncio deve ser claramente distinguido como tal**, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”.⁶⁵ (Grifos nossos) Complementando essa ideia trouxe ainda o referido Código no caput de seu artigo 29 o seguinte:

⁶¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 225.

⁶² BRASIL, *Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2018.

⁶³ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 278-279.

⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 277.

⁶⁵ CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Sobre o CONAR, Missão. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 27 de outubro de 2018

Artigo 29- Este Código não se ocupa da chamada “propaganda subliminar”, por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente incontestada. **São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos “subliminares” em publicidade ou propaganda.** ⁶⁶ (Grifos nossos)

3.1.3 Princípio da Transparência da Fundamentação da Publicidade

O princípio da transparência da fundamentação da publicidade encontra previsão legal no parágrafo único do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe “O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”. ⁶⁷

Nesse sentido Rafael Tocantins Maltez esclarece que:

Por esse princípio, o fornecedor deverá veicular a publicidade somente fundada em dados fáticos, técnicos e científicos em relação aos quais possa ter sustentação probatória, inclusive para informação dos interessados, mantendo em seu poder a prova desses dados. ⁶⁸

Segundo Benjamim, Marques e Bessa tal princípio “é um aperfeiçoamento da teoria do *ad substantiation* dos norte-americanos”. ⁶⁹ Que nos Estados Unidos é aplicado por um órgão de proteção dos consumidores conhecido como FTC (Federal Trade Commission). ⁷⁰

Vale ressaltar que o princípio em tela é de extrema relevância, e por isso, o Código de Defesa do Consumidor tratou de prever no artigo 69 um tipo penal ao

⁶⁶ CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Sobre o CONAR, Missão. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 27 de outubro de 2018.

⁶⁷ BRASIL, *Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2018.

⁶⁸ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Publicidade Subliminar*. 2008. 426 f. Dissertação Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em:<<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8374#preview-link0>>. Acesso em 27 de outubro de 2018. p. 312.

⁶⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 278.

⁷⁰ MALTEZ, 2008, p. 312.

fornecedor/anunciante, caso esse não cumpra com suas obrigações para com o consumidor, com detenção de um a seis meses ou multa.

Dessa forma, podemos perceber que a publicidade para ser veiculada deve ser baseada em dados científicos, fáticos ou técnicos, que possam ser comprovados posteriormente, caso venham ser questionados.

3.1.4 Princípio da Inversão do Ônus da Prova Publicitária

Segundo Rafael Tocantins Maltez tal princípio “é consequência direta do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e visa a amenizar os efeitos produzidos pela publicidade ilícita”.⁷¹ Encontra-se estipulado no artigo 38 da Lei consumerista e dispõe o seguinte:

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.⁷²

Assim, diversamente do que ocorre com a regra geral de inversão do ônus da prova, fixada no artigo 6º, VIII, de nossa lei consumerista, do qual podemos extrair o seguinte:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;⁷³

Explica Rafael Tocantins Maltez sobre o artigo que:

[...] a depender da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor, no caso da prova da veracidade e correção da informação

⁷¹ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Publicidade Subliminar*. 2008. 426 f. Dissertação Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8374#preview-link0>>. Acesso em 27 de outubro de 2018. p. 325.

⁷² BRASIL, *Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2018.

⁷³ BRASIL, *Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2018.

publicitária, incide o princípio sob comento. Pelo fundamento desse princípio, a inversão se dá sempre de forma obrigatória (*ope legis*), independentemente de pronunciamento judicial, ou seja, cabe sempre ao patrocinador (fornecedor interessado na sua veiculação) a prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária. Isso porque é praticamente impossível o consumidor provar a correção e a veracidade da informação ou comunicação publicitária, devido às suas limitações técnicas e econômicas.⁷⁴

3.2 Análise Jurídica do Artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor

É imprescindível que façamos agora, uma análise individual do artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que este é de extrema importância para conclusão de nosso trabalho.

3.2.1 A Publicidade Abusiva

O tema em tela já foi amplamente explanado nesta monografia, por isso, trataremos rapidamente sobre o mesmo.

O caput o do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor é claro ao proibir a publicidade abusiva. Nesse sentido Rafael Tocantins Maltez coloca que:

Da norma depreende-se que a publicidade deve ser ética, sendo defeso veicular mensagens que tragam carga de preconceito, que violem os valores nela descritos. Tem caráter residual em relação à publicidade enganosa, abrangendo qualquer violação aos interesses da sociedade.⁷⁵

Devemos ter em mente que a publicidade deve sempre respeitar esse rol trazido pela norma e, é claro outros preceitos além dos citados.

⁷⁴ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Publicidade Subliminar*. 2008. 426 f. Dissertação Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8374#preview-link0>>. Acesso em 27 de outubro de 2018. p. 325.

⁷⁵ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Publicidade Subliminar*. 2008. 426 f. Dissertação Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8374#preview-link0>>. Acesso em 03 de novembro de 2018.p.170.

Feitas rápidas considerações sobre o assunto, como dito anteriormente, nosso Código de Defesa do Consumidor fornece um arcabouço de normas e princípios que garantem a tutela do consumidor, que no caso desta monografia são as crianças.

Nesse sentido, ao tratarmos da publicidade abusiva voltada para o público infanto-juvenil, vemos que nossa Lei consumerista tem normas eficazes e consegue coibir eventuais abusos do setor publicitário contra esse público tão jovem.

A exemplo disso temos uma notícia desse ano sobre o departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, que multou o McDonald's e a revista Vogue Kids da Editora Globo com base no Código de Defesa do Consumidor, vejamos:

De acordo com o departamento, as campanhas das empresas violaram o Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei da Primeira Infância. As empresas terão 30 dias para o pagamento da multa. O departamento entendeu que as crianças ficaram expostas aos apelos inadequados à faixa etária. A maior multa, de R\$ 6 milhões, foi aplicada ao McDonald's por fazer "Shows do Ronald McDonald" em escolas. De acordo o órgão, os shows eram pretexto para publicidade da marca, configurando prática abusiva que é vedada no mercado e nas relações de consumo.⁷⁶

No processo referente ao McDonald's, o juiz Fabio Calheiro do Nascimento da 2ª Vara Criminal de Barueri/SP observou ainda que:

Objeto de especial preocupação do Direito do Consumidor é a publicidade direcionada a crianças, eis que esse público não tem a perspicácia e a maturidade do adulto para identificar e julgar técnicas de persuasão coma finalidade de tomar decisões lúcidas. **Por esse motivo, a criança consumidora é reconhecida pela doutrina como hipossuficiente ou hipervulnerável e é ilícita a prática publicitária que se aproveite dessas circunstâncias especialmente desfavoráveis, a teor do artigo 37, §2 da Lei 8.078/90.**⁷⁷ (Grifos nossos)

Dando continuidade, seguindo o disposto no §2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade não pode conter atos de: discriminação; incentivo a violência; que explore o medo ou a superstição; que se aproveite da deficiência de julgamento das crianças; que explore a insegurança e desrespeite valores ambientais. .

⁷⁶ MINISTÉRIO da Justiça Multa McDonald's e Revista por Publicidade Infantil. *Revista Consultor Jurídico*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-11/ministerio-justica-multa-mcdonalds-publicidade-infantil#top>>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

⁷⁷

No que concerne aos atos de discriminação, segundo Benjamin, Marques e Bessa:

É abusiva a publicidade que discrimina o ser humano, sob qualquer ângulo ou pretexto. A discriminação pode ter a ver com a raça, com o sexo, com a preferência sexual, com a condição social, com a nacionalidade, com a profissão e com as convicções religiosas e políticas.⁷⁸

Cabe ressaltar aqui que se repudia qualquer prática publicitária que incite a discriminação, tanto por parte do Código de Defesa do Consumidor quanto por parte do Código de Autorregulamentação Publicitária. Nosso país inclusive, conta com um sistema misto de proteção ao consumidor ante atividade publicitária, como bem explica o autor José Geraldo Brito Filomeno:

Nosso ordenamento jurídico, aliás, acabou adotando o critério chamado de **misto**, como já se dava em outros países, como os Estados Unidos e a Grã-Bretanha. Ou seja, além de um **sistema não oficial, ou de autocontrole** da atividade publicitária, no nosso caso exercitado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), preferiu também sua **institucionalização, ou seja, sua efetiva regulamentação**.⁷⁹ (Grifos do autor)

Contudo, não podemos esquecer que caso Código de Autorregulamentação Publicitária confronte o Código de Defesa do Consumidor, sua aplicabilidade deve ser afastada uma vez que este é hierarquicamente inferior ao Código de Defesa do Consumidor.

Também não se admite à publicidade que incentive a violência, “seja do homem contra o homem, seja do homem contra animais (e até contra bens, como os públicos, por exemplo)”.⁸⁰

Advertem Benjamin, Marques e Bessa que a violência tratada no Código de Defesa do Consumidor “é sinônimo de agressividade, de utilização de força bruta. Muitas vezes aparece como mensagens relacionadas com agressões, com lutas

⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 289.

⁷⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 222.

⁸⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 289.

físicas, com a morte e com a guerra. É sempre abusiva e, por isso mesmo, proibida”.

81

O Código de Autorregulamentação Publicitária também condena esse tipo de publicidade, de acordo com seu artigo 26 “Os anúncios não devem conter nada que possa conduzir à violência”⁸².

Enfim, os anúncios publicitários atingem um número indeterminado de pessoas de diversas faixas etárias entre elas crianças e adolescentes, que estão em fase de desenvolvimento cognitivo, por isso, a veiculação dos mesmos devem ser feitas com responsabilidade.

Da mesma forma, não podem ser utilizados pelo meio publicitário o medo ou a superstição para atrair os consumidores. Nesse sentido explicam Benjamim, Marques e Bessa:

A publicidade que se utiliza do medo ou superstição para persuadir o consumidor a adquirir o produto ou serviço é abusiva. **Para receber tal qualificação não se exige que a mensagem aterrorize, realmente, os consumidores. Basta que o anúncio faça uso desses recursos para que seja ilegal.**⁸³ (Grifos nossos)

O Código de Autorregulamentação Publicitária também se posiciona contra o uso do medo e da superstição em anúncios publicitários, vejamos o que dizem os artigos 24 e 25:

Artigo 24. Os anúncios não devem apoiar-se no medo sem que haja motivo socialmente relevante ou razão plausível.

Artigo 25. Os anúncios não devem explorar qualquer espécie de superstição.⁸⁴

A publicidade também não pode se aproveitar da deficiência de julgamento das crianças, por isso estas receberam especial proteção do Estado, tendo em vista sua fase de desenvolvimento físico e mental, momento no qual a publicidade pode

⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 289.

⁸² CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Sobre o CONAR, Missão. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 03 de novembro 2018.

⁸³ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 289.

⁸⁴ CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Sobre o CONAR, Missão. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 03 de novembro 2018.

influenciar muito, a ponto de modificar seus hábitos alimentícios, suas roupas, sapatos etc., e nem sempre para melhor.

Nesse sentido a psicóloga Fátima Nassif, do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo e da Rede Paulista pela Democratização da Comunicação e da Cultura, faz um alerta:

A propaganda influencia o comportamento infantil e, em certa medida, juvenil. Na sua concepção, a deturpação de valores incentivada pelo culto ao consumo pode gerar transtornos complexos nas relações familiares e de amizade destes indivíduos. Como exemplo cita o crescimento de casos de anorexia e bulimia em jovens que se submetem à ditadura da beleza veiculada nos meios de comunicação.⁸⁵

Não podemos não esquecer que a publicidade também não pode explorar a insegurança, ou seja, não pode apresentar riscos para os consumidores e sua veiculação não pode acabar em acidentes.

Segundo Benjamin, Marques e Bessa:

Um dos subprincípios que integram o princípio da não abusividade é o princípio da inofensividade da publicidade. Impede ele qualquer publicidade “capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança” (art. 37, §2º, *in fine*).⁸⁶

Como um exemplo de publicidade que incentive a insegurança, temos a publicidade de cigarro, na qual não é permitida a associação do cigarro com a imagem de uma pessoa com maior êxito na vida sexual, conforme informa o artigo 3º, §1º, III da Lei 9.294/96.

Quanto à publicidade que desrespeite os valores ambientais, esta também não é permitida, nem por nossa Lei Consumerista nem pelo próprio Código de Autorregulamentação Publicitária. Tendo em vista o meio ambiente, que “modernamente, passou a integrar a esfera de preocupação dos consumidores”⁸⁷.

⁸⁵ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Publicidade Subliminar*. 2008. 426 f. Dissertação Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8374#preview-link0>>. Acesso em 09 de novembro de 2018.p. 235.

⁸⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 289.

⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de*

O Código de Autorregulamentação Publicitária ao tratar do meio ambiente coloca que:

Artigo 36. A publicidade deverá refletir as preocupações de toda a humanidade com os problemas relacionados com a qualidade de vida e a proteção do meio ambiente; assim, **serão vigorosamente combatidos os anúncios que, direta ou indiretamente, estimulem:**

- 1. a poluição do ar, das águas, das matas e dos demais recursos naturais;**
- 2. a poluição do meio ambiente urbano;**
- 3. a depredação da fauna, da flora e dos demais recursos naturais;**
- 4. a poluição visual dos campos e das cidades;**
- 5. a poluição sonora;**
- 6. o desperdício de recursos naturais.** ⁸⁸ (Grifos nossos)

Nesse seguimento, para Benjamim, Marques e Bessa é antiambiental “por exemplo, o anúncio de uma motosserra em que o anunciante a testa em uma área protegida ou contra uma árvore centenária”. ⁸⁹

Foram apreciadas aqui somente as situações trazidas pelo §2º, do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, que como dito anteriormente é exemplificativo, podendo surgir outras situações que podem expor o consumidor a publicidade abusiva.

Direito do Consumidor. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 289.

⁸⁸ CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Sobre o CONAR, Missão. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 03 de novembro 2018.

⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 289.

3.3 Da Desproporcionalidade da Resolução nº 163 do CONANDA

Ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor o legislador buscou proteger efetivamente o consumidor contra um dos meios mais utilizados pelo mercado de consumo, sendo o mesmo, a publicidade, que quando não usada de forma correta pode sim trazer malefícios para o consumidor.

Nesse sentido, nosso ordenamento jurídico forma uma teia de proteção ao consumidor, que vai desde nossa Carta Magna, passando pela legislação consumerista até chegarmos às normas de regulamentação privada do setor publicitário que funcionam de forma subsidiária.

Não é que se proíba toda e qualquer publicidade, no entanto, esta precisa ter um controle, especialmente quando voltada ao público infanto-juvenil. O que se procura com isso, é eliminar qualquer tipo de publicidade abusiva, enganosa, clandestina e subliminar, que são proibidas por nossa legislação.

Nosso país adotou um sistema misto de fiscalização da publicidade, devendo os meios publicitários atentar-se para as regras que lhes são pertinentes, principalmente quando dirigidos ao público infanto-juvenil, onde tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Código de Autorregulamentação Publicitária trazem normas de especial proteção voltadas para esse público.

Como visto anteriormente a resolução nº 163 do CONANDA foi criada em 2014, com o intuito de proteger o público infanto-juvenil de qualquer tipo de propaganda e comunicação mercadológica voltado para o mesmo, acreditando assim resguardar direitos que estariam sendo violados pelo meio publicitário.

Ao regulamentar a publicidade a referida resolução trouxe normas mais severas do que as contidas em nossa Constituição e no Código de Defesa do Consumidor, interferindo de forma muito significativa na liberdade de expressão e na livre iniciativa de agentes econômicos e fornecedores de produtos e serviços direcionados ao público infantil.

Importante ressaltar aqui que o setor voltado para esse público sofreu um grande impacto, pessoas perderam empregos, um estudo feito em dezembro de

2014 calculou que “a redução seria de 44 mil vagas, assim como se perderiam R\$ 424,6 milhões a título de salários. Na arrecadação de impostos, o governo abriria mão de uma receita de R\$ 285,2 milhões”⁹⁰.

No decorrer do presente trabalho foi demonstrado que crianças e adolescentes ainda estão em processo de desenvolvimento cognitivo, sendo, portanto vulneráveis por sua falta de discernimento do que é certo ou errado, tendo por isso, uma maior proteção do Estado. Todavia, não podemos utilizar o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente como fundamento para impedir totalmente o exercício de outros direitos de iguais valores, quais sejam, a liberdade de expressão e livre iniciativa.

Claramente podemos perceber aqui que há a colisão de direitos fundamentais, devendo ser utilizado o princípio da proporcionalidade para resolver a questão. Tal princípio busca o equilíbrio entre duas normas expressas na Constituição. Ou seja, em caso de conflito, as medidas que impõem limites a determinado direito fundamental só são admitidas até certo ponto, quando não afetam o outro direito fundamental mais do que o necessário.

Nesse sentido, quando analisamos a colisão entre o princípio da proteção integral a criança e ao adolescente, frente aos princípios da liberdade de expressão e livre iniciativa, vemos que já há proteção em nosso ordenamento jurídico ante a publicidade que se mostre abusiva. Sendo, portanto a resolução anteriormente citada uma forma desproporcional de proteção às crianças e adolescentes.

Não podemos nos esquecer de que a publicidade também tem uma função social, que deve ser desempenhada com certa liberdade, devendo seus excessos ser controlados e punidos. Além disso, os pais devem educar e preparar seus filhos para que os mesmos cresçam sabendo lidar com o mercado de consumo existente em nossa sociedade.

⁹⁰ GO. Associados. *Impactos Econômicos da Aplicação da Resolução 163 do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA)*. São Paulo, dezembro de 2014. p. 53.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi apresentada ao longo dessa monografia a resolução nº163 mostra-se um meio desnecessário e inflexível de proteção ao público infanto-juvenil contra a publicidade que se mostre abusiva, uma vez que já temos normas eficazes em nossa legislação que garantem a proteção desse público.

Nesse sentido, no primeiro capítulo discorremos sobre a publicidade e seus aspectos gerais, sendo esclarecidos conceitos importantes como o da publicidade subliminar, que não é veiculada com clareza e busca atingir o inconsciente dos consumidores, sendo um meio sujo de levar o produto a atenção do consumidor. Tratamos também da publicidade abusiva, um dos pilares deste trabalho, que é aquela que viola os preceitos sociais, éticos e constitucionais, encontrada no artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Já no segundo capítulo foram abordados os princípios constitucionais envolvidos no tema, sendo apresentados tanto os princípios violados pela resolução nº 163 do CONANDA, quanto o princípio que embasa a mesma. Desse modo, foram apresentados os princípios da liberdade de expressão e da livre iniciativa, e o direito a informação, princípios e direito constitucionais desrespeitados pela referida resolução e que são importantes para manutenção de nossa democracia.

Da mesma forma, foi apresentado o princípio da proteção integral a criança e ao adolescente, que elevou os pequenos ao status de “sujeitos de direitos”, onde estes passaram a ter prioridade. Sendo por isso o princípio que respalda a aplicação da resolução anteriormente citada.

Por último, no terceiro capítulo trouxemos a proteção jurídica dada ao consumidor em face da publicidade na legislação brasileira e a desproporcionalidade da resolução nº 163. Foram abordados princípios e normas que trazem a proteção necessária ao consumidor diante da publicidade brasileira demonstrando que a já mencionada resolução, não é necessária além de ser extremamente inflexível.

Assim, conclui-se pela presente monografia, ser desproporcional a utilização da resolução anteriormente citada, tendo em vista que já existem normas suficientes em nosso ordenamento jurídico que garantem a proteção do consumidor, que no caso do presente estudo são as crianças e adolescentes. Tornando-se a resolução um meio excessivo de controle.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BOLZAN, Fabrício. *Direito do Consumidor Esquematizado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004.

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL. 1840/11*. Proíbe a utilização de mensagens subliminares na propaganda veiculada nas emissoras de radiodifusão e Altera a Lei nº 4.117, de 1962. Autora: Erika Kokay. Apresentação 13/07/2011. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1C81E48578975FC8F15527C9922B560E.proposicoesWebExterno1?codteor=899655&filenome=Tramitacao-PL+1840/2011>. Acesso em: 23 de setembro de 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 de abril de 2018.

BRASIL, *Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em 20 de maio de 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONAR. *CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA*. Sobre o CONAR, Missão. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em 26 de abril de 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUDH. Declaração Universal dos Direitos Humanos. ONU, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

FERRARI, Caroline Clariano; SIQUEIRA Dirceu Pereira. O Direito à Informação Como Direito Fundamental ao Estado Democrático. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*. Vol. 4, N. 2, 2016. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas/pub/article/view/174/pdf>>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FONTOURA, Bárbara Pamplona. *A Aplicação da Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pelo Judiciário Brasileiro*. 2011. 63 f. Monografia- Centro Universitário de Brasília UNICEUB, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/314/3/20612365.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

GO. Associados. *Impactos Econômicos da Aplicação da Resolução 163 do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA)*. São Paulo, 2014.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; BARBOSA, Raíssa Aleos. Direitos fundamentais à criação e à informação, inscritos no Art. 220, ncar de Sá. A Publicidade Infantil e a Regulação da Publicidade de Alimentos de Baixo Teor Nutricional. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Vol. IV, n. 14 junho 2014. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/75203/publicidade_infantil_regulacao_leal.pdf. Acesso em 26 de abril de 2018.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Natália Paes Leme. A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e

o julgamento da ADPF 130. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013.

MALTEZ, Rafael Tocantins. *Publicidade Subliminar*. 2008. 426 f. Dissertação Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8374#preview-link0>>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

MARMELSTEIN, Jorge. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda>. Acesso em 26 de abril de 2018

MIBISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Criança e Adolescente: Resolução CONANDA nº 163/2014, de 13 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1635.html>>. Acesso em: 28 de setembro de 2018

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

TARTUCE, Flávio; NEVES Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. vol. Único. São Paulo: Editora Método, 2014.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e sua Extensão. *Revista de Informação Legislativa*, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

VERAS, Gésio De Lima; Brito Dante Ponte de. *Publicidade Subliminar: Violação dos Direitos do Consumidor e o Direito à Reparação por Dano Moral Coletivo*. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*. Minas Gerais,

vol. 1, n. 2, p.45-61, outubro de 2015. Disponível em:<file:///C:/Users/Seven/Downloads/86-182-2-PB.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2018.

ANEXOS



91

⁹¹ Imagem do cartaz promocional do filme Piratas do Caribe da Disney, onde é possível vermos a utilização da publicidade subliminar.