

parecer

Professor Bruno Miragem

A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)

Título: A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)

Autor: Bruno Miragem

Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito.

É Presidente Nacional do Brasilcon – Instituto Brasileiro de Direito e Política do Consumidor (2014-2016).

Porto Alegre, 1º de agosto de 2014

Publicado em São Paulo em agosto de 2014

Esta é uma publicação encomendada pelo Projeto Criança e Consumo, do Instituto Alana, que tem como objetivo divulgar e debater ideias sobre as questões relacionadas à publicidade de produtos e serviços dirigida às crianças, assim entendidas as pessoas de até 12 anos de idade, bem como apontar meios de minimizar e prevenir os prejuízos decorrentes dessa comunicação mercadológica.

O Instituto Alana é uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, que reúne projetos na busca da garantia de condições para a vivência plena da infância.

Presidente

Ana Lucia de Mattos Barretto Villela

Vice-Presidentes

Alfredo Egydio Arruda Villela Filho

Marcos Nisti

Tesoureiro

Daniel Vieira da Costa

Diretores

Antonio Carlos Carneiro

Isabella Henriques

Coordenadora-Geral do Projeto Criança e Consumo

Isabella Henriques

Conselho Consultivo Projeto Criança e Consumo

Ana Olmos, Clóvis de Barros Filho, Edgard Rebouças, Flávio Paiva, Inês Silvia Vitorino Sampaio, João Lopes Guimarães, Junior, José Eduardo Elias Romão, Ladislau Dowbor, Marcelo Sodré, Nádia Rebouças, Pedrinho Arcides Guareschi, Rachel Biderman, Solange Jobim e Souza, Vidal Serrano Júnior e Zico Góes

Instituto Alana

Rua Fradique Coutinho, 50

05416-000 – Pinheiros – São Paulo – SP – Brasil

Telefone: (11) 3472-1600

E-mail: contato@alana.org.br

www.alana.org.br

parecer

Professor Bruno Miragem

A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)

APRESENTAÇÃO

A partir da criação de seu Projeto Criança e Consumo em 2006, o Instituto Alana passou a fomentar, perante a sociedade em geral, um amplo debate sobre o impacto da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, com menos de 12 anos de idade. Passou também a apontar meios para minimizar e prevenir os prejuízos decorrentes do assédio mercadológico às crianças.

Para isso, o Projeto estruturou-se, principalmente, em duas frentes de atuação: jurídica, por meio da qual apresenta aos órgãos competentes denúncias de ações do mercado consideradas abusivas; e *advocacy*, que tem como objetivo incidir na formulação e no acompanhamento de políticas públicas e legislativas sobre o tema.

Também conta com o valioso trabalho das áreas de comunicação e pesquisa da instituição, que divulgam informações e conhecimento de forma a contribuir para a defesa e para a promoção dos direitos da criança frente à publicidade e à comunicação mercadológica. Vale dizer que os valores do Criança e Consumo incluem ética, transparência, respeito, cooperação e comprometimento.

Isso porque são várias as consequências comprovadamente negativas do direcionamento de mensagens comerciais às crianças. Ainda que todas as consequências sejam multifatoriais, sabe-se que a publicidade e a comunicação mercadológica têm grande relevância em sua exibição.

No âmbito da epidemia mundial de obesidade, diversos estudos têm reiteradamente comprovado a relação direta entre a publicidade e a comunicação mercadológica com o aumento dos índices da obesidade infantil, e de doenças crônicas a ela associadas¹. O próprio mercado já reconheceu tal fato quando as maiores empresas do ramo firmaram *pledges* em diversos países, no Brasil inclusive², comprometendo-se a não anunciar produtos com excesso de açúcar, sódio e gorduras para crianças de até 12 anos. Aliás, a ONU³ e a OMS⁴ – além do próprio governo brasileiro com o

¹ Na pesquisa de VEERMAN e outros, publicada no *European Journal of Public Health*, 2009, os estudiosos concluem que a proibição total da publicidade reduziria o número de crianças obesas em percentuais que poderiam variar de 14,2% a 33,3%.

² <http://criancaconsumo.org.br/acoec/compromisso-publico-empresas-do-setor-alimenticio/> [visualizado em setembro/2014.]

³ “As crianças são particularmente vulneráveis às DCNT relacionadas com a dieta, por serem dependentes de terceiros, como os pais ou escolas, no que se refere a alimentos, ou porque são mais susceptíveis à pressão da propaganda”. In

Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional⁵, a Política Nacional de Alimentação e Nutrição⁶, e o Plano de Ações Estratégicas para o Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis⁷ – pronunciaram-se favoravelmente em relação à importância da restrição da publicidade de alimentos obesígenos às crianças.

Na questão relacionada à erotização precoce e mesmo à exploração sexual infantil, alguns dados de pesquisa começam a demonstrar como a publicidade e a comunicação mercadológica influenciam crianças no sentido de contribuírem para a sua ocorrência. Pesquisa realizada pela Childhood Brasil no país apontou para a forte influência do consumo nos índices de exploração sexual infantojuvenil, chegando a mostrar que 65% de meninas e meninos entrevistados revelaram que usavam o dinheiro proveniente da exploração sexual para comprar objetos variados, em uma clara intenção de inserção no mercado de consumo⁸.

A violência também pode ter a publicidade e a comunicação mercadológica voltadas às crianças como um de seus fatores causais, principalmente quando se trata da busca de produtos que fazem parte do ideário de consumo de crianças e adolescentes. Nesse sentido, pesquisa da Fundação Casa constatou que as principais causas de internação são os crimes patrimoniais e o tráfico de drogas e que crianças e adolescentes iniciam-se na prática do tráfico ou do roubo para a satisfação de desejos de consumo, como a aquisição de um tênis de marca⁹. Pesquisa realizada em parceria da Fundação Procon do Estado de São Paulo com o Ilanud¹⁰ aponta para a relação entre a prática de atos de violência e a busca de produtos de consumo, bem

como para a necessidade de que o conteúdo de mídia voltado a crianças e jovens seja mais bem pensado na tentativa de se evitar essa relação¹¹.

No campo do alcoolismo, vale observar que a publicidade e a comunicação mercadológica de cerveja são totalmente liberadas, na medida em que, pela lei, esta não é considerada bebida alcoólica para fins de publicidade¹². O que gera a possibilidade de esse mercado anunciar a qualquer hora do dia um produto com teor alcoólico que tem sido associado, até mesmo, a esportes olímpicos, como é o caso do futebol, considerado uma das paixões nacionais. Não por acaso a idade média em que se inicia o consumo de álcool no país tem caído cada vez mais, atualmente é de 13 anos¹³.

Por causa dessa forte influência da publicidade e da comunicação mercadológica no aparecimento de tais consequências, dentre outras, o estresse familiar e a formação de valores consumistas, o Conselho Federal de Psicologia entende que a publicidade e a comunicação mercadológica voltadas às crianças necessitam restrição. Nesse sentido, estudo elaborado¹⁴ a seu pedido conclui que (i) a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro as crianças até os 12 anos, quando não possuem todas as ferramentas necessárias para compreender o real; (ii) as crianças não têm a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto; e (iii) as crianças não estão em condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo. Daí a profundidade com que essa questão tem sido debatida pela sociedade brasileira e, em especial por pais, responsáveis, educadores e profissionais ligados à infância. Não por acaso o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente¹⁵ (Conanda) entrou no assunto e aprovou, de forma unânime, a Resolução nº 163, que clarifica a legislação pátria sobre o tema, especialmente o artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, na parte em que considera abusiva a publicidade que “*se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*” e o artigo 39, IV

Relatório do Relator Especial sobre o direito de todos à fruição dos mais elevados padrões de saúde física e mental, 2014, apresentado na 26ª sessão da Assembleia Geral do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

⁴ <http://criancaconsumo.org.br/noticias/obesidade-politica-publica/> e <http://criancaconsumo.org.br/noticias/publicidade-de-alimentos-nao-saudaveis-preocupa-onu/> [visualizados em setembro/2014].

⁵ <http://www.mds.gov.br/segurancaalimentar/publicacoes%20sisan/livros/plano-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional-2012-2015/> [visualizado em setembro/2014].

⁶ http://www.cve.saude.sp.gov.br/hm/cronicas/observa/pdf/5Apresentacao_PNAN_PAS_evento%20SE5%20de%20SP_13-09_Patricia1.pdf [visualizado em setembro/2014].

⁷ [http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/23f297804c8702559f5fdf93d95c4045/4.Plano+Nacional+de+enfrentamento+das+Doen%C3%A7as+Cr%C3%B4nicas+N%C3%A3o+Transmiss%C3%ADveis+\(DCNT\).pdf?MOD=AJPERES](http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/23f297804c8702559f5fdf93d95c4045/4.Plano+Nacional+de+enfrentamento+das+Doen%C3%A7as+Cr%C3%B4nicas+N%C3%A3o+Transmiss%C3%ADveis+(DCNT).pdf?MOD=AJPERES) [visualizado em setembro/2014].

⁸ <http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2014/03/vitimas-de-explora%C3%A7%C3%A3o-sexual-de-crian%C3%A7as-e-adolescentes.pdf> [visualizado em setembro / 2014].

⁹ FUNDAÇÃO CASA. Pesquisa sobre o perfil dos adolescentes e dos servidores da Fundação CASA, 2006. Disponível em: <http://www.febem.sp.gov.br/site/paginas.php?sess=60>.

¹⁰ Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente.

¹¹ http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_sum%C3%A1rio_executivo_ilanud_2010.pdf [visualizado em setembro /2014].

¹² Artigo 1º, parágrafo único, Lei nº 9.296/96.

¹³ Como mostra o VI Levantamento Nacional sobre Consumo de Drogas Psicotrópicas entre Estudantes do Ensino Fundamental e Médio das Redes Pública e Privada, SENAD, 2010: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Publicacoes/328890.pdf>. [visualizado em setembro/2014].

¹⁴ Pelo emérito professor da Universidade de São Paulo YVES DE LA TAILLE.

¹⁵ <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda> [visualizado em setembro/2014].

do mesmo diploma legal, que veda a prática abusiva do fornecedor “*prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços*”.

Como era de se esperar, o mercado anunciante e publicitário tem criticado o texto da Resolução desde a sua publicação no *Diário Oficial da União*, em 4/4/2014, chegando a tachá-lo de inconstitucional! Um texto que só corrobora a legislação e traz elementos para facilitar a tomada de decisão de magistrados e demais aplicadores da norma, no sentido de esclarecer o que é uma publicidade abusiva voltada a crianças ou a adolescentes.

Na verdade, sabemos, o mercado é avesso a qualquer ação ou discussão mais profunda sobre o tema porquanto teme que seus ganhos sejam diminuídos, sem muitas vezes preocupar-se com os riscos à infância que suas atitudes podem gerar.

Assim, em razão das opiniões desencontradas acerca da legalidade do documento publicado pelo Conanda, o Instituto Alana, por meio de seu Projeto Criança e Consumo, fez uma consulta ao professor Bruno Miragem, que resultou no Parecer ora apresentado.

Neste Parecer, o renomado professor discorre sobre a atividade publicitária no direito brasileiro e sobre as limitações legalmente estabelecidas para tal atividade, asseverando a competência do Conanda para a edição da Resolução nº 163 e de seu conteúdo. Ao final, conclui pela absoluta constitucionalidade da Resolução por definir critérios para a interpretação e aplicação dos artigos 37, § 2º, e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, especialmente visando à proteção dos interesses da criança e do adolescente, que devem ser assegurados, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal, com absoluta prioridade.

É importante observar que o Parecer trata da temática estritamente no âmbito do Direito, não discorrendo sobre os impactos da publicidade nas esferas da psicologia, da educação ou mesmo do desenvolvimento infantil, algo que o Projeto Criança e Consumo tem feito com o auxílio de seu Conselho Consultivo¹⁶, bem como das diversas pesquisas independentes divulgadas em âmbito nacional e internacional.

Pesquisas tais que, associadas a uma interpretação sistemática da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, fazem-nos crer que o direcionamento de qualquer publicidade ao público com menos de 12 anos já poderia ser considerado ilegal na medida em que tais pesquisas demonstram que as crianças não têm condições de compreender o caráter persuasivo das mensagens publicitárias por causa da peculiar fase de desenvolvimento em que estão vivendo, fato que tornaria todas as mensagens publicitárias aproveitadoras de sua deficiência de julgamento e experiência.

Isabella Henriques
Diretora de Defesa do Instituto Alana

¹⁶ <http://criancaeconsumo.org.br/conselho/> [visualizado em setembro/2014].

P A R E C E R

PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR CRIANÇA RECONHECIDA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

PROIBIÇÃO LEGAL DA PUBLICIDADE ABUSIVA –ART. 37, §2º (APROVEITAR-SE DA DEFICIÊNCIA DE JULGAMENTO E EXPERIÊNCIA DA CRIANÇA). PROIBIÇÃO LEGAL DE PRÁTICA ABUSIVA – ART. 39, IV (PREVALECER DA FRAQUEZA OU IGNORÂNCIA DO CONSUMIDOR EM RAZÃO DA IDADE). Critérios de interpretação e aplicação da norma que podem ser fixados por norma regulamentar.

Concordância prática entre os direitos e liberdades fundamentais assegurados na Constituição brasileira: de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII), da criança e do adolescente (art. 227), de livre iniciativa econômica (arts. 1º, IV e 170, *caput*) e de liberdade de expressão (arts. 5º, IX e 220, §3º). Proibição da publicidade abusiva. Critérios para interpretação do conceito que não desbordam dos limites da lei e da Constituição. Proporcionalidade da norma regulamentar.

LIMITES IMPOSTOS À COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA DIRECIONADA A CRIANÇAS E ADOLESCENTES. CONCRETIZAÇÃO DE CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS POR NORMA REGULAMENTAR, DE CONDUTAS EM PARTE IDENTIFICADAS COM O CONCEITO DE PUBLICIDADE, EM PARTE COM O DE PRÁTICA COMERCIAL. Unidade lógica do regulamento na proteção de crianças e adolescentes consumidores, em relação à conduta abusiva do fornecedor.

RESOLUÇÃO Nº 163, DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA –, QUE ESTABELECE CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DE PUBLICIDADE ABUSIVA POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Exercício da competência regulamentar para elaboração de normas para a Política Nacional de Atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente e sua execução. Norma secundária que fixa critérios para interpretação da publicidade e de práticas comerciais proibidas por lei.

DA CONSULTA

1. Honra-nos o Instituto Alana, por intermédio de sua Diretora Isabella Henriques, com consulta acerca da constitucionalidade da Resolução n. 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – que fixa critérios para a definição da publicidade abusiva dirigida a crianças. Trata-se o Instituto Alana de associação civil sem fins lucrativos, com sede em São Paulo/SP, e que tem entre seus fins institucionais a promoção e proteção dos direitos da criança.

2. A Resolução n. 163, do CONANDA, dispôs sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço, desde que presentes as situações que enumera em seu art. 2º, assim como define princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente.

3. A edição da Resolução n. 163, em exame, imediatamente suscitou a crítica por parte de anunciantes, agências de publicidade e órgãos de comunicação social amplamente divulgada, sob o argumento de que se trataria na hipótese de censura e restrição indevida da liberdade de expressão publicitária.

4. Por outro lado, argumento em favor da conveniência e adequação da resolução, sustenta-se em que ela não elimina a possibilidade de que seja veiculada a publicidade dirigida ao público infanto-juvenil, mas apenas estabelece critérios para interpretação dos limites estabelecidos na lei – no caso, o Código de Defesa do Consumidor.

5. Formulou, então, a consulente, consulta em que pergunta, em quesito único, se é constitucional a Resolução n. 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA –, em especial, considerando a competência deste órgão para definir critérios para a interpretação da definição legal de publicidade e de prática abusiva previstas no Código de Defesa do Consumidor, em proteção das crianças e adolescentes consumidores.

6. Para bem responder à questão proposta, contudo, é impositivo que se considerem algumas questões antecedentes. Primeiramente, cumpre examinar a disciplina jurídica da atividade publicitária e seu fundamento no direito constitucional brasileiro, em especial com a relação à possibilidade de, em vista de série de direitos constitucionais envolvidos na proibição da publicidade considerada abusiva, como o faz o art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor.

7. Da mesma forma, considerando que integra a definição de publicidade abusiva de que trata o art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, aquela que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, se faz necessário definir se tem competência o CONANDA para dispor sobre o tema.

8. Com este propósito, dividimos o exame da questão em duas partes. A primeira, relativa à disciplina jurídica da publicidade no direito brasileiro e as limitações legalmente estabelecidas para esta atividade. A segunda, concentrando-se na competência do CONANDA para a edição da Resolução n. 163, e seu conteúdo, em face dos limites legais e constitucionais impositivos, no que se refere à definição de critérios para a identificação da publicidade abusiva de consumo e de práticas comerciais abusivas por ofensa aos direitos de crianças e adolescentes consumidores.

I PARTE – O LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA E SUA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL.

9. A atividade publicitária é inerente ao mercado de consumo contemporâneo. Seus efeitos, aliás, ultrapassam uma perspectiva meramente econômica, influenciando na definição de comportamentos sociais. Conforme afirma Baudrillard:

“A publicidade revela-se talvez como o mais notável meio de comunicação de massas da nossa época. Assim como, ao falar de qualquer objecto, os glorifica virtualmente a todos, referindo-se igualmente à totalidade dos objectos ao universo totalizado pelos objectos e pelas marcas em virtude da menção de tal objecto ou de tal marca – assim também, por meio de cada consumidor, se dirige a todos os consumidores e vice-versa, fingindo uma totalidade

*consumidora, retribalizando os consumidores no sentido que McLuhan atribui à expressão, isto é, através de imanente cumplicidade e conluio, imediatos ao nível da mensagem, mas, sobretudo ao nível do próprio meio de comunicação e do código. Cada imagem e cada anúncio impõem o consenso de todos os indivíduos virtualmente chamados a decifrá-los, ou seja, depois de descodificarem a mensagem, a aderir automaticamente ao código em que ela for codificada”.*¹

10. No âmbito das relações de mercado, a publicidade se caracteriza por uma finalidade precípua e legítima, de promover a realização futura de negócios. Orienta-se, portanto, por um propósito eminentemente econômico, de modo que lhe cumpre atender a cinco tarefas – conforme emerge da literatura especializada: 1) chamar a atenção; 2) despertar o interesse; 3) estimular o desejo; 4) criar convicção; e 5) induzir à ação.²

11. Distingue-se, portanto, segundo assentada lição entre nós, da propaganda, cujo conteúdo integra-se por ideias e conceitos não associados ao objetivo de lucro ou obtenção de alguma vantagem econômica.³

12. Também no direito comparado, aliás, verifica-se a distinção, conforme se observa no artigo 2º da Diretiva 84/450/CE, de 10 de setembro de 1984. Esta, ao dispor sobre a publicidade enganosa, define publicidade como “qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações”.

13. A distinção, em verdade, não é percebida muitas vezes nem pelo próprio legislador, ou mesmo pelo constituinte. A própria Constituição brasileira, ao prever restrições à publicidade de produtos perigosos, utiliza-se da expressão propaganda,

¹ Observa Baudrillard: BAUDRILLARD. *A sociedade de consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 131.

² VERSTERGAARD, Torben; SCHRODER, Kim. *A linguagem da propaganda*. Trad. João Alves dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 47 e ss.

³ Estabelecem a distinção, dentre outros: PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC*. São Paulo: RT, 1997, p. 24-26; BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 8. ed., p. 307-308.

como se percebe do seu art. 220, §4º.⁴ Contudo, para o propósito do exame que ora se faz, a distinção é de grande utilidade por destacar o aspecto essencial da atividade publicitária, que é sua finalidade predominantemente econômica.

14. Por outro lado, diferenciam-se as espécies de publicidade. A publicidade será *promocional* – quando tenha por fim imediato a comercialização de produtos ou serviços – ou *institucional* – quando tenha em vista a promoção de marca ou identidade de um determinado agente econômico. Da mesma forma, destaca-se a partir de um *conjunto de atividades*, que não é simplesmente a transmissão de mensagens por mídias diversas, senão toda a estratégia de promoção e convencimento do público. Apresenta-se também sob a forma de *patrocínio*, na qual a publicidade *se vincula à realização de um ou mais eventos ou atividades específicas, a qual se associa a marca, o nome ou a imagem de produto ou serviço, ou ainda de uma empresa fornecedora*.⁵

15. Neste sentido, note-se que é a **finalidade econômica** que distingue a publicidade. Trata-se de atividade que se vincula a um fim específico, e nestes termos constrói-se todo seu significado e limites. Na exata lição doutrinária:

*“O objetivo econômico que se pretende provocar no ânimo do consumidor é inerente ao conceito de publicidade, motivo pelo qual essa técnica de incentivo ao consumo encontra-se regulamentada no Código de Defesa do Consumidor a fim de evitar possíveis abusos pelos fornecedores. Dar publicidade a uma mercadoria é, no âmbito das relações econômicas, muito mais do que tornar aquele produto de conhecimento geral, mas criar o interesse de aquisição no consumidor”.*⁶

16. A propaganda, de sua vez, tem outra finalidade. Não tem em vista uma finalidade econômica direta, mas a difusão de ideias de diversas matrizes, de ordem política, social religiosa, ou mesmo econômica, podendo inclusive ter reflexos econômicos, porém em nenhum caso trata-se de seu objetivo principal.⁷

⁴ O art. 220, §4º, da Constituição, ao disciplinar a restrição a publicidade de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos e agrotóxicos, menciona a expressão propaganda.

⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 249.

⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 21.

⁷ DIAS, *Publicidade e direito*, cit., p. 23.

17. Isso é fundamental para que se distinga o correto enquadramento constitucional da publicidade, espécie de realização da atividade econômica, embora também nela seja possível identificar características que lhe coloquem sob a égide da liberdade de expressão, ainda que de modo menos intenso.⁸

A) Publicidade como realização da livre iniciativa econômica e a liberdade de expressão.

18. A atividade publicitária é expressão da livre iniciativa econômica, assegurada na Constituição em seu art. 170:

“Art. 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, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

19. Observe-se que a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa é o fundamento da disciplina constitucional da atividade econômica. Neste sentido, expressam o desdobramento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, estabelecidos como fundamentos da República, no art. 1º, IV, da Constituição.

⁸ SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IX da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. Gomes MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo W. STRECK, Lênio. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275.

20. Da mesma forma, ressalta a Constituição que a finalidade da ordem econômica é *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*, observados os princípios nela previstos, dentre os quais se situa a defesa do consumidor, o qual assume um caráter **conformador** da ordem econômica.⁹

21. Neste ponto, aliás, é de dizer que a defesa do consumidor, consagrada como direito fundamental (art. 5º, XXXII, da Constituição), constitui-se como espécie de *direito fundamental de proteção*, exigível do Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros.¹⁰ O direito do consumidor se compõe como um *direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros*, de modo que o reconhecimento do sujeito como um consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e em menor grau (com relação a alguns serviços públicos), ao próprio Estado (e.g. o artigo 22 do CDC). Corresponde, ao mesmo tempo, a um dever do Estado de *promover* este direito. E a forma determinada na Constituição para a realização do dever se dá por intermédio da atividade do legislador ordinário (a locução *“na forma da lei”*, do preceito constitucional). A Constituição, deste modo, assinala o *dever do Estado* de promover a proteção, indicando a decisão de como realizá-la ao legislador ordinário¹¹, mas determinando também que tempo e modo de fazê-lo (o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina ao legislador que edite em 120 dias um *Código de Defesa do Consumidor*).

22. E, neste plano, a atividade publicitária é nuclear no mercado de consumo contemporâneo, suscitando a necessidade da disciplina de seus respectivos limites, a partir das normas de proteção dos consumidores.

⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...*, p. 260.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 435. Entre nós, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 30, p. 97 et seq. São Paulo: RT, abr.-jun. 1999; e BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 123 e ss.

¹¹ No mesmo sentido a jurisprudência constitucional alemã, sublinhada por Alexy, pela qual a decisão de como realizar o dever se encontra *“em primeira linha”*, *“em grande medida”* ou *“basicamente”*, com o legislador. Assim o exemplo que cita o autor, do dever de proteção da vida humana, cuja forma de realizá-lo pela escolha de medidas de proteção adequadas e devidas estarão na esfera da decisão do Estado. ALEXY. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 448.

23. Debate há se a disciplina constitucional da publicidade concentra seu fundamento na livre iniciativa econômica ou na liberdade de expressão. E é natural que a identificação entre a publicidade e a liberdade de expressão seja atraente aos fornecedores no mercado de consumo.¹² Todavia, mesmo admitindo-se um duplo fundamento, em relação à liberdade de expressão, dada a evidente finalidade negocial da publicidade, a relação de identidade merecerá menor destaque.

24. Identificando a publicidade como modo de exercício da atividade econômica, sustenta Guido Alpa que:

*“a mensagem publicitária não pode ser considerada manifestação de opinião ou de pensamento, e ainda que tenha algum conteúdo informativo, caracteriza-se, sobretudo, como um momento da atividade econômica produtiva da empresa”.*¹³

25. Na mesma linha de entendimento, anote-se a ponderação de Vidal Serrano Nunes Júnior, para quem:

*“o eventual caráter artístico não desnatura a essência econômica da publicidade comercial, que, enquanto função de venda, tem no mercado de consumo o destinatário de sua atenção. Arredada sua finalidade econômica, a publicidade comercial sequer chegaria a existir”.*¹⁴

26. Por outro lado, mesmo admitindo-se, ponto de contato entre a publicidade e a liberdade de expressão – mediante consideração de que o exercício da atividade publicitária também é veículo, em alguma medida, de atividade intelectual, artística e de comunicação – a legitimidade das limitações que lhe são endereçadas sustenta-se em proteção a outros direitos e liberdades fundamentais assegurados pela própria

¹² Refere esta preocupação: WILHELMSSOM, Thomas. The consumer's right to knowledge and the press. In: WILHELMSSOM/TUOMINEM/TUOMOLA. *Consumer law in the information society*, Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 367-384. No mesmo sentido: PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade do tabaco e liberdade de expressão. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 82, p. 11 e ss. São Paulo: RT, abril-junho/2012.

¹³ ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 2002, p. 120.

¹⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 205.

Constituição.¹⁵

27. No direito brasileiro, este duplo fundamento da publicidade, fundada na liberdade de iniciativa econômica e na liberdade de expressão encontra acolhida na doutrina publicista, conforme se verifica da anotação de Daniel Sarmento:

*“(...) predomina o entendimento de que a propaganda comercial é também protegida pela liberdade de expressão. Sem embargo, tal como a pornografia, ela não se situa no epicentro deste direito fundamental – onde habitam o discurso político, artístico, religioso, científico, etc. –, mas numa zona mais afastada, em que a proteção constitucional é menos intensa. Daí por que podem ser aceitas restrições mais profundas à liberdade de expressão nesta seara, como as voltadas à proteção do consumidor, que também é tarefa constitucional (arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF), dentre as quais sobressaem as presentes na Lei 8.078/90, que visaram a proscurever a publicidade disfarçada (art. 36), enganosa ou abusiva (art. 37). Outras restrições também são admitidas – há até caso de imposição constitucional de restrição (art. 220, §4º, da CF, a propósito da propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias) – em nome da tutela de bens jurídicos relevantes, como a saúde, o meio ambiente e a proteção da criança e do adolescente. Porém, é sempre necessário analisar a validade de cada medida restritiva, o que envolve tanto o respeito à reserva de lei formal, como o acatamento do princípio da proporcionalidade”.*¹⁶

28. No direito norte-americano, em que a atividade publicitária se estabelece sob a guarda da Primeira Emenda à Constituição, que assegura a liberdade de expressão, há clara distinção entre a publicidade comercial e a expressão do pensamento, informações e opiniões com fins não econômicos. Originalmente, a partir do caso *Valentine vs Chrestensen* julgado pela Suprema Corte em 1942, base da doutrina do *commercial speech*,¹⁷ negou-se em um primeiro momento a proteção constitucional à publicidade comercial, sendo posteriormente moderado o entendimento, no sentido de reconhecer a

¹⁵ Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 263.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IX da Constituição do Brasil..., cit.

¹⁷ TAWIL, Nadir N. Commercial speech. A proposed definition. *27 Howard Law Journal*, 1015, 1984.

ela sede na Primeira Emenda, contudo distinto da liberdade de expressão cujo exercício não seja movido pela finalidade lucrativa.¹⁸

29. Porém, mesmo o reconhecimento da liberdade de expressão como fundamento da atividade publicitária parte da premissa de que a publicidade contenha um conteúdo informativo, e, neste sentido, seja reconhecido também um direito dos destinatários da mensagem de receber a informação que ela veicula.¹⁹ Assim, por exemplo, restou definido no direito norte-americano, no caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, de 1976, o qual afirma que a publicidade que veicule informações verdadeiras está sob o abrigo da Primeira Emenda²⁰, assim como a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no caso *Barthold v Bundesrepublik Deutschland*, de 1985, em que se considerou desproporcional a restrição à publicidade quando estas viessem a caracterizar um obstáculo à divulgação da informação verdadeira.²¹

30. A razão fundamental para reconhecer-se a publicidade sob o duplo domínio da livre iniciativa econômica e da liberdade de expressão situa-se na rejeição ao argumento de uma hierarquização do conteúdo (ou discursos) objeto da manifestação humana.²² Disso, contudo, afirma-se igualmente, a legitimidade da imposição de limites à atividade, bem como da proporcionalidade dos critérios que fundamente estes limites, considerando a necessidade de preservar a autonomia individual dos destinatários da informação que ela veicula. Ou como sugere a doutrina nacional, um *direito a receber informação publicitária adequada*.²³

31. Neste sentido, observa Jónatas Machado:

¹⁸ Como exemplo da visão minoritária, em favor da paridade de tratamento, veja-se: THIERER, Adam. Advertising, commercial speech and first amendment parity. *Charleston Law Review*, 5, 2010-2011, p. 503 e ss. No Brasil, veja-se as reflexões sobre o caso, de: PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 65.

¹⁹ MOON, *The constitutional protection of freedom of expression*. University of Toronto Press, 2000, p. 76-77.

²⁰ MERRIL, Thomas. Comment, First amendment protection for commercial advertising: the new constitutional doctrine. *University of Chicago Law Review*, 44, 1976, p. 205 e ss.

²¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 437.

²² MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...*, p. 447 e ss.

²³ FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: RT, 2004, p. 179.

“Os fins da promoção da liberdade de escolha individual, da informação necessária a tomada de decisões esclarecidas e racionais e da discussão pública em torno de bens e serviços oferecidos, juntamente com a possibilidade de recorrer a meios menos restritivos como a regulação da publicidade falsa ou enganosa, justificam a abertura dos canais de circulação da informação”.²⁴

32. Resulta, assim, que a dupla fundamentação da publicidade, atraindo para si, além da ínsita liberdade de iniciativa econômica, também a legitimidade constitucional da liberdade de expressão e demais liberdades comunicativas, vincula-se ao direito dos destinatários da mensagem publicitária em receberem a informação que ela veicula. Ou seja, consumidores potenciais terão no direito de acesso à mensagem publicitária – e, neste sentido, também estarão protegidos em relação à proibição de limitações desproporcionais ou irrazoáveis ao seu conteúdo, na exata medida em que esta sirva a instrumentalizar sua autonomia individual, no sentido de permitir escolhas, conhecer de qualidades e atributos dos produtos e serviços ofertados, das vantagens e desvantagens nas diversas opções possíveis.

B) Limites à atividade publicitária em relação às crianças consumidoras e sua conformação constitucional.

33. A atividade publicitária não pode ser mecanismo da lesão a direitos fundamentais. Ao contrário, no exercício das liberdades que fundamentam o exercício desta atividade legítima, de fins econômicos, há de se exigir sua conformação com outros direitos e liberdades fundamentais, de modo a prevenir-se sua colisão.

34. A própria Constituição expressamente prevê uma hipótese específica – embora não seja a única – de limite à atividade publicitária, ao dispor, no seu art. 220, §3º, II:

“§ 3º - Compete à lei federal:

...

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à

²⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...*, p. 468.

saúde e ao meio ambiente.”

35. Note-se que, neste caso, trata-se apenas de meios legais de proteção em relação à publicidade (ou propaganda, como refere o texto constitucional), *de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente*. Vale dizer, produtos, práticas e serviços é que serão nocivos e por isso deve haver meios legais de proteção em relação a eles, não a publicidade em si.

36. Todavia, a toda evidência que outros limites devem ser reconhecidos a partir da proteção a direitos fundamentais que eventualmente possam ser objeto de lesão por parte da própria mensagem publicitária e não dos produtos e serviços objeto aos quais ela se refira.

37. E, admitida a possibilidade de imposição de limites à publicidade, deve-se identificar quais são eles e qual sua legitimidade constitucional. No que é pertinente ao objeto deste parecer, anote-se que tanto a proteção dos consumidores como a proteção da criança e do adolescente sustentam-se em direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988. Trata-se, a rigor, do reconhecimento de sujeitos vulneráveis mercedores de proteção estatal.²⁵

38. No caso da defesa do consumidor, a proteção se estabelece a partir de conhecido tríduo de normas constitucionais.

39. O artigo 5º, XXXII, consagra o direito fundamental de proteção do consumidor:

*“Art. 5º - ...
XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”*

40. O art. 170, V, define a defesa do consumidor como princípio conformador da ordem constitucional econômica:

²⁵ Veja-se nosso estudo: MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 131 e ss.

“Art. 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, observados os seguintes princípios:

...

V - defesa do consumidor;”

41. O art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece um mandamento ao legislador que promulgue um Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

42. Destaque-se, deste modo, que as normas de proteção do consumidor resultam de um mandamento constitucional ao legislador, e, nestes termos, se reconhece a edição da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.

43. Da mesma forma, com relação à criança, a Constituição de 1988 não apenas definiu sua proteção como um dever fundamental de todos, da família, da sociedade e do Estado, como fundamenta, no sistema jurídico brasileiro, o princípio da proteção integral.²⁶ Neste sentido, estabelece o art. 227, da Constituição:

“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.”

44. A proteção da criança justifica-se por sua vulnerabilidade intrínseca. A rigor, trata-se de pessoa que, desde o seu nascimento até mesmo durante o seu

²⁶ Veja-se: NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 15-16.

desenvolvimento, necessita de ajuda e cuidados para sobreviver.²⁷ Trata-se, pois, de alguém cuja vulnerabilidade é um estado *a priori*, em razão de sua fragilidade em relação aos demais²⁸ ou a facilidade com que pode ser vítima.²⁹ Não por outra razão, é reconhecida sua proteção em diversos instrumentos internacionais,³⁰ culminando na Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989.

45. Afirma a Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, que a vulnerabilidade da criança é reconhecida universalmente: “*a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma protecção e cuidados especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento*”.

46. No direito brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 –, em seus arts. 3º a 4º, estabelece:

“Art. 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.

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

²⁷ HIPPEL, Eike von. *Der Schutz des Schwächeren*. Tübingen: Mohr, 1982. p. 55 e ss.

²⁸ LACOUR, Clémence. *Vieillesse et vulnérabilité*. Marseilles: Presses Universitaires d’Aix Marseille, 2007. p. 28.

²⁹ Veja, por todos: FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 16 e ss.

³⁰ Dentre outros, mencione-se a Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança, a Declaração dos Direitos da Criança adotada pelas Nações Unidas em 1959. Da mesma forma, refira-se o reconhecimento da necessidade de proteção da criança na Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (nos arts. 23 e 24.), pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (no art. 10.) e por vários estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança, como a Unicef e a OEA, por exemplo.

47. Desse modo, é afirmado no sistema jurídico brasileiro um dever comum, da família, da sociedade e do Estado na proteção da criança. Por esta razão, os deveres de cuidado que se atribuem à família não podem ser invocados – como por vezes se percebe na argumentação que visa deixar à conta exclusiva do poder familiar a educação e formação dos filhos – para afastar ou atenuar o dever do Estado.

48. Em relação aos limites de acesso a diversões e espetáculos públicos, programação de veículos de comunicação e publicações impróprios por crianças e adolescentes, dispõem os arts. 74 a 80 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

Art. 75. Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária.

Parágrafo único. As crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável.

Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

Art. 77. Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo cuidarão para que não haja venda ou locação em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente.

Parágrafo único. As fitas a que alude este artigo deverão exibir, no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam.

Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

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

Art. 80. Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou por casas de jogos, assim entendidas as que realizem apostas, ainda que eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público.”

49. Já em relação à disciplina do mercado de consumo e, em especial, da publicidade que porventura afete ou seja diretamente direcionada à criança, será matéria prevista no âmbito do Código de Defesa do Consumidor.

50. O Código de Defesa do Consumidor, ao dispor sobre a publicidade, previu três modalidades de publicidade ilícita. A primeira, de modo implícito, mediante interpretação *a contrario sensu* do seu art. 36, que ao estabelecer que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, permite identificar, no desatendimento deste dever, espécie de *publicidade clandestina*.

51. As outras duas modalidades, de publicidade enganosa e de publicidade abusiva encontram-se definidas no art. 37, §§1º e 2º, do CDC, que dispõem:

“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.” (grifo nosso)

52. Nelson Nery Júnior observa que a noção de publicidade abusiva prevista na norma é *ampla e flexível*.³¹ De fato, seu caráter abusivo percebe-se em duas vertentes: a) a mera ilicitude, derivada da contrariedade direta à norma, como por exemplo, os artigos 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição da República, que estabelecem expressa vedação à discriminação de qualquer natureza; e b) aquela que contrária à boa fé ou aos bons costumes, incita comportamentos prejudiciais ao indivíduo ou à comunidade.³² Em ambos os casos, o abuso do direito manifesta-se pela violação por quem realiza a publicidade comercial, de normas legais ou princípios jurídicos que visam proteger o sentimento geral da comunidade, expressos ou não na legislação. Na segunda hipótese, o caráter abusivo da publicidade vai se caracterizar pela violação de valores social ou juridicamente apreciados e protegidos, bem como o aproveitamento de situação de vulnerabilidade agravada do consumidor.

53. A proteção da criança em relação à publicidade tem lugar, no direito brasileiro vigente, na proibição que o Código de Defesa do Consumidor estabelece à publicidade abusiva ao definir como tal, ainda que em caráter não exaustivo, a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.

54. Segue o Código de Defesa do Consumidor brasileiro ao sentido já presente no

³¹ NERY JR., Nelson. O regime da publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de direito do consumidor*, v. 15. São Paulo: RT, julho de 1995, p. 210 e ss.

³² Guilherme Fernandes Neto vai identificar na hipótese espécie de ilícito por afronta à confiança, oriundo do processo comunicativo. Para detalhes, veja-se: FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: RT, 2004. p. 212 *et seq.*

art. 16 da Diretiva da 89/552/CE, que em relação à publicidade televisiva³³ dispôs:

1) *A publicidade televisiva não deve causar qualquer prejuízo moral ou físico aos menores, pelo que terá de respeitar os seguintes critérios para a protecção desses mesmos menores:*

a) *Não deve incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, à compra de um determinado produto ou serviço;*

b) *Não deve incitar directamente os menores a persuadir os seus pais ou terceiros a comprar os produtos ou serviços em questão;*

c) *Não deve explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, professores ou noutras pessoas;*

d) *Não deve, sem motivo, apresentar menores em situação de perigo.*

55. A vulnerabilidade da criança consumidora é mais intensa do que a do consumidor médio, conforme hoje é admitido, de modo a dizer-se que conta com espécie de *vulnerabilidade agravada*³⁴ ou *hipervulnerabilidade*.³⁵

56. Sobre o tema, inclusive, já disse em sede doutrinária que:

“Estudos recentes demonstram a importância de crianças e adolescentes na definição dos hábitos de consumo dos adultos, tanto em relação a produtos de interesse do menor, quanto da própria família. Esse “poder” da criança e do adolescente nas decisões de compra familiar, por sua vez, contrasta com a vulnerabilidade que apresentam em relação à atuação comercial dos fornecedores no mercado, por intermédio das técnicas de marketing. Neste sentido, se os apelos de marketing são sedutores aos consumidores em geral, com maior intensidade presume-se que o sejam em relação às crianças e adolescentes. Estes se encontram em estágio da vida em que não apenas permite que se deixem convencer com maior facilidade, em razão de uma formação

³³ Para um panorama sobre os vários níveis de limitação da publicidade direcionada a crianças, em especial por intermédio da televisão e do rádio, veja-se o estudo de : MARQUES, Claudia Lima. BERTONCELLO, Karen Danilevicz. Publicidade e infância: Sugestões para a tutela legal das crianças consumidoras. In: PAQUALOTTO, Adalberto. BLANCO, Ana. *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 93 e ss.

³⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor...*, p.125.

³⁵ MARQUES/MIRAGEM. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis...*, p. 197.

intelectual incompleta, como também não possuem, em geral, o controle sobre aspectos práticos da contratação, como os valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio. Daí resulta que estejam em posição de maior debilidade com relação à vulnerabilidade que se reconhece a um consumidor standard. Esta vulnerabilidade agravada da criança é reconhecida no âmbito da publicidade, sendo que o próprio CDC estabelece o caráter abusivo da publicidade que venha a aproveitar-se da deficiência de julgamento da criança (artigo 37, § 2º). Mas igualmente, ainda quando não se trate de publicidade, qualquer conduta comercial do fornecedor que venha a prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, em vista, dentre outras condições de sua idade e conhecimento, será considerada prática abusiva (artigo 39, IV), ilícita, podendo ensejar tanto a imposição das sanções cabíveis, quanto eventual ineficácia do contrato (ou ato existencial) que resulte desta contratação.”³⁶

57. E é essa vulnerabilidade *especial* ou *agravada* que se deve tomar em consideração na interpretação do conceito de publicidade abusiva e sua proibição, pelo CDC. Parte-se de um fato: a criança por suas qualidades naturais conta com *deficiência de julgamento e experiência em relação ao mundo exterior*, quando comparadas ao consumidor médio que já tenha deixado a infância.

58. Neste sentido, há referências a que apenas por volta dos 8 aos 11 anos será a idade em que se reconhece a capacidade da criança para ter consciência acerca dos propósitos informativos e persuasivos em que se baseia o discurso da publicidade.³⁷

59. Assim, também refere Ian Ramsay, debruçado sobre o direito norte-americano, ao destacar a importância do conhecimento especializado para identificar adequadamente os efeitos da publicidade no estudo do comportamento do consumidor, e em especial da criança. Por outro lado, destaca o perigo de que interesses comerciais, porventura, venham a patrocinar a produção de evidência científicas em sentido inverso,

³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, p. 126.

³⁷ KARSAKLIAN, Eliane. *O comportamento do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 221. Sustentando a ineficiência econômica da publicidade direcionada à criança e sua associação à publicidade falsa no direito norte-americano, veja-se: CROUCH, Dennis. The social welfare of advertising to children. *HeiOnline* 9 U. Chi. L. Sch. Roundtable 179 2002.

de modo a influenciar a formulação e implementação de políticas públicas neste tema.³⁸

60. Mesmo no âmbito da autorregulamentação publicitária, é reconhecida a necessidade de proteção da criança, inclusive com diversas disposições semelhantes ao disposto no Código de Defesa do Consumidor. Assim, o art. 37, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, editado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR:

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

I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação à segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

- a. desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;*
- b. provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;*
- c. associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;*
- d. impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;*
- e. provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;*
- f. empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;*
- g. utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;*
- h. apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os*

³⁸ RAMSAY, Ian. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. *Revista de direito do consumidor*, v. 4. São Paulo: RT, Out-dez./1992, p. 26 e ss.

similares;

i. utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

a. procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;

b. respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;

c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;

e. abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

III - Este Código condena a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado.

IV - Nos conteúdos segmentados, criados, produzidos ou programados especificamente para o público infantil, qualquer que seja o veículo utilizado, a publicidade de produtos e serviços destinados exclusivamente a esse público estará restrita aos intervalos e espaços comerciais.

V – Para a avaliação da conformidade das ações de merchandising ou publicidade indireta contratada ao disposto nesta Seção, levar-se-á em consideração que:

a. o público-alvo a que elas são dirigidas seja adulto;

b. o produto ou serviço não seja anunciado objetivando seu consumo por crianças;

c. a linguagem, imagens, sons e outros artifícios nelas presentes sejam destituídos da finalidade de despertar a curiosidade ou a atenção das crianças.

Parágrafo 1º

Crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição, tais como armas de fogo, bebidas alcoólicas, cigarros, fogos de artifício e loterias, e todos os demais igualmente afetados por restrição legal.

Parágrafo 2º

O planejamento de mídia dos anúncios de produtos de que

trata o inciso II levará em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação mais restritiva para todas as normas aqui dispostas.

Nota: Nesta Seção adotaram-se os parâmetros definidos no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): “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.”

61. Paulo Vasconcelos Jacobina destaca, a respeito, a importância do Código de Autorregulamentação Publicitária como referencial interpretativo para identificação da publicidade abusiva, em face da exploração da deficiência de julgamento e experiência da criança. Observa que:

*“De fato, é lícito à publicidade utilizar-se de ‘símbolos próprios o imaginário das crianças’, como animais que falam, fadas e coisas que tais. Deve-se evitar, porém, mensagens que levem a criança à ‘se sentir diminuída ou menos importante caso não consuma o produto ou serviço oferecido, ou que a leve a constranger seus responsáveis ou importunar terceiros, ou promover comportamentos socialmente condenáveis à criança’. Ou seja, respeitá-la na sua ingenuidade e credulidade”.*³⁹

62. É fora de dúvida que a publicidade influencia a criança, daí inclusive, os investimentos notórios das empresas em estratégias de marketing, brindes e outras formas de divulgação.⁴⁰ Por essa razão, inclusive, que estudos atuais apontam para efeitos deletérios da publicidade infantil no próprio processo de socialização das crianças, e no estímulo a deterioração das relações entre pais e filhos mediante inserção de uma lógica de recompensas materiais.⁴¹

³⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 98.

⁴⁰ Para exemplos bastante ilustrativos, veja-se o estudo de Cibele Gralha Mateus e Renata Gralha Mateus, na obra organizada por Adalberto Pasqualotto: MATEUS, Cibele Gralha. MATEUS, Renata Gralha. Vinculação de particulares aos direitos fundamentais. O princípio da proteção integral da criança e a liberdade na publicidade: até onde podemos ir? In: PAQUALOTTO/BLANCO. *Publicidade e proteção da infância*, em especial p. 150-151.

⁴¹ BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Os efeitos da publicidade na vulnerabilidade agravada: como proteger as crianças consumidoras? *Revista de direito do consumidor*, v. 90. São Paulo: RT, nov.-dez./2013, p. 69 e ss.

63. Discute-se, igualmente, as relações entre a publicidade direcionada a crianças e seu desenvolvimento mental⁴², ou a obesidade precoce⁴³, dentre outros efeitos demonstrados ou supostos em relação ao público infantil.

64. Destaque-se, entretanto, que no sentido atual da norma, e sem perder de vista iniciativas legislativas que visam limitar ou proibir a publicidade direcionada à criança, – muitas delas, inclusive, animadas pela intervenção pública da entidade que promove esta consulta – parece claro, que a publicidade direcionada à criança não é proibida.⁴⁴

65. A proibição legal, mediante reconhecimento da abusividade da publicidade, se dá em relação àquelas que se aproveitem da deficiência de julgamento e experiência da criança. *Abusiva* e, portanto, *proibida*, será a publicidade que se aproveite desta deficiência de compreensão da criança.

66. A apreciação de situações que possam ser consideradas abusivas, em geral, sempre desafiaram a interpretação e aplicação do direito, em vista da definição de critérios para sua caracterização.⁴⁵ No caso particular da publicidade abusiva em relação à criança, a noção do que se configura como aproveitamento da sua deficiência de julgamento e experiência deve ser dada segundo critérios objetivos e materialmente demonstráveis, sujeitos ao contraditório do responsável pela publicidade. Há aqui, contudo, mera conduta de quem se aproveita; não se exige, contudo, que se verifique, de

⁴² Jaderson Costa refere, dentre outros efeitos da publicidade em crianças, a estereotipização relacionada ao gênero, em que “homens e mulheres são apresentados em diferentes papéis ou associados primariamente com determinados tipos de produtos e serviços”; representações estereotipadas da beleza física e atratividade; e influência no reconhecimento e definição de sua autoimagem. COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. In: PAQUALOTTO/BLANCO (Org.). *Publicidade e proteção da infância*, em especial p. 28-29.

⁴³ SANTOS, Andreia Mendes. Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação. In: PAQUALOTTO/BLANCO (Org.). *Publicidade e proteção da infância*, p. 35 e ss. No mesmo sentido, a obra organizada pela consultante: HENRIQUES, Isabella. VIVARTA, Veet. *Publicidade de alimentos e crianças. Regulação no Brasil e no mundo*. São Paulo; Saraiva, 2013.

⁴⁴ Observe-se a respeito o entendimento doutrinário – de cujas conclusões, todavia, discordamos – que sustenta a proibição implícita da publicidade infantil no Brasil, mediante da interpretação combinada das normas do Código de Defesa do Consumidor e o art. 227, da Constituição brasileira, fundamento da doutrina da proteção integral. Neste sentido veja-se o estudo de: NUNES JR., Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. REZEK, José Francisco. *Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, 2008, p. 842 e ss.

⁴⁵ Veja-se, a respeito: MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 33 e ss.

fato, vantagem efetiva, como a realização do negócio, por exemplo. O que deve ser coibido e prevenido mediante aplicação da lei.

67. É neste cenário que se deve tomar então, a Resolução nº 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – verificando-se acerca de sua aptidão para estabelecer estes critérios de limitação da publicidade infantil, bem como a extensão e efeitos de suas normas.

II – A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA – E A CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO 163/2014.

68. Dispõe a Resolução nº 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e o ao adolescente. A finalidade essencial deste parecer é, exatamente, examinar a validade desta norma em face da competência deste órgão colegiado, e seu conteúdo, frente às normas que busca regulamentar, e à própria Constituição.

69. O tema, como já se disse, mereceu forte reação de setores que se sentiram atingidos pelo conteúdo da mencionada Resolução n. 163. Sobretudo, em vista da inusual edição da regra advir de órgão normativo de proteção de direitos da criança e do adolescente, com efeito de disciplinar matéria pertinente ao mercado de consumo e, portanto, à atividade econômica. Não se perca de vista, contudo, que o tema da proteção em relação à publicidade abusiva ou práticas abusivas, intersecciona com a proteção da criança e do adolescente, núcleo das competências que são conferidas ao Conselho.

70. O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – foi criado pela Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991, tem sua competência fixada no art. 2º desta mesma lei, nos seguintes termos:

“Art. 2º Compete ao Conanda:

I - elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

II - zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

III - dar apoio aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, aos órgãos estaduais, municipais, e entidades não-governamentais para tornar efetivos os princípios, as diretrizes e os direitos estabelecidos na Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990;

IV - avaliar a política estadual e municipal e a atuação dos Conselhos Estaduais e Municipais da Criança e do Adolescente;

V -(Vetado)

VI - (Vetado)

VII - acompanhar o reordenamento institucional propondo, sempre que necessário, modificações nas estruturas públicas e privadas destinadas ao atendimento da criança e do adolescente;

VIII - apoiar a promoção de campanhas educativas sobre os direitos da criança e do adolescente, com a indicação das medidas a serem adotadas nos casos de atentados ou violação dos mesmos;

IX - acompanhar a elaboração e a execução da proposta orçamentária da União, indicando modificações necessárias à consecução da política formulada para a promoção dos direitos da criança e do adolescente;

X - gerir o fundo de que trata o art. 6º da lei e fixar os critérios para sua utilização, nos termos do art. 260 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

XI - elaborar o seu regimento interno, aprovando-o pelo voto de, no mínimo, dois terços de seus membros, nele definindo a forma de indicação do seu Presidente.”

71. Pelo cotejo dos arts. 86 e 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevêem as linhas de ação e diretrizes da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, é de se concluir que a promoção dos direitos enunciados na Constituição e no próprio Estatuto integra política social, cuja competência para elaboração de normas gerais pertence ao CONANDA. É o que resulta da interpretação combinada do art. 87, I, do ECA (“*Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento: I - políticas sociais básicas;*”), combinado com o art. 2º, I, da Lei 8.242/91, que confere ao órgão a competência para editar normas gerais da política

nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

72. Neste sentido, a despeito de série de normas de competência envolverem a estrutura e organização de ações governamentais e não-governamentais, a política nacional estabelecida por lei é de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. E, neste sentido, abrangem as ações governamentais relativas à efetivação dos direitos subjetivos estabelecidos pelos arts. 3º e 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

73. Duas questões, então se destacam. A primeira consiste em saber se o CONANDA pode dispor sobre a matéria, que afinal, consiste em disciplina com repercussão direta no mercado de consumo e sobre a conduta dos agentes econômicos. Neste sentido, vale perguntar sobre a validade da norma segundo sua conformidade com a competência conferida ao Conselho. A segunda questão, admitindo-se como premissa a validade da norma, consiste em precisar qual sua eficácia.

A) Limites da competência regulamentar do CONANDA e a definição de critérios para a identificação da publicidade abusiva.

74. *Competência*, na exata lição de Ruy Cirne Lima, é a medida de poder que a ordem jurídica assina a uma pessoa determinada.⁴⁶

75. O CONANDA é órgão deliberativo (art. 88, II, do ECA), com *competência normativa* (art. 2º, I, da Lei 8.242/1991), vinculado à política de atendimento aos direitos da criança e o da adolescente. Esta política de atendimento, segundo se percebe, envolve prestações materiais do Estado, em especial para acolhimento, educação e formação de crianças e adolescentes, gestão dos respectivos fundos públicos de promoção dos direitos, bem como ações visando prevenir sua violação.

76. No caso objeto de exame, é de perceber que a Resolução n. 163, do CONANDA, avança sobre disciplina que repercute diretamente no mercado de consumo, o que, ademais, exige cotejo, mesmo, com a competência conferida aos entes federados para regulamentar as práticas do mercado de consumo – art. 55 do Código de Defesa do

⁴⁶ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1987, p. 139.

Consumidor – seja diretamente pelas pessoas jurídicas de direito público União, Estados, Distrito Federal, ou por intermédio dos seus órgãos detentores de competência específica, e integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – art. 105, do Código de Defesa do Consumidor.

77. Entretanto, não se perca de vista o que dispõem os arts. 70 e 71, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

...

Art. 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.”

78. A Resolução n. 163, do CONANDA, define em seu art. 1º, o seu âmbito de abrangência:

“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.”

79. Dentre os que entendem pelo duplo fundamento constitucional da publicidade – na livre iniciativa econômica e na liberdade de expressão – destaca-se a conclusão de que qualquer limite que a ela seja estabelecido submete-se à reserva de lei. Vale dizer, apenas lei em sentido formal pode estabelecer limite ao exercício da atividade publicitária.

80. Parece-nos correto o entendimento. Ademais, porque a própria Constituição, ao dispor sobre a publicidade, pontificou expressamente a exigência de lei formal. Nestes termos, estabelece o art. 220, §3º, inciso II:

“Art. 220 – ...

§ 3º - *Compete à lei federal:*

...

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”

81. Da mesma forma, define o texto constitucional, que é competência privativa da União legislar sobre *propaganda comercial* (art. 22, XXIX, da Constituição de 1988).

82. Nestes termos, estabelece o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que afinal, constitui espécie de lei em sentido formal e bem define dentre algumas espécies informadoras do conceito de abusividade da publicidade, assinalando, dentre outras, aquela que se aproveita *da deficiência de julgamento e experiência da criança*.

83. A questão é saber se a Resolução n. 163 do CONANDA pode ser compreendida, deste modo, como espécie de regulamentação da disposição de lei, uma vez que especializa seu conteúdo, no exercício da competência regulamentar que lhe outorga a Lei 8.242/91.

84. Todavia, a estrutura da norma regulamentar, ao distinguir *publicidade e comunicação mercadológica*, prevê duas situações distintas. No art. 2º da Resolução, há a definição da abusividade quando houver a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço com a utilização, dentre outras, de alguma das estratégias que pontua.

85. Assim, o art. 2º, da Resolução n. 163 do CONANDA:

“Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
III - representação de criança;
IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
V - personagens ou apresentadores infantis;
VI - desenho animado ou de animação;
VII - bonecos ou similares;
VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil”

86. Da exegese da norma em questão, percebem-se dois elementos: **primeiro**, o direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la; **segundo**, a utilização, dentre outras, de uma das estratégias enumeradas na norma.

87. Não há, *a priori*, proibição de que se usem tais elementos em publicidade. O que há é soma de elementos: direcionamento da publicidade para a criança **mais** o propósito de persuadi-la, **mais** a utilização de uma das estratégias enumeradas, dentre outras.

88. Sustenta Antônio Herman Benjamin, ao fazer a exegese do art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, que:

“tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores, etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade.”⁴⁷

89. Certo é que a exatidão dos critérios que integram o rol do art. 2º da Resolução, não se submete a um escrutínio em que o jurídico seja predominante, senão que, para seu esclarecimento, é imprescindível o auxílio de conhecimentos especializados de

⁴⁷ BENJAMIN, Antônio Herman et alli. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 344.

outras áreas do saber.⁴⁸ Todavia, não se perca de vista que se trata de critérios complementares para apreciar o que significa aproveitar-se da *deficiência de julgamento e experiência da criança*, conforme previsto no comando normativo. Assim, por exemplo, se a utilização das estratégias enumeradas se dá em publicidade não direcionada a crianças, não se completam os critérios para que se caracterize a abusividade. E não se diga que não ocorre. Há publicidade apreciada por crianças, mas que não é necessariamente direcionada a elas, não busca persuadi-las, mas a seus pais ou responsáveis.

⁴⁸ A título exemplificativo, contudo, dirigindo-se não ao que dispõe a Resolução n. 163, do CONANDA, mas a texto de conteúdo mais gravoso, constante do Projeto de Lei 5.921/2001, do Congresso Nacional, que trata da publicidade de produtos e serviços dirigida à criança, mencione-se o parecer do Dr. Yves de la Taille, elaborado a pedido do Conselho Federal de Medicina, onde concluiu o expert que: “*Sendo as crianças de até 12 anos, em média, ainda bastante referenciadas por figuras de prestígio e autoridade – não sendo elas, portanto, autônomas, mas, sim, heterônomas – é real a força da influência que a publicidade pode exercer sobre elas, força essa que pode ser sensivelmente aumentada se aparecem protagonistas e/ou apresentadores de programas infantis. Os adolescentes, embora já em parte liberados de referência a autoridades, estão sujeitos a influências externas no que tange ao delicado e importante processo de construção de suas identidades.3. Não tendo as crianças de até 12 anos construído ainda todas as ferramentas intelectuais que lhes permitiriam compreender o real, notadamente quando esse é apresentado por meio de representações simbólicas (fala, imagens), a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro e à ilusão. Isso não se aplica a adolescentes.4. As vontades infantis costumam ser ainda passageiras e não relacionadas entre si de modo a configurarem verdadeiros objetivos. Logo, as crianças são mais suscetíveis do que os adolescente e adultos de serem duzidas pela perspectiva de adquirir objetos e serviços a elas apresentados pela publicidade. De tudo que foi exposto, deduz-se que, de fato, as crianças e, em parte, os adolescentes devem ser protegidos e, portanto, que é necessária uma regulação precisa e severa do mundo da publicidade para crianças. Acrescentaria rapidamente dois pontos a serem, a meu ver, contemplados: O primeiro diz respeito à presença de crianças como atrizes nas propagandas. Além dessa presença infantil poder ter influência sedutora sobre o público infantil, aproveitando-se de seu nível de crítica ainda pequeno, essa veiculação faz com que as crianças-atrizes sejam colocadas em evidência, o que pode trazer prejuízos para a preservação de sua privacidade e intimidade. Sabe-se que a construção da intimidade dá-se durante a infância e que a capacidade de defendê-la, ou seja, de controlar o acesso de outrem ao “eu”, é de suma importância para o equilíbrio psicológico humano. É de se temer que a exposição decorrente da participação em publicidade (em geral desejada pelos pais, que se deliciam com a fama dos filhos) cause prejuízo à referida construção. Penso que, também nesse campo, a criança deva ser protegida. O segundo ponto refere-se às propagandas que não visam a criança como consumidor, mas como comprador. Por exemplo, no dia das mães e dos pais, não raras são as propagandas dirigidas a crianças, para que comprem objetos (como celulares) que não servirão para o seu consumo próprio, mas, sim, para serem dados de presente. Não sei se o decreto também incidiria sobre esse tipo de publicidade, que, embora dirigida para o público infantil, pretende vender objetos adultos. Note-se que esse tipo de publicidade freqüentemente coloca em cena relações pais-filhos, e que tais relações podem ser mal trabalhadas. À guisa de exemplo, lembro-me de uma publicidade na qual se vê um menino presenteando a mãe com um celular e deixando-a acreditar que ele se esforçou (economizando a mesada, supõe-se) para dar tal presente. Trata-se de uma cena de clara mentira, de flagrante enganação, porque aprendemos, pelo pai, que o celular em questão custa apenas R\$1,00. Ora, a mãe, ao invés de ficar desapontada e brava com o filho, limita-se a dizer que ele é avarento como o pai mas que tem bom gosto como ela. Trata-se, portanto, de uma reação “educacional” que contraria a todo e qualquer valor moral! Pior ainda: se os pais são os primeiros a acobertarem, ou a até mesmo incentivarem, as transgressões morais dos filhos, não há autonomia, nem até mesmo heteronomia possíveis: há anomia. Parece-me que tais propagandas sejam nocivas para as crianças e que alguma lei deva poder impedir sua divulgação”*

90. Sobre o tema, aliás, já sustentei que:

“... o CDC estabelece um dever de informar agravado com relação a certo público-consumidor, em vista da necessidade de se proteger determinados grupos de consumidores, como crianças e idosos. Com relação aos primeiros, a quem muitas vezes é endereçada publicidade com motivos fantasiosos ou irreais (personagens de desenho animado, pessoas que voam, dentre outros), não se trata de coibir o recurso a técnicas normais de persuasão, ou mesmo que tornam a publicidade mais agradável. Apenas é vedada a utilização destas técnicas de modo a aproveitar-se da falta de discernimento das crianças, sob pena desta publicidade ser considerada ilícita, porque abusiva.”⁴⁹

91. De grande utilidade, igualmente, colher o entendimento do Professor Virgílio Afonso da Silva, da Universidade de São Paulo, em parecer oferecido à ora consulente, em relação à constitucionalidade da restrição de publicidade de alimentos e bebidas não-alcoólicas prejudiciais à saúde, voltada ao público infantil. Observa o jurista:

“No caso da publicidade dos produtos aqui analisados, são várias as possibilidades de configuração de restrições. As mais promissoras delas são aquelas que não proibem a publicidade de nenhum produto específico, proibindo apenas que a publicidade desses produtos seja dirigida às crianças. Nenhum desses produtos – gêneros alimentícios e bebidas – são produtos consumidos apenas por crianças. Assim, a publicidade dirigida aos adultos pode continuar livremente, afinal de contas, são os adultos, e não as crianças, que são consumidores no sentido técnico-jurídico da palavra. É esse público – os adultos – que deve ser o alvo da publicidade. Contudo, e como se sabe, não é essa a situação atual da publicidade no Brasil. A publicidade dos produtos aqui analisados dialoga com as crianças, usa personagens do imaginário infantil, é veiculada nos intervalos de programas infantis, assistidos quase que exclusivamente por crianças. Diante disso, e como já se afirmou, são possíveis diversas configurações mais restritivas do que a situação atual. Seria possível, por exemplo, restringir a publicidade de alguns produtos aos horários em que praticamente só os adultos seriam atingidos (como o faz a Grécia), ou proibir o patrocínio comercial de programas infantis (como o

⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 257.

fazem a Finlândia, a Dinamarca e a Suécia), ou restringir ou vedar publicidade de todos ou alguns produtos durante ou logo antes ou logo após programas de TV dirigidos a crianças (como o fazem a Áustria, o Reino Unido, a Austrália e a Bélgica), ou vedar o uso, na publicidade voltada à criança, de personagens do imaginário infantil ou de apresentadores de programas infantis (como o fazem a Holanda, a Finlândia e a Dinamarca), ou proibir a publicidade de alguns tipos de brinquedos (como o fazem a Alemanha e a Dinamarca), ou restringir totalmente a publicidade, dirigida às crianças, de determinados alimentos (como o faz o Reino Unido), ou mesmo restringir totalmente a publicidade, dirigida às crianças, de qualquer produtos (como o fazem a Suécia e a Noruega), dentre várias outras medidas possíveis..⁵⁰

92. **Frise-se: o direito brasileiro não proíbe a publicidade dirigida à criança.**

Todavia, proíbe, em homenagem à proteção dos direitos fundamentais de proteção da criança (art. 227 da Constituição de 1988), e de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição de 1988), a publicidade que se aproveite da *deficiência de julgamento e experiência da criança*.

93. Certamente, neste ponto, torna-se difícil delimitar direcionamento, persuasão e associação da publicidade com os elementos mencionados no rol da norma regulamentar. Porém, é dificuldade eventualmente invocável para que se ataque o mérito da norma, sua suficiência ou adequação para coibir a publicidade abusiva, conforme será examinado adiante. Porém, não, necessariamente, seu fundamento de validade.

94. Note-se que enquanto o art. 2º da Resolução n. 163, do CONANDA, estabelece limites à publicidade direcionada à **criança**, seu art. 3º enuncia princípios gerais que devem ser aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao **adolescente**:

“Art. 3º São princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalidade da restrição da publicidade de alimentos e de bebidas não alcoólicas voltada ao público infantil*. Parecer. São Paulo: ALANA, 2012, p. 27-28.

adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes:

I - respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais;

II - atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente e sua condição de pessoa em desenvolvimento;

III - não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior;

IV - não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;

V - não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço;

VI - não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades ilegais.

VII - não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;

VIII - a qualquer forma de degradação do meio ambiente;

e
IX - primar por uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina”.

95. Em relação a esta norma, poder-se-ia falar de excesso da regulamentação, uma vez que o art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor refere-se apenas à criança e não ao adolescente, cuja definição legal é diversa (assim o art. 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “*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*”). Todavia, percebe-se em seu conteúdo material, que todos os princípios enunciados encontram sede em outras normas do ordenamento jurídico, em grande parte de normas constitucionais.

96. De brevíssima exegese, note-se que:

a) O art. 3º, inciso I, da Resolução reproduz conteúdo normativo expresso pelo art.

- 1º, III, e art. 5º, X, da Constituição Federal; art. 30 e seguintes, da Lei 5.700, de 1º de setembro de 1971 (que dispõe sobre os símbolos nacionais), a parte a referência de respeito ao interesse social e às instituições que se depreende do Estado Democrático de Direito;
- b) O art. 3º, inciso II, da Resolução, tem fundamento nos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 17, do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- c) O art. 3º, inciso III, da Resolução, tem fundamento nos arts. 16, V e 17, do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- d) O art. 3º, inciso IV, da Resolução, tem fundamento nos arts. 3º, IV, e 227, caput, da Constituição de 1988, e arts. 5º, e 16, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- e) O art. 3º, inciso V, da Resolução, tem seu fundamento nos arts. 3º, 4º, 5º e 17, do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- f) O art. 3º, inciso VI, da Resolução, tem seu fundamento nos arts. 286 e 287, do Código Penal, e 3º, 15, 17 e 70, do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- g) O art. 3º, inciso VII, da Resolução, tem seu fundamento nos arts. 5º, caput e 227, da Constituição de 1988; art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor; e arts. 3º, 4º, 15, 17 e 18, do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- h) Em relação ao art. 3º, inciso VIII, da Resolução, embora conste erro material, ao referir “a qualquer forma de degradação do meio ambiente”, quando se presume por lógica, que tenha faltado referência à proibição de indução à conduta, a exemplo dos incisos anteriores (“*não induzir à qualquer forma de degradação...*”), refira-se que o respeito ao meio ambiente pela publicidade resulta do disposto no art. 225, caput, e §1º, VI, da Constituição de 1988, assim como do art. 37, §2º, do CDC;

- i) O art. 3º, IX, da Resolução, tem seu fundamento nos arts. 31 e 37, §1º, do Código de Defesa do Consumidor.

97. Desse modo, em relação ao art. 3º, da Resolução n. 163, do CONANDA, embora defina princípios para a publicidade direcionada ao adolescente, e neste sentido desbordando do critério de abusividade previsto no art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, é de notar que do conteúdo enunciado há, integralmente, largo fundamento legal e constitucional, a justificar o exercício de competência regulamentar.

B) A conformidade legal da definição de critérios sobre a publicidade e a comunicação mercadológica: regulamentação parcial do arts. 37, §2º, e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

98. A proibição da publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, no sistema jurídico brasileiro, resulta de lei formal – no caso, o art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor. Reconhecendo-se a competência regulamentar do CONANDA, contudo, a pergunta é se ao utilizar a norma em cotejo, dando-lhe tratamento específico, esta abrangência a disciplina tanto da *publicidade* quanto da *comunicação mercadológica*.

99. Um primeiro aspecto a ser destacado é a distinção que a norma opera entre *publicidade* e *comunicação mercadológica*, o que se traduz pelo texto expresso nos parágrafos deste mesmo art. 1º, que definem:

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

§ 2º A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas.”

100. *Comunicação mercadológica*, segundo a literatura especializada, é o conjunto de ações de comunicação, realizado por diversos meios⁵¹, com o propósito de conferir visibilidade e promover a comercialização de determinados produtos e serviços. Integra dentre outras, ações de venda, *merchandising*, relações públicas, *marketing* direto e publicidade.⁵² Constitui-se, pois, como uma estratégia de comunicação integrada por diversas ações coordenadas no sentido de persuadir o consumidor, também designada como estratégia de *marketing* relativo a produto ou serviço.

101. Destaca-se, contudo, a ausência de referência expressa ao termo *comunicação mercadológica* no Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, ao prever a conduta na norma regulamentar, detalhando critérios que devem ser observados no exercício da atividade negocial, estaria o CONANDA excedendo sua competência regulamentar?

102. A resposta a esta dúvida passa pela exata compreensão de qual o sentido da expressão publicidade nos termos em que estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor. E da mesma forma, se apenas nela concentra-se a proteção endereçada pelo Código de Defesa do Consumidor às crianças e adolescentes.

103. Em relação já à segunda questão, parece claro que não é assim. O art. 39, do Código de Defesa do Consumidor, ao proibir as práticas abusivas pelo fornecedor, estabelece no rol de condutas vedadas, em que expressamente se percebe do inciso IV: **“prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”**.

104. Ora, a proteção neste caso, embora não seja endereçada exclusivamente à criança e ao adolescente (como também aos idosos, doentes, e.g.), há toda evidência que deles é abrangente. Define, assim, uma conduta vedada, sem delimitar necessariamente os meios concretos de sua realização, pelo que promove a compreensão de que **qualquer meio do qual o fornecedor se utilize para prevaler-se da fraqueza ou**

⁵¹ GALINDO, Daniel dos Santos. *Comunicação mercadológica. Uma visão interdisciplinar*. São Paulo: Universidade Metodista de São Paulo, 2008, p. 26.

⁵² PINHO, J.B. *Comunicação em marketing*. 9ª ed. São Paulo: Papyrus, 2001, p. 30-40.

ignorância do consumidor, dentre outros critérios, em razão de sua idade, é proibido expressamente por lei.

105. Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias é precisa a este respeito. Ao tempo em que expõe a distinção técnica entre a *publicidade*, a *promoção de vendas* e o *marketing*, aduz que:

“essas diferenças, tão bem delineadas pelos estudiosos do marketing, parecem, porém, em nosso sentir, meramente formais para efeito de proteção jurídica do consumidor, pois como dissemos, o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se com ambas as técnicas de marketing. Assim regulamentou o Código a publicidade comercial em seu sentido mais amplo (qualquer informação de caráter publicitário – art. 37) e ainda estipulou normas específicas às promoções de vendas ao arrolar extenso conjunto de práticas comerciais abusivas (art. 39). Também tornou a oferta publicitária vinculante ao fornecedor, quando divulgar informação suficientemente precisa das condições de contratação (art. 30)”.⁵³

106. Já em relação ao *conceito jurídico estrito de publicidade*, vejam-se os sentidos da expressão admitidos pela doutrina nacional. Antônio Herman Benjamin, um dos primeiros juristas a examinar o tema, recolhe algumas definições do direito comparado. Percebe, pois, que a publicidade é referida como *toda a informação dirigida ao público com o objetivo de promover direta ou indiretamente, uma atividade econômica*.⁵⁴ Também como *o conjunto de comunicações controladas identificáveis ou persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão, com o objetivo de criar demanda de um produto ou produtos e contribuir para a boa imagem da empresa*.⁵⁵ Ou ainda, como *o conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo o cliente*.⁵⁶

⁵³ DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*, p. 26.

⁵⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira. Conceito de publicidade. Apud: BENJAMIN, Antônio Herman et alli. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 305.

⁵⁵ COHEN, Dorothy. *Publicidad comercial*. Mexico: Editorial Diana, 1986, p. 49. Apud BENJAMIN, Antônio Herman et alli. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 306.

⁵⁶ MALANGA, Eugênio, p. 11. Apud BENJAMIN, Antônio Herman et alli. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto...*, p. 308.

107. Note-se, ainda, que ao se referir à oferta, sustenta o jurista:

“Não se dever interpretar o vocábulo oferta utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu sentido clássico. O fenômeno é visto pela realidade massificada da sociedade de consumo, em que as ofertas deixam de ser individualizadas e cristalinas, mas nem por isso perdem sua eficácia e poder para influenciar o comportamento e a decisão final do consumidor.

Oferta, em tal acepção é sinônimo de marketing, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados a sua disposição no mercado pelos fornecedores (...) Vê-se, então, que a oferta, nesse sentido moderno, abrange não apenas as técnicas de indução pessoal, como ainda outras mais coletivas e difusas, entre as quais estão as promoções de vendas e a própria publicidade. Claro que em relação a esta o Código traça normas específicas; por razões de mera técnica legislativa assim ocorre, já que, em essência, todos esses fenômenos nada mais são que expressão comum de um único tronco, o marketing. Mas não é o tratamento particular que lhe dá o Código que tem o condão de retirar da mensagem publicitária sua natureza jurídica de modalidade de oferta. Tanto isso é verdade que o Código traz dispositivos de regramento da oferta em que a publicidade, não obstante seu regime específico, está incluída (art. 30, por exemplo).”⁵⁷

108. De outra parte, não se ignora mesmo a autorizada doutrina que confere à publicidade um significado mais amplo. Nela se destaca Adalberto Pasqualotto, para quem a publicidade consiste em:

“toda a comunicação de entidades públicas ou privadas inclusive não personalizadas feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos e serviços, com ou sem

⁵⁷ BENJAMIN, Antônio Herman et alli. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 255-256.

finalidade lucrativa”.⁵⁸

109. E nos mesmos termos, sustenta Claudia Lima Marques, ao definir publicidade como:

“toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores, a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado (a definição foi inspirada na Lei Belga, de 17.07.1971, sobre práticas comerciais, e no art. 37, do CDC).”⁵⁹

110. Quando define comunicação mercadológica, o art. 1º, da Resolução n. 163 do CONANDA menciona 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. Neste sentido, percebe-se que há na norma regulamentar em questão, referência à publicidade, assim como há a toda e qualquer atividade de divulgação, independente do suporte, da mídia ou do meio. Isso porque, o que se está a regulamentar são condutas expressamente proibidas por lei; no caso, a publicidade abusiva e modalidade de prática abusiva, previstas respectivamente, nos arts. 37, §2º, e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, em vista da proteção da criança e do adolescente.

111. Dentre as condutas vedadas, quando se aproveitem da deficiência de julgamento e experiência da criança, ou prevaleçam-se de sua fraqueza ou ignorância em razão da idade, menciona exemplificativamente *anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas*. Tem-se, pois, o que é publicidade e o que é toda e qualquer conduta comercial que faça com que o fornecedor prevaleça da fraqueza deste consumidor a quem se

⁵⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC*. São Paulo: RT, 1997, p. 25.

⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: RT, p. 853.

reconhece uma vulnerabilidade agravada.

112. E quais os limites da norma regulamentar, uma vez que ao prever critérios para interpretação da lei proibitiva, o faz indicando práticas que não estão especificadas na lei? Em outros termos, pode a norma regulamentar dizer mais do que a lei? O quanto mais?

113. A resposta a esta indagação só pode ser afirmativa. Afinal, qual a utilidade do regulamento se de seu texto resultasse a estrita reprodução dos termos da lei. Sobre o tema já sustentei que:

“da relação entre lei e regulamento no direito brasileiro, neste contexto, deverá considerar a sensível expansão da atividade normativa da Administração Pública, sobretudo em face de suas novas missões constitucionais em vista da prestação de serviços públicos à população e do incremento técnico da ação administrativa. Os limites do exercício desta competência normativa permanecem residindo na lei, contudo sob o critério seguro da Constituição, especialmente no tocante à proteção dos direitos e liberdades individuais.”⁶⁰

114. E desse modo:

“assim como se tem claro que qualquer exercício de competência normativa infralegal subordina-se ao limite de não contrariedade à lei, também é verdadeiro, no sistema jurídico brasileiro contemporâneo, a existência de espaços de competência normativa regulamentar, seja diretamente pelo Chefe do Poder Executivo, seja pelos órgãos reguladores dotados de competência específica, para criar norma jurídica. Estes não apenas visam ao detalhamento imediato do conteúdo de lei, senão no estabelecimento de normas infralegais que permitam a aplicação in concreto dos comandos normativos estabelecidos na legislação.”⁶¹

115. Este, aliás, é o entendimento há muito assentado. Na lição já clássica de Victor

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 197.

⁶¹ MIRAGEM, *A nova administração pública...*, cit.

Nunes Leal:

“o regulamento não é a mera reprodução da lei. É um texto mais minucioso, mais detalhado, que completa a lei, a fim de garantir sua exata e fiel execução (...) se o regulamento completa a lei (e sem esse papel seria ele perfeitamente desnecessário), é evidente que a lei sempre deixa alguma coisa para o regulamento. Em outras palavras, toda lei passível de regulamentação contém em si mesma certa margem, por pequena que seja, de delegação ao Poder Executivo, ao qual compete expedir os regulamentos.”⁶²

116. Desta visão útil do regulamento, que ademais incorpora o fim de promover a própria efetividade da norma – no caso da proibição da abusividade da publicidade ou da prática comercial de modo a prejudicar crianças e adolescentes – não se descuidava que contenha disposições distintas, desde que estas estejam expressa ou implicitamente permitidas pela lei.⁶³

117. Não se pode deixar de examinar, contudo, tratando-se o caso de colisão de direitos fundamentais, se as limitações que estão sendo impostas à atividade publicitária, e neste sentido, à livre iniciativa econômica e à liberdade de expressão publicitária, não são excessivas, em relação aos fins que busca atingir.

118. Sobre o tema, é de reconhecido prestígio, no direito brasileiro, a partir de marcada inspiração no direito alemão, a exigência da proporcionalidade⁶⁴ entre as limitações impostas a um direito ou liberdade fundamental e a finalidade que a partir delas se pretende alcançar. A rigor, o legislador impôs a limitação a partir das proibições à publicidade abusiva e às práticas abusivas previstas no Código de Defesa do Consumidor. Aqui, o que se trata é de examinar se os critérios esclarecidos na

⁶² LEAL, Victor Nunes. Delegações legislativas. In: *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 99-100.

⁶³ LEAL, Victor Nunes. Delegações legislativas. In: *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 100.

⁶⁴ Dentre outros, veja-se: STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Resolução n. 163, do CONANDA, tomados abstratamente, configuram restrição exagerada às liberdades mencionadas.

119. Não é desconhecido que o Estado pode, com o propósito de realizar seu dever de proteção de direitos fundamentais, limitar excessivamente outros direitos e liberdades.⁶⁵ Trata-se do que normalmente denomina-se *proibição do excesso* (*Übermaßverbot*) que toma a proporcionalidade da limitação como critério para exame de sua conformidade ao Direito. Por outro lado, contudo, estudos recentes observam, também, que da mesma exigência de proporcionalidade resulta a proteção dos titulares de direitos fundamentais contra a inefetividade da ação estatal na consecução deste objetivo. Aqui se trata da proibição da proteção insuficiente do direito, ou simplesmente *proibição da insuficiência* (*Untermaßverbot*).⁶⁶

120. Daí porque se deve assinalar que a exigência de proporcionalidade que serve ao controle da intervenção do Estado sobre a autonomia privada não deve ser considerada apenas como critério legitimador da proibição do excesso, senão igualmente, em especial quando se trate de situação que envolva eventual colisão de direitos fundamentais, também como proibição de insuficiência. Neste sentido, veja-se no direito brasileiro, a exata ponderação de Virgílio Afonso da Silva:

“Outra questão terminológica a ser resolvida refere-se ao uso do conceito de proibição de excesso, visto que muitos autores tratam a regra da proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso. Ainda que, inicialmente, ambos os conceitos estivessem imprescindivelmente ligados, principalmente na construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, há razões para que essa identificação seja abandonada. Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta,

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798. São Paulo: RT, abril/2002, p. 23 e ss.

⁶⁶ Virgílio Afonso da Silva indica o pioneirismo da identificação da proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*) à Claus Wilhelm Canaris, no estudo *Grundrechte und Privatrecht*, publicado originalmente em 1984, tendo adiante assumido relevância na jurisprudência a partir da segunda decisão do Tribunal Constitucional Alemão acerca do aborto. SILVA, O proporcional e o razoável, cit.

*isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em Übermaßverbot, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em Untermaßverbot, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência. O debate sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso estatal já é razão suficiente para abandonar o uso sinônimo de regra da proporcionalidade e proibição de excesso.”*⁶⁷

121. A rigor, o Poder Legislativo, no exercício de sua liberdade de conformação de um direito fundamental, o Poder Executivo, por intermédio de sua competência regulamentar, e mesmo o Poder Judiciário, podem impor restrições excessivas, assim também como frustrar o conteúdo mínimo de proteção do direito, uma vez violada a exigência de proporcionalidade.⁶⁸

122. No caso da proteção da criança em relação à publicidade e práticas comerciais por parte dos fornecedores nas relações de consumo, anote-se que não é o propósito, tampouco o resultado da aplicação da Resolução n. 163, do CONANDA, impedir a publicidade de produtos ou serviços destinados à criança e ao adolescente, ou ainda impedir que a eles sejam oferecidos produtos ou serviços.

123. O que faz a resolução é definir critérios para interpretação do art. 37, § 2º, e art. 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Normas sobre as quais é notório – e já foi mencionado neste parecer – que são dotadas de tal largueza e amplitude que dificultam sua aplicação *in concreto* pelo julgador, exatamente na parte tocante à proteção da criança e o do adolescente.

124. O art. 1º da Resolução n. 163, do CONANDA, define que a norma dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, com intenção de persuadi-la. Tal persuasão vedada ou é aquela

⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável, cit.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 37.

que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, ou é aquela que se prevalece da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade.

125. Dizer-se que não é possível regulamentar o tema, prevendo critérios de interpretação dos conceitos legais, e que não os desnaturam de qualquer modo, aponta para a redução de efetividade das normas legais. Neste sentido, deixar-se simplesmente a que o intérprete considere, para sua aplicação, apenas as circunstâncias do caso concreto, significa de um lado fomentar a possibilidade de que as decisões que daí resultem possam ser consideradas como excessivas ou arbitrárias, e nestes termos, contrárias à proporcionalidade dos limites que se pretende impor.

126. A adoção de critérios que não proíbem a publicidade infantil, nem tampouco limitam a oferta e publicidade de produtos e serviços destinados ao público infanto-juvenil, servem para assegurar um mínimo de efetividade da norma legal que prevê seus respectivos limites. Resulta, portanto, de resposta à proibição de insuficiência da proteção de direitos fundamentais assegurados pela Constituição, como é o caso dos direitos do consumidor e dos direitos da criança e do adolescente.

127. Com isso, não se desconhece no sistema brasileiro o sistema privado de autorregulamentação publicitária, promovido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Contudo, trata-se de sistema privado, sob o fundamento associativo que reúne anunciantes, veículos de comunicação, publicitários e fornecedores em geral. No caso, se tem a aplicação da lei como um dever do Estado (art. 5º, XXXII e art. 227), que não elimina os esforços da sociedade, mas não conduz, sob qualquer argumento, à renúncia de competências estatais.

128. Pelo contrário, não se percebe pela ação do CONAR, especificamente no tocante ao tema da publicidade infantil, e, ademais, sobre práticas comerciais abusivas – que abrangem objeto que extravasa sua finalidade associativa – a atuação efetiva na proibição de condutas que se caracterizam como aproveitamento da deficiência de julgamento ou experiência da criança, e ainda, de sua fraqueza e ignorância. A mera existência do CONAR, desse modo, não elimina a necessidade de conferir-se

efetividade a limites, afinal, definidos em lei.⁶⁹

129. Diga-se, ainda, que o conteúdo da resolução não limita ou restringe o direito à informação que se reconhece em relação à publicidade – e conseqüente sobre o direito dos consumidores de serem informados sobre produtos e serviços. Do exame dos critérios, verifica-se que o que se busca limitar é o uso de recursos técnicos de persuasão de crianças consumidoras, desvinculados de um conteúdo informativo passível de ser reconduzido ao direito do consumidor de ser informado, mas utilizados tão somente para atrair atenção e promover produto ou serviço.

130. Demonstrou-se neste parecer, como a publicidade e outras práticas comerciais influenciam na decisão de consumo de crianças e adolescentes, e suas respectivas famílias, com efeitos negativos à convivência familiar e à socialização. Todavia, não se busca com a resolução – tampouco seria possível – proibir tais práticas no mercado de consumo, mas apenas firmar critérios para a aplicação dos limites previstos em lei.

131. Deste modo, ainda que a verificação da necessidade da regulamentação dê conta de certa prognose da realidade futura quanto ao que será a publicidade a partir da admissão dos critérios definidos pela norma – o que, ademais, desafia qualquer limitação a direitos e liberdades como são aqueles que impõe a lei⁷⁰ – é fora de dúvida que não elimina a possibilidade concreta de realizar-se publicidade, liberdade que se estabelece conformada pelos limites legais, precisados pela Resolução n. 163, do CONANDA.

132. Por outro lado, estes critérios não inviabilizam a publicidade direcionada para crianças e adolescentes, mas apenas limitam o uso de certas técnicas e instrumentos para

⁶⁹ Observam Diógenes Carvalho e Thaynra Oliveira, que “a partir do exame da estrutura do controle da publicidade infantil no Brasil, constata-se que o controle da publicidade exercido pelos órgãos públicos possibilitou uma atuação mais direta e efetiva no combate às práticas lesivas aos direitos dos consumidores, inclusive das crianças, especialmente por meio da propositura de ações civis públicas. Ainda, que o controle privado exercido pelo Conar, apesar de relevante por desestimular a difusão de publicidade antiética, não ressurte satisfatório, tendo em vista a falta de coercitividade de suas decisões, bem como considerando a ausência de um controle prévio das mensagens publicitárias, a exemplo do que é realizado em Portugal, Espanha e Reino Unido, dentre outros países”. CARVALHO, Diógenes Farias. OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. *Revista de direito do consumidor*, v. 94. São Paulo: RT, julho-setembro/2014, p. 181 e ss.

⁷⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 591.

sua realização, evitando efeito que legalmente é definido como prejudicial a seus direitos. E nestes termos, à exceção que se demonstre por exame técnico a partir de conhecimentos alheios ao Direito, a impropriedade de quaisquer critérios definidos na norma regulamentar – afastando sua legitimidade científica – não há o que desautorize sua adequação aos fins pretendidos pelo legislador, e apenas precisados pelo titular da competência regulamentar.

133. Nestes termos, atende-se à exigência de proporcionalidade da regulamentação dos limites previstos em lei. Invocando os três critérios usualmente indicados para aferição da proporcionalidade da medida, quais sejam: a conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*); a exigibilidade ou necessidade da medida (*Erforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (adequação entre meios e fins – *Verhältnismässigkeit*)⁷¹:

- a) trata-se de medida adequada aos fins a que se destina (evitar o aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança, ou prevalecer-se da fraqueza ou ignorância de crianças e adolescentes para impingir-lhe produtos ou serviços), considerando que a ausência de critérios vem prejudicando e restringindo a efetividade dos limites definidos em lei;
- b) trata-se de medida necessária para atingir estes mesmos fins, considerando que não se percebe da realidade atual do Brasil, em que sobram exemplos de canais de televisão específicos para o público infantil, que não diferenciam sua programação ordinária e a publicidade veiculada nos respectivos intervalos; ou de personagens infantis oferecendo produtos e serviços prejudiciais a crianças e adolescentes; a efetividade da aplicação das normas impositivas de limites. Estas, ao contrário, sustentam hoje, distintas interpretações que prejudicam sua efetividade, seja pela aplicação estatal da lei, seja pelo sistema de autorregulamentação (este último, ademais, cujo controle não tem a mesma abrangência, como se viu).

⁷¹ Veja-se: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 262 e ss.

- c) trata-se de medida que se caracteriza como meio menos gravoso, uma vez que, conforme se percebe, não institui proibição da publicidade ou de outras práticas comerciais direcionadas a consumidores crianças ou adolescentes, mas apenas define critérios para interpretação de limites a estas iniciativas, previstos em lei.

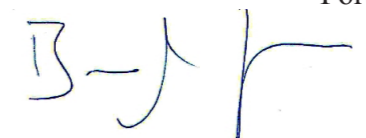
134. Percebe-se, a meu ver, que não se tem demonstrado que a Resolução n. 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – tendo sido editada por órgão competente, regulamentando limites à atividade publicitária e negocial definidos em lei, extravasa a exigência de proporcionalidade que se exige da norma limitadora. Ademais, considerando que os critérios que pronuncia conformam o sentido que a lei confere à liberdade de iniciativa econômica e de expressão publicitária, cuja conciliação com a defesa do consumidor e dos direitos da criança e do adolescente é impositivo constitucional.

135. Desse modo, respondendo objetivamente à questão oferecida pelo Instituto ALANA, entendo que é constitucional a Resolução n. 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que definem critérios para a interpretação e aplicação dos arts. 37, §2º e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, em vista da proteção do interesse da criança e do adolescente, a serem assegurados com absoluta prioridade, nos termos do art. 227, da Constituição de 1988.

É o parecer.

Sub censura.

Porto Alegre, 1º de agosto de 2014.



BRUNO MIRAGEM,
OAB/RS nº 51.573

Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
Doutor e Mestre em Direito.

www.criancaeconsumo.org.br
www.facebook.com/projetocriancaeconsumo
[@criancaeconsumo](https://www.instagram.com/criancaeconsumo)