SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A PUBLICIDADE INFANTIL: PROTEÇÃO NECESSÁRIA PARA O DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL

THE INFANT PUBLICITY: NEEDED PROTECTION FOR THE HEALTHY DEVELOPMENT

Samuel Vinícius Da Silva [1]
Michael Cesar Silva [2]

Resumo

A publicidade no Brasil, muitas vezes, gera consequências graves no âmbito do desenvolvimento salutar da criança, protegida constitucionalmente. Embora a temática esteja bem regulamentada no ordenamento, ainda inexistem contornos jurisprudenciais e doutrinários satisfatórios para aclarar o que é lícito ou ilícito. O presente estudo propõe analisar os dispositivos legais, a recente decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça sobre publicidade abusiva e apontar novos contornos para a temática com fundamento na proteção da criança perante a exposição publicitária abusiva. Esta pesquisa pertence à vertente metodológica jurídico-dogmática, do tipo de investigação jurídico-projetivo. A técnica selecionada é a pesquisa teórica.

Palavras-chave: Publicidade infantil, Superior tribunal federal, Publicidade abusiva, Proteção da criança

Abstract/Resumen/Résumé

The publicity in Brazil, many times, create serious consequences on the ambit child's healthy development, which is constitutionally protect. Although the theme be well regulated on law, there is still not in the doctrinaires and jurisprudential limits about what is licit or illicit. The study proposes to analyze law devices, the recent decision by Superior Court of Justice about abusive publicity and to point limits to the theme with basement child's protection face to the advertising child exposure. This research belong to the legal and dogmatic methodological aspects, the type of investigation is legal-projective. The technique selected is theoretical research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Infant publicity, Superior court of justice, Abusive publicity, Child's protection

[1] Estudante do sexto período do Direito Integral na Escola Superior Dom Helder Câmara.

[2] Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas. Advogado. Professor na Escola Superior Dom Helder Câmara.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A publicidade é um mecanismo importantíssimo para produção de riquezas, sobretudo, das empresas. Estas possuem autonomia, com base no princípio constitucional da liberdade de iniciativa, para criar e elaborarem seus anúncios publicitários livremente com a finalidade de atingir o público alvo. No entanto, existem limitações constitucionais e legais a esse exercício, principalmente, em relação aos consumidores hipervulneráveis. Especialmente, as crianças por não terem o necessário discernimento da realidade. Deste modo, não existe uma equivalência entre fornecedores e consumidores destinatários da publicidade, pois aqueles se aproveitam, muitas vezes, de técnicas comerciais abusivas para a obtenção de lucros. Assim, exige-se uma maior intervenção estatal para a promoção de um desenvolvimento saudável e proveitoso da criança, em razão de seu desenvolvimento intelectual incompleto.

Ademais, percebe-se um conflito entre a livre iniciativa e a necessidade da intervenção estatal para proteção dos hipervulneráveis, ainda, da instituição familiar, tendo em vista que as crianças ao entrarem em contato com os anúncios insistem excessivamente para a aquisição do produto ou serviço oferecido, muitas vezes, gerando enormes constrangimentos, como discussões e irritações aos responsáveis.

Nesse viés, o presente estudo tem como escopo analisar os contornos da publicidade infantil, a ilicitude da publicidade em relação aos hipervulneráveis, e a recente decisão do STJ, no que tange a matéria, para apontar eventuais soluções.

A pesquisa pertence à vertente metodológica jurídico-dogmática. Em relação ao tipo de investigação, de acordo com a classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), escolheu-se pelo tipo jurídico-projetivo. Dessa forma, propor-se-á novas delimitações principiológicas e normativas para a caracterização ou não do ilícito da publicidade infantil abusiva no Brasil.

2. A PROTECÃO LEGAL DA CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS PERANTE A PUBLICIDADE INFANTIL ABUSIVA

A criança merece especial tratamento, pois ocupa lugar de suma importância na sociedade como sujeito de direito e pela possibilidade da construção de um futuro melhor. Além disso, conforme a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 “a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do

nascimento". Nesse sentido em relação as criança "estes se encontram em estágio da vida em que não apenas permite que se deixem convencer com maior facilidade, como também não possuem em geral, o controle sobre aspectos práticos de contratação" (MIRAGEM, 2010). Em consonância com a Declaração, a Constituição Federal do Brasil de 1988 propiciou específica proteção à criança, preservando seu pleno desenvolvimento e protegendo-a de eventuais explorações.

> 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.

Com base na interpretação da norma, pode-se extrair que os responsáveis pelo crescimento saudável das crianças não são tão somente os pais e o Estado, mas também toda a sociedade. Aqui pode se incluir os fornecedores possuem o dever constitucional de respeito à criança e as suas limitações físicas e psicológicas. Além desse dispositivo constitucional, o Código de Autorregulamentação Publicitária estabelece que a publicidade seja instrumento para a construção humana da criança e não de desconstrução, induzindo as mesmas ao consumo exacerbado em detrimento, sobretudo, de sua saúde. O Código de Defesa do Consumidor estabelece o conceito de publicidade abusiva:

> ART. 37, § 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.

Este dispositivo legal abarca imensamente o rol das possibilidades fáticas de abusividade publicitária, em conformidade com a sistemática de proteção aos hipervulneráveis, com o escopo de propugnar na maior medida possível os consumidores. Em vista disso, ao contrário do que se imagina, existe uma forte regulamentação no Direito Brasileiro acerca da publicidade infantil, mas o que não está bem contornado são os limites da livre iniciativa publicitária e da necessidade da intervenção estatal para coibir eventuais excessos. Ressalta-se que existem outras regulamentações sobre a matéria como a resolução de número 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que também define as hipóteses de publicidade infantil abusiva, além do Código de Autorregulamentação publicitária.

Nesse contexto, numa interpretação lógico-sistemático do CDC, da Carta Magna de 1988 e demais legislações relativas à matéria possibilita a partir de critérios objetivos a caracterização da abusividade ou não da publicidade infantil.

3. A DECISÃO PARADIGMÁTICA DO STJ E A (DES)CONSTRUÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL

No julgamento do recurso especial (REsp nº 1558086 / SP) pelo Superior Tribunal de Justiça, no início de 2016, condenou-se uma fornecedora por dirigir a sua publicidade diretamente à criança, induzindo-a consumir produtos com baixos valores nutritivos, aproveitando-se da abusiva prática ao mostrar duas crianças, uma fruindo o objeto da publicidade e a que não possuía sendo considerada "ultrapassada". Assim, instiga-se o "eu tenho e você não tem". Esta técnica é comumente empregada pelos meios publicitários, embora seja considerada pelo CDC como prática abusiva e, assim, devendo ser reprimida pelo Estado. Além dessa abusividade, os Ministros do STJ entenderam que houve a chamada "venda casada", pois o anúncio publicitário promovia o consumo de biscoito em uma quantidade mínima e com mais um valor em dinheiro, juntamente com os selos de compra do produto, trocava-se por um relógio, induzindo a criança a adquirir o produto indiretamente. Nesse sentido, pode se enquadrar como abusiva, conforme Marques (2016), pois é antiética e lesa a vulnerabilidade do consumidor e a sociedade como um todo. Neste sentido, "seria de uma insensibilidade brutal, especialmente num país desigual como o Brasil, aceitar semelhantes formas de divulgação de produtos ou serviços" (NETTO, 2014).

Ademais, a publicidade traz problemas em vários setores da sociedade, como na entidade familiar, exemplifica-se: a criança que não possui o objeto determinado pela publicidade se sente "inferiorizada" em relação aos seus amigos possuidores e, a partir disso, apelará, incansavelmente, aos pais para que seja adquirido o produto, de qualquer maneira. Esta apelação é denominada por Igor Britto Rodrigues como "fator amolação" e prossegue:

> O fator amolação corresponde à estratégia que mais afeta o poder familiar que os pais devem exercer em seus filhos, em prol do seu desenvolvimento, e que mais perturba a harmonia familiar e a liberdade dos pais no exercício da educação para o consumo dos seus filhos, inerente ao referido poder familiar (BRITTO, 2011).

Não se pode duvidar da força deste fator como instrumento capaz de perturbar a entidade familiar, tendo em vista o poder de insistência da criança, que muitas vezes obtém o que almeja pelo cansaço físico e psíquico das autoridades parentais. Neste sentido, "tais

práticas publicitárias são capazes de criar conflitos familiares pelo domínio das vontades das crianças contra a ingerência dos pais" (BRITTO, 2011). Trata-se de uma ingerência inconstitucional dos meios publicitários ao violar o âmbito familiar. Também neste sentido, o Ministro do STJ, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, decidiu pela condenação da referida empresa por publicidade abusiva, pois as decisões relacionadas à alimentação cabem, especialmente, aos pais.

Ademais, como argumento favorável à publicidade infantil, tem-se a alegação de que o controle da criança é exercido, exclusivamente, pelos pais. Ousa-se discordar desta argumentação, pois com o fenômeno da globalização, os meios técnicos-científicos informacionais (televisão e internet, por exemplo) circundam a vida dos menores, assim, estão em contato com a publicidades diariamente, seja para fazer uma pesquisa escolar, para se comunicar ou para entretenimento próprio. Neste contexto tomado pelos produtos tecnológicos, os pais não conseguem ter controle absoluto vinte e quatro horas por dia sobre todas as informações que são transmitidas aos seus filhos, necessitando da solidariedade de todos os demais membros da sociedade, inclusive dos meios de comunicação, para o desenvolvimento salutar dos menores.

Em relação à internet, "constitui-se, hodiernamente, como indispensável instrumento de desenvolvimento, não apenas tecnológico, mas antes de tudo de conhecimento e pesquisa, não podendo ser subtraído das crianças" (BROKAMP, 2010). Por conseguinte, não se faz viável, a restrição à utilização, deste meio, para evitar o contato da publicidade abusiva com a criança. Ainda mais, quando se extrai do artigo 227 da Magna Carta o princípio da prioridade absoluta da criança, portanto, a restrição ao acesso à internet pela criança. Neste aspecto, se demonstra incompatível com a Constituição por ser instrumento útil para o desenvolvimento intelectual da mesma. Ressalta-se, ainda, o dever constitucional dos fornecedores colaborarem, como prioridade absoluta, com o crescimento salutífero dos consumidores infantis, em razão de serem, além do Estado e dos pais, responsáveis pela preservação dos direitos da personalidade infantil.

Pode-se ainda, em conformidade com Guimarães (2007), afirmar o dever imposto pela Carta Magna de 1988 aos fornecedores de produtos e/ou serviços de respeito aos princípios da construção de uma sociedade mais justa e da solidariedade, neste sentido, devem buscar os seus objetivos em consonância com as necessidades da comunidade local.

Inclui-se, também, como limitador da liberdade publicitária o princípio, próprio do direito de empresa, da função social da empresa que será cumprida:

> Ao **gerar empregos, tributos e riqueza**, ao contribuir para o **desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade** em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e **ao respeitar os direitos dos consumidores**, desde que com estrita obediência às leis que se encontra sujeita (COELHO, 2012, grifo nosso).

Pode-se extrair que dentro do próprio ramo empresarial existe uma preocupação social com a atividade empresária e as consequências trazidas por esta no âmbito social. Ou seja, possuem o dever ético de auxiliarem o desenvolvimento no âmbito comunitário externo à fornecedora. Deixa-se a antiga concepção empresarial em razão da busca pelo lucro sem se ater a temáticas sociais e passa para uma conceituação de produção de utilidades. Trata-se de uma evolução importante, pois a utilidade abrange os interesses e necessidades de determinado grupo social, mas sempre com responsabilidade social, ambiental e cultural. Aqui, o lucro deixa de ser objetivo para se tornar consequência da atividade.

Por fim além das argumentações supracitadas para a proteção integral da criança perante a publicidade, pode-se depreender nos anúncios publicitários abusivos uma violação a boa-fé objetiva, princípio norteador das relações de consumo. Os publicitários se aproveitam de uma condição de superioridade como transmissores de determinada informação, aparentemente imparcial, para obterem as vantagens pretendidas em detrimento, muitas vezes, dos pais e, principalmente, da criança por sua natural ignorância dos interesses "por de trás" da publicidade. Nessa linha de intelecção, verifica-se, ainda, haver um descumprimento dos princípios da confiança, informação e transparência, os quais se relacionam intimamente com os preceitos norteadores da boa-fé objetiva, deste modo, frustrando as legítimas expectativas sociais.

Nesse contexto, percebe-se que os fornecedores de produtos devem atuar de acordo com o novo cenário publicitário consumerista para que se alcancem os objetivos legais e principiológicos supracitados, com o objetivo da construção de uma sociedade mais justa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto verifica-se que a matéria sobre publicidade infantil no Brasil está devidamente regulamentada pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo como base interpretativa a Carta Magna de 1988, o CDC e outras regulamentações supletivas que servem como base interpretativa para aplicação do art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

A maior dificuldade encontrada no atual cenário jurídico brasileiro relaciona-se a identificação dos contornos doutrinários e jurisprudenciais acerca da interpretação da

publicidade voltada aos consumidores hipervulneráveis e, por consequência, da aplicação dos mesmos para a caracterização ou não da publicidade infantil abusiva. Nesse sentido, a decisão proferida pelo STJ tem-se como coerente com o ordenamento jurídico brasileiro e merecedora de elogios.

Pelos argumentos expostos, entende-se que a liberdade de iniciativa publicitária das empresas deve ser restringida por meio da intervenção estatal para a proteção, sobretudo, da criança e da autoridade parental. Caso contrário, o desenvolvimento natural e saudável da criança estaria sendo suprimido por interesses, exclusivamente, econômicos sem responsabilidades sociais. Deste modo, entende-se inconcebível e inconstitucional a defesa por um sistema de "liberdade publicitária absoluta", pois é prejudicial a entidade familiar e a criança. Ademais, mostra-se inaceitável, como relatado pelo Ministro Antônio Herman, a interferência publicitária na educação dos filhos pelos pais, pois cabe a estes a autoridade pelo ensino dos menores. Desta forma, pensa-se que a destinação para a captação do mercado infantil possa ser dirigida aos pais por serem as autoridades responsáveis pelo melhor desenvolvimento da criança, assim, se evitaria inúmeras publicidades abusivas, além de observar os anseios sociais.

Em relação à vedação da publicidade, depreende-se que também se mostra inviável, pois a publicidade possui grande poder de influência sobre os seus destinatários, especialmente, nas crianças, mas não se pode partir de uma presunção absoluta de que toda publicidade é maléfica. Ao contrário, existem anúncios que realmente são educativos e caminham ao encontro das normas e objetivos infraconstitucionais. Além disso, a mesma possui ampla importância econômica por ser fator gerador de riqueza por movimentar a economia nacional e até mesmo como forma de proteção ao consumidor, tendo em vista que a publicidade tem como um de seus objetivos a identificação do produto ou serviço. Assim, dá ao consumidor a confiança de que o produto fabricado corresponde as exigências de qualidade e fabricação.

Por fim, entende-se que o caminho percorrido pela legislação brasileira em relação ao tema está em consonância com os regimes da maioria dos países, ao optar por um sistema misto de regulação. Conciliam-se os interesses empresariais para produção de riquezas com os interesses familiares e das crianças, ou seja, não veda e nem dá margem irrestrita à publicidade infantil, mas busca-se a "justa medida" ou o denominado "meio termo".

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 29 de Agosto de 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 de agosto de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n º 1558086 / SP (2015/0061578-0), 2ª turma, Rel. Min Humberto Martins, julg. 10 mar. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201558086> Acesso em: 02 de Setembro de 2016.

BROKAMP, Elys Dayse Gonçalves da Cunha. A necessidade de proteção da criança diante do mercado de consumo. Conflito entre liberdade e intervenção. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Org). *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.161-208.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito comercial, volume 1: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Declaração Universal dos Direitos da Criança. 1959. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-declaracao-dc.html>. Acesso em: 28 de Agosto de 2016.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam.* 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.* 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.* 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 9ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

RODRIGUES, Igor Britto. O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil. p.107-130. In: *Revista luso-brasileira de Direito do Consumo*. v. 1 n° 3. Curitiba, Bonijuris e J.M, 2011.

WITKER, Jorge. *Como Elaborar uma tesis em derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho.* Madrid: Civitas, 1985.