

DEBATE ACERCA DO CONTROLE JURÍDICO- LEGISLATIVO DO MEIO PUBLICITÁRIO COMERCIAL DESTINADO AO PÚBLICO INFANTIL¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Formação da personalidade e caráter da criança; 3. O Projeto de Lei 5.921/01
4. O Direito da Criança e do Adolescente; 5. Conflitos de Direitos Fundamentais; 6. Caso
Concreto; 7. Conclusão.

RESUMO

Este artigo pretende provocar, através de estudos científicos, o debate acerca da regulamentação do setor publicitário comercial, limitando-o, em favor do amadurecimento psicológico, crítico e social da criança e do adolescente.

O trabalho possui quatro pontos básicos. Inicialmente, analisa-se a formação da personalidade infantil. Em seguida, traz-se proposição legislativa (Projeto de Lei 5.921/01), elaborada pelos Deputados Luiz Carlos Haully e Deputada Maria do Carmo Lara, que se encontra no Congresso Nacional. No terceiro ponto, expõem-se formulações críticas ao projeto de lei. O quarto ponto corresponde ao conceito de Direito Fundamental e às técnicas a serem utilizadas quando da análise de constitucionalidade da proposta, haja vista que a medida visa limitar o Direito Fundamental de liberdade de expressão.

PALAVRAS CHAVE

Desenvolvimento da Personalidade. Publicidade Infantil. Proteção Integral à Criança. Conflito entre Direitos Fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

¹Maurício de Alencar Guimarães Hipólito

Aluno do 5º semestre de Direito da Faculdade Sete de Setembro – Fa7

Endereço eletrônico: mauricio-direito@hotmail.com

Artigo originalmente publicado na Revista da Fa7 (Periódico Científico e Cultural da Faculdade 7 de Setembro), Número 7; Vol. 1.

O sistema econômico Capitalista moderno tem como principal objetivo o lucro gerado pelo consumo da produção. Tudo o que é produzido deve ser, de alguma forma, consumido, sob a ameaça de colapso do sistema.

A real fraqueza desse sistema evidenciou-se para o mundo quando da sua primeira grande crise, em 1929, que afetou todo o globo. A solução parcial para o problema foi encontrada no Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*), que passou a interferir na economia. No entanto, o viés socializante deste Estado não é, em nada, compatível com o Capitalismo.

Os investimentos em publicidade e em diversas técnicas, dentre elas o *branding*, foram fatores decisivos na tentativa de reerguer o atual sistema econômico predominante. É no mal-intencionado uso dos ideais de liberdade que entra em cena o desenvolvimento das mais diversas técnicas de publicidade direcionadas às crianças.

A professora de psiquiatria da *Harvard Medical School* (Boston), Susan Linn mostrou-se preocupada com o mundo fantástico, materialista e propagador de individualismo entre as pessoas, criado pela publicidade, e com seus efeitos na formação do caráter e da personalidade das crianças. Ela expôs o resultado de suas pesquisas no livro “Crianças do Consumo: a Infância Roubada”, no qual demonstra o real interesse de boa parte do ramo publicitário: lucrar, sem grandes preocupações éticas, em cima de seres humanos que ainda não possuem seu discernimento crítico totalmente maduro.

Inspirado por essa preocupação, o presente trabalho almeja levantar o debate em torno da regulamentação do meio publicitário, que vem mostrando-se capaz de enraizar firmes valores dentro da sociedade, os quais, nem sempre, estão compromissados com o bem-estar social e com a dignidade da pessoa humana.

2. FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE E DO CARÁTER DA CRIANÇA

O tema “desenvolvimento humano” é objeto de estudo científico de diversos ramos ligados à psicologia. No livro “Desenvolvimento e Personalidade da Criança”, encontramos a seguinte definição para o termo desenvolvimento: “O desenvolvimento é definido como mudanças nas estruturas físicas e neurológicas, cognitivas e comportamentais que emergem de maneira ordenada e são relativamente duradouras” (Desenvolvimento e Personalidade da Criança, 2001, Paul Henry Mussen; John Janeway Conger; Jerome Kagan; Aletha Carol Huston. Pág. 3).

A dedicação ao estudo do ser humano enquanto criança faz o cientista defrontar-se com questões fundamentais que vêm sendo discutidas ao longo dos séculos, mas que, no entanto, não possuem respostas definitivas. Mesmo Locke e Rousseau, conhecidos, na ciência jurídica, por suas formulações quanto à natureza do Estado, dedicaram-se ao estudo do homem nessa fase de entendimento do mundo que o rodeia: a infância.²

Um dos temas que ainda divide os cientistas que estudam a mente humana é o confronto entre *as determinantes ambientais* e *os determinantes biológicos do comportamento*.

Alguns cientistas acreditam que grande parte do comportamento humano seja guiada pela formação genética, pela maturação fisiológica e pelo funcionamento neurológico. No outro extremo, os adeptos da corrente dos determinantes ambientais acreditam que as crianças respondem às pessoas e aos objetos que as cercam, e que as mudanças no desenvolvimento resultam, em grande parte, da experiência.

Aferimos da citada bibliografia que ambas as teses possuem pontos fracos. Atualmente, a “maioria dos psicólogos concorda que tanto as variáveis biológicas como as ambientais influem no desenvolvimento [...]” Entendem, assim, que as funções motoras, por exemplo, estariam ligadas às variáveis biológicas, enquanto que **“as diferenças individuais em altruísmo ou generosidade parecem depender principalmente das experiências das crianças”** (Desenvolvimento e Personalidade da Criança, 2001, Paul Henry Mussen; John Janeway Conger; Jerome Kagan; Aletha Carol Huston. Págs. 05 e 07). (grifo nosso)

Na obra “Interpretação dos Sonhos”, Freud constrói um modelo fictício de personalidade, que se divide em três instâncias: Inconsciente, Pré-consciente e Consciente. Tal desenvolvimento serviu de base para as modernas formulações acerca do mesmo tema.

O aparelho psíquico seria dotado de um sistema encarregado de receber as percepções e de um sistema referente à motricidade, ambas constitutivas do sistema consciente. “A atividade psíquica, partindo de estímulos *externos* e estímulos *internos* (E), percorre o aparelho psíquico indo, em geral, da extremidade perceptiva em direção à extremidade motora” (Teorias da Personalidade em Freud, 1984, Reich e Jung. Pág. 09). Explica Freud que tudo aquilo que atravessa esse sistema marca-o com *traços mnêmicos*.

² John Locke, em ‘Some thoughts concerning education’ de 1693, acreditava que as crianças deviam ser treinadas através de recompensas e punições desde os primeiros meses de vida em diante. Rousseau, em ‘Emile, or on education’ de 1762, acreditava que a criança era, por natureza, uma exploradora ativa com potencialidades enormes as quais seriam manifestadas, desde que os adultos não interferissem demais. “Desenvolvimento e Personalidade da Criança” Pág. 05

“Estes traços, gravados e organizados por relações de semelhança e de simultaneidade em nossa personalidade, são de natureza inconsciente e constituem a base sobre a qual repousa nosso caráter” (Idem. Pág. 10).

3. O PROJETO DE LEI 5.921/01

O Projeto de Lei 5.921/01 é de iniciativa do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly e, antes de ser alterado na Comissão de Defesa do Consumidor do Congresso Nacional, pretendeu acrescentar parágrafo ao artigo 37 da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor. A norma continha o seguinte texto:

Art. 1º O art. 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte §2ºA:

Art. 37 (omissis)

§2ºA. É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança.

A norma não se ateve a um meio de publicidade específico, proibindo qualquer um que tenha como escopo a venda de produtos infantis, e tratou de definir, de maneira genérica, o que são os produtos infantis.

Na “Justificação” da lei, o Deputado, diante do que dispõe o artigo 221 da CF/88, ressalta a importância da análise da relação que existe entre a publicidade e as crianças, chamando atenção para as diversas estratégias de promoção de vendas utilizadas pela primeira – que se tornam, segundo o mesmo, coercitivas e ludibriadoras, envolvendo a imagem de ídolos infantis e etc. Deixa clara sua intenção de dar o passo inicial em um debate, ao qual o Brasil parece estar alheio, haja vista que, em diversos países do mundo existem, pelo menos, restrições importantes quanto à veiculação indiscriminada de conteúdo publicitário-comercial destinado ao público infantil.

3.1. AS ALTERAÇÕES DO PROJETO DE LEI NA COMISSÃO TEMÁTICA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Pretende-se, a seguir, expor o voto da relatora, rico em indagações e estudos pertinentes ao tema.

Seguindo o rumo da produção legislativa, o PL 5.921/01 chegou à Comissão de Defesa do Consumidor. A relatora foi a Deputada Maria do Carmo Lara (formada em

Psicologia pela PUC-MG e Professora aposentada da rede estadual de ensino), que votou no sentido de reconhecer a importância da iniciativa do Projeto, “na medida em que trata de assunto relativo a crianças e a adolescentes, pessoas em formação, que são o futuro do nosso país” (COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROJETO DE LEI 5.921, de 2001. II - VOTO DA RELATORA. Pág. 2).

A Deputada indagou que tipo de princípios, ética e formação psicológica o cidadão brasileiro quer para os seus filhos. “É mais importante incentivar a produção, as vendas e o consumo, ou cuidar da formação integral de nossos jovens para que construam uma sociedade melhor do que esta em que vivemos?” (Idem).

A referida parlamentar segue em uma linha de argumentação que pretende demonstrar as conseqüências da publicidade sobre pessoas que não possuem a capacidade de reflexão crítica, ou mesmo que não conseguem discernir sobre o que é e o que não é publicidade.

Com o intuito de exemplificar o seu discurso, a psicóloga cita a questão da violência. Não que a violência seja causada apenas pela influência da publicidade, mas esta pode potencializar a presença daquela. Sob a análise da Psicologia, as técnicas publicitárias mexem com o imaginário, criando ou ampliando um desejo pelo consumo. Muitas crianças veem o anúncio, mas poucos pais têm dinheiro para comprar os produtos. Dessa forma, muitas delas ficam apenas na ânsia de obtê-los. As que não possuem o devido alicerce psicológico terminam frustradas por não poderem ter seu objeto de desejo. Este ciclo repete-se uma, duas, várias vezes e as frustrações só aumentam. Quando crescidas, algumas daquelas crianças que nunca tiveram acesso ao que é oferecido no mercado de consumo, e nem um suporte psicológico-familiar adequado, cientes das dificuldades em adquiri-los, terminam por querer forçosamente o objeto de seu desejo. São esses indivíduos os reais detentores de uma proteção especial por parte do Estado.

Cita, ainda, os abalos provocados nas relações “pais e filhos”, pois aqueles terão dificuldade em explicar o porquê de não poderem comprar o produto ou a desnecessidade do mesmo, e estes não possuem, ainda, a capacidade de compreensão totalmente desenvolvida.

Maria do Carmo não pretendeu atribuir à publicidade a exclusividade na criação de um desejo; chamou atenção para seu poder **catalisador** e o mal que pode causar quando potencializa um desejo em uma mente que ainda não desenvolveu uma razão crítica.

“O que desejamos estabelecer com clareza é que, no ‘jogo’ denominado mercado de consumo, as crianças e os adolescentes não têm a mesma

capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto e, portanto, não estão em condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo.” (pg. 4).

3.2. A PROBLEMÁTICA JURÍDICA PARA A RELATORA

A psicóloga e deputada federal cita o art. 227 da Constituição Federal, o qual atribui o dever à família, à sociedade e ao Estado de, com ABSOLUTA PRIORIDADE, assegurar os direitos à vida, à saúde, à educação, à dignidade, ao respeito, entre outros, à criança e ao adolescente; cita, ainda, o art. 37, §2º, do CDC, que determina ser proibido toda publicidade enganosa ou abusiva. Lembra, também, o art. 36, da mesma lei, que nos induz a aceitar o fato de que “a criança, enquanto consumidor, deve poder discernir sobre o que é e o que não é publicidade de modo fácil e imediato”. O problema é saber com que idade o sistema mental da criança encontra-se desenvolvido a ponto de discernir a cerca do que é publicidade e de diferenciar esta mensagem das diversas outras, às quais é submetida.

Baseada na pesquisa elaborada pelo sociólogo sueco Erling Bjurtrön, que possuía justamente o objetivo de subsidiar as decisões do governo em relação ao tema em apreço, a Deputada Maria do Carmo trouxe os seguintes dados:

“Algumas crianças de 4 anos são capazes de distinguir um comercial de um programa normal de televisão, mas a maioria é capaz de fazer esta distinção somente aos 8 anos. [...], apenas aos 10 anos todas as crianças conseguem perceber a diferença, embora não tenham ainda a capacidade crítica em relação à informação que estão recebendo. Esta capacidade crítica só aparece, de modo geral aos 12 anos de idade. Baseado neste estudo, o governo sueco proibiu toda e qualquer publicidade dirigida às crianças menores de 12 anos em horário diurno”.

No Brasil, o art. 2º do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – define que criança é a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Com essas informações, busca tornar evidente a importância da questão do entendimento, pois, “se existe uma fase da vida, [...], em que o ser humano não consegue sequer distinguir o que é e o que não é publicidade e, mesmo quando consegue, não tem

capacidade crítica para enfrentá-la, nada mais natural que se proíba o ‘jogo’ envolvendo estes participantes”.

Outro argumento utilizado pela relatora é o fato de diversos países preocuparem-se sobre a questão e de tratarem de estabelecer, desde logo, legislações específicas quanto ao tema. As medidas são diversas, no entanto, há um consenso quanto à importância da matéria. Cita, como principais referências legislativas, países, a exemplo da Alemanha, da Espanha, do Reino Unido, da Suécia, da Bélgica, da Holanda, da Grécia, da Noruega, da Áustria, de Portugal, dos Estados Unidos e do Chile.

3.3. ALTERAÇÕES NO PROJETO DE LEI 5.921/01

Como consequência dos estudos e conhecimentos que obteve em relação à proposta do Projeto de Lei 5.921/01, a Deputada Maria do Carmo Lara propôs um “Substitutivo” ao PL.

A modificação não pretende alterar o CDC. Cria uma lei própria para a regulamentação específica da questão. Dessa forma, o Substitutivo dispõe “sobre a publicidade e sobre a comunicação mercadológica dirigida à criança ou ao adolescente.”

As alterações tornaram o Projeto mais extenso, complexo e detalhado. Ele traz a definição e abrangência da “comunicação mercadológica”; os conceitos de criança e de adolescente; indica como princípio fundamental da lei a Proteção Integral à Criança e ao Adolescente. Como a proposta anterior, proíbe rigidamente qualquer tipo de publicidade ou de comunicação mercadológica direcionada à criança em qualquer horário e por meio de qualquer mídia. Ao proibir, discrimina os atributos dessas formas de publicidade. Ressalva as campanhas de utilidade pública, indicando que as proibições da legislação não se aplicam às mesmas. O PL indica, ainda, princípios a serem seguidos por qualquer publicidade ou comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além dos já previstos em nosso ordenamento jurídico.

No art. 5º, discrimina e veda comportamentos considerados abusivos em publicidades mercadológicas dirigidas aos adolescentes. O art. 6º comina sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza penal, civil etc., como multas e a imposição de contrapropaganda à custa dos infratores. Por fim, atribui ao DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – e ao Departamento de Classificação Indicativa a responsabilidade pela fiscalização e cumprimento do mesmo Projeto.

3.4. A REAÇÃO DOS SETORES PUBLICITÁRIOS AO PROJETO DE LEI

No dia 07 de junho de 2005, o presidente do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária -, Gilberto Leifert³, foi convidado perante a Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados para expor sobre o Projeto de Lei 5.921/01. Na oportunidade, colocou, primeiramente, como se dá a estrutura, os objetivos e os fundamentos do CONAR – órgão não-governamental dedicado à regulamentação e fiscalização do ramo publicitário – e, posteriormente, posicionou-se quanto à constitucionalidade do referido projeto.

A instituição foi fundada pela união de seis entidades que congregam anunciantes, agências de publicidade e mídia de todo o país - ABA, ABAP, ANJ, ANER e ABERT⁴. Possui, ainda, documento próprio, intitulado “Código de Auto-regulamentação Publicitária”, que visa o controle, através do *terceiro setor*, da veiculação dos conteúdos midiáticos.

A auto-regulamentação define princípios gerais que balizam todas as mensagens publicitárias, dentre as quais destaco as que rejeitam a discriminação em todas as suas formas, as que preconizam o respeito às crianças e adolescentes (art. 37), à ecologia, e, ainda, as que garantem a propaganda comparativa realizada em termos objetivos, na certeza que esta técnica proporciona informações que podem ajudar o consumidor a exercer melhor o direito de escolha. (*Gilberto Leifert* - <http://www.conar.org.br/html/artigos/080605.htm>)

O órgão possui um Conselho de Ética formado por seis câmaras compostas por um total de 110 (cento e dez) membros, dentre participantes e não-participantes do ramo publicitário. São instaurados “processos éticos”, que possuem início a partir de reclamações apresentadas por consumidores, por associados, autoridades públicas e por iniciativa do próprio CONAR. Explica o presidente:

³ Formado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco e Diretor de Relações com o Mercado da Rede Globo de Televisão. Fonte: <http://www.adnewstv.com.br/gente.php?id=71720>

⁴ ABA – Associação Brasileira de Anunciantes; ABAP – Associação Brasileira das Agências de Publicidade; ANJ – Associação Nacional de Jornais; ANER – Associação Nacional dos Editores de Revista; ABERT – Associação Brasileira de Rádio e Televisão.

Os processos versam sobre anúncios; presume-se a boa-fé dos responsáveis e é assegurado o direito de defesa e o duplo grau de jurisdição. A forma de **intervenção mais severa é aquela que faz cessar a veiculação da mensagem e interrompe a comunicação do anunciante com o seu público-alvo**. Quando necessário e com alguma frequência, o CONAR lança mão da medida liminar de sustação.

(Gilberto Leifert; <http://www.conar.org.br/html/artigos/080605.htm>) (grifo nosso).

A problemática que parece existir é que um órgão particular atue em uma área de extrema relevância para a sociedade, seja no campo social, seja no campo econômico. Tal intervenção, pelos resultados que pode trazer à nação, deve estar sob a égide do Estado, guiada pelos princípios constitucionais da proteção à Dignidade da Pessoa Humana, da Imparcialidade, da Publicidade, do Melhor Interesse do Menor, etc. Em suma, onde deveriam existir normas cogentes, há a aplicação de entendimentos particulares do próprio meio a ser regulado.

Leifert prossegue sua participação demonstrando o porquê de o CONAR posicionar-se contra a aprovação do projeto em discussão.

Primeiramente, coloca que o rol de temas elencados pela Carta Democrática de 1988, para restrição legal feita pelo legislador ordinário, é taxativo, restritivo, não podendo ser entendido de forma extensiva a outros produtos que possam vir a comprometer a saúde do público consumidor, como a propaganda de alimentos ricos em gordura ou açúcares.

Passa, em seguida, a argumentar sobre o dispositivo do Projeto de Lei: “É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança”.

Argumenta que o projeto de lei, ao proibir, contraria os requisitos da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, inerentes à análise do conflito de direitos fundamentais. Dessa forma, coloca que o CONAR entende inconstitucional todo tipo de projeto de lei que tenha o objetivo de proibir a propaganda comercial.

Expôs, ainda, dados do próprio CONAR, que afirmam não ser alarmantes o número de publicações que contrariam o disposto pelo código de auto-regulamentação.

Por fim, argumenta que todos os meios de comunicação poderão ser prejudicados de algum modo com a “aprovação do projeto e que a proibição de publicidade de quaisquer

produtos e serviços não contribuirá para ampliar a oferta de conteúdo de qualidade para crianças e adolescentes que a sociedade tanto reclama. Antes, ao contrário”.

4. O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

A Constituição Federal de 1988 é um marco para a democracia e para o direito brasileiro. Representou uma reviravolta nos paradigmas individualistas e patrimonialistas. “Por certo, o novo perfil social almejado pelo legislador constitucional não poderia deixar intocado o sistema jurídico da criança e do adolescente [...]” (Andréa Rodrigues Amin, Curso de Direito da Criança e do Adolescente, 2008, Pág. 8).

Seguindo o rumo adotado pelos mais diversos agentes atuantes no âmbito internacional, a CF/88 consagrou a **Doutrina da Proteção Integral** infanto-juvenil, que se funda no reconhecimento da condição da criança e do jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial. Funda-se, ainda, na **prioridade absoluta** dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e no direito destes à convivência em família.

Este princípio está insculpido no art. 227, da CF/88, que foi introduzido em nosso ordenamento pela subscrição do Brasil à Resolução n. 44 da ONU.

O *Princípio da Prioridade Absoluta* estabelece “a primazia em favor das crianças e adolescentes **em todas as esferas de interesses** [...]. A prioridade deve ser assegurada por todos: família, comunidade, sociedade em geral e Poder Público” (Andréa Rodrigues Amin, 2008, Pág. 20) (grifo nosso).

Outro valor que deve guiar a política estatal referente “aos menores” é o do *Melhor Interesse*. Tal princípio tem origem anglo-saxônica e propõe que o Estado outorgue para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados.

“Com sua importância reconhecida, o *Best Interest* foi adotado pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959” (Andréa Rodrigues Amin. Pág. 27) – incluindo o Brasil, no qual, no entanto, ainda prevalecia a doutrina da situação irregular, que restringia seu âmbito de eficácia. Com a adoção da *Doutrina da Proteção Integral*, o referido princípio ganhou maior amplitude, abrangendo todo o público infanto-juvenil.

5. CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao propor a análise sobre a constitucionalidade da lei acima apresentada, faz-se patente que esteja claro o conceito de Direito Fundamental, haja vista que a controvérsia jurídica, a qual gira em torno do Projeto de Lei 5.921/01, refere-se à possibilidade de supressão de um Direito Fundamental em nome de outro (Liberdade de Expressão VS. Melhor Interesse da Criança e do Adolescente).

O Mestre George Marmelstein nos apresenta o seguinte conceito:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico (Curso de Direitos Fundamentais. Pág. 20).

Estamos diante, assim, de uma típica colisão entre direitos fundamentais, fenômeno comum em um Estado Democrático. Qualquer decisão tomada inclinar-se-á à restrição (parcial, ou, até, total) de um dos direitos. Por isso, deve o aplicador do direito estar munido de técnicas que garantam a segurança jurídica do ordenamento.

O Mestre Marmelstein, embasado na doutrina do jurista alemão Robert Alexy, explica que o caráter conflitivo entre certos direitos fundamentais, em determinados casos concretos, decorre de sua natureza principiológica:

“Esse fenômeno [...] decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais. Como se sabe, os princípios, ao contrário das regras, em vez de emitirem comandos definitivos, na base do ‘tudo ou nada’, estabelecem diversas obrigações [...] que são cumpridas em diferentes graus”. (Curso de Direitos Fundamentais, 2008, Pág. 367)

Por esse caráter de relatividade, não se pode sempre atribuir certeza absoluta quanto à sobreposição de um direito fundamental ao outro, o que aniquilaria o conflito.

Em suma, os direitos fundamentais dão contorno ao ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito. No entanto, nenhum deles pode ser tido como absoluto na medida em que degenerar a coexistência dos demais.

Assim, por sua importância, deve ser exercido um rigoroso controle sobre medidas tendentes a restringi-los. Dessa forma, encontramos, na utilização do Princípio da Proporcionalidade, ferramenta essencial para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

5.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO

A utilização de tal princípio, como fundamento para a resolução do conflito entre valores constitucionais, tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que “tem apontado três dimensões desse princípio: (a) a **adequação**; (b) a **necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência**; e (c) a **proporcionalidade em sentido estrito**” (Curso de Direitos Fundamentais, 2008, George Marmelstein. Pág. 347), com o intuito de conferir maior objetividade ao processo de análise e de proteger os direitos fundamentais das arbitrariedades, passíveis de ocorrer em qualquer julgamento de valor.

Em seu trabalho, o professor George expõe perguntas, as quais o jurista guardião constitucional deve fazer a si mesmo, com o objetivo de facilitar a aferição dos requisitos acima expostos.

Ao estudar a norma limitadora do direito fundamental, deve-se inquirir: “O meio escolhido é **adequado** para atingir sua finalidade?”. Os idealizadores do Projeto 5.921/01, como demonstrado no capítulo 2, têm o intuito de proteger a criança dos abusos decorrentes do emprego de técnicas publicitárias de vendas. Há que se buscar um liame racional existente entre o meio e os fins propostos.

O segundo quesito, o da necessidade, veda o **excesso** do ato que restringe o princípio normativo fundamental, assim como, também, veda a sua **insuficiência** em garantir o direito pretendido. “Portanto, para aferir a necessidade, deve-se perguntar: **o meio escolhido foi o ‘o mais suave’ entre as opções existentes?**” (Idem. Pág. 378) (grifos no original).

Constatados outros métodos menos prejudiciais ao direito limitado, pode, então, o Judiciário, interferir, anulando o ato limitador. Dessa forma, apenas o profundo estudo científico do caso concreto é que indicará os meios “mais suaves” e eficazes de proteção ao Direito Fundamental.

Por fim, chega-se ao terceiro quesito, que é o da proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, o pensamento norteador é o seguinte: “o benefício alcançado com a adoção da

medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar?” (Idem. Pág. 383).

É difícil não perceber o caráter subjetivista dessa etapa (“importantes para quem?”). Por essa razão, o professor George adverte que, em um primeiro momento, o aplicador do direito deve focar-se na conciliação dos interesses em jogo. Apenas no caso de falha desta técnica, passará o jurista à aplicação do *sopesamento de valores*.

A citada conciliação tem base no Princípio da Harmonização, que, segundo o Tribunal Constitucional alemão: “determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas” (Idem. Pág. 388). No entanto, existem casos em que essa meta – não atingir negativamente nenhuma das normas – não se faz possível. Apela-se, aí, para a utilização técnica supletiva acima exposta.

No sopesamento de valores (ponderação), o jurista, diante da colisão de direitos fundamentais, realizará uma decisão intelectual, na qual escolherá que norma deve prevalecer sobre a outra.

“Reconhecer a necessidade de sopesamento passa necessariamente pela aceitação da existência de hierarquia axiológica entre os valores constitucionais”, o que, na visão do autor, denota a problemática desta técnica, pois, do ponto de vista formal, não existe hierarquia entre direitos fundamentais. Porém, para o trabalho a que nos propomos, esta dificuldade se apresenta em menor escala, tendo em vista que o próprio texto da Carta Democrática de 1988, em seu artigo 227, atribuiu certa preponderância dos Direitos Fundamentais inerentes às crianças e aos adolescentes (*trecho do livro do George que diz preponderar a criança à liberdade de expressão).

6. CASO CONCRETO

O seguinte caso foi retirado do site do Instituto Alana.

6.1 MPF MOVE AÇÃO PARA IMPEDIR VENDA DE BRINQUEDOS EM REDES DE FAST FOOD.

“O MPF-SP (Ministério Público Federal em São Paulo) pediu, nesta segunda-feira (15/06/2009) que a Justiça suspenda a venda de brinquedos nas redes McDonald’s, Bob’s e Burger King. [...]”

Para o Procurador da República Márcio Schusterschitz da Silva Araújo, a estratégia de marketing de associar brinquedos a lanches como hambúrguer, batata frita e refrigerante influencia as crianças a consumirem alimentos que podem levar à obesidade infantil. ‘A associação com o brinquedo retira o fundamento de escolha do alimento. [...]’, disse o Procurador na ação.

‘A alimentação ofertada pelas rés é promovida com o objetivo claro de aumentar o consumo infantil de fast food e de determinar a inclusão desse tipo de alimento na dieta da pessoa’.

Márcio Schusterschitz afirma que o modelo de venda casada feito pelas redes de lanchonetes coloca o brinquedo como um prêmio ao consumo de um produto com altos índices de calorias e que traz riscos a saúde.

[...]

De acordo com informações do MPF-SP, o principal argumento das lanchonetes é que a responsabilidade sobre a alimentação das crianças é exclusiva de seus pais [...]. Mas Schusterschitz argumenta que isso contradiz o CDC (Código de Defesa do Consumidor), que não isenta o fornecedor de responsabilidade sobre uma prática abusiva.

O Código proíbe a exploração da fraqueza ou da ignorância do consumidor infantil, que, de acordo com Schusterschitz, é um público que não completou sua formação. ‘As crianças têm limitada capacidade de entendimento sobre o intento persuasivo das promoções de vendas a elas dirigidas’, ressaltou o procurador.

[...]. O Estatuto da Criança e do Adolescente também estabelece que as iniciativas particulares sobre as crianças devem, necessariamente, ser compatíveis com seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

(fonte:<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/NoticiaIntegra.aspx?id=6156&origem=23>)

7. Conclusão

I) A criança, como ser humano em processo de formação físico-psíquica, necessita de cuidados especiais, pois está mais apta e vulnerável a assimilar os estímulos provenientes do meio em que vive, já que seu senso crítico encontra-se em formação.

II) O dever e o direito dos pais de educar os filhos é constitucionalmente protegido. No entanto, a Constituição Federal de 1988 outorga a toda a sociedade, incluindo o

ente Estado, o dever de assegurar, com absoluta prioridade, saúde, educação, alimentação, cultura e dignidade como um todo a todas as crianças e adolescentes.

III) A exclusiva proteção à liberdade de expressão, em tempos em que o “ter” possui mais importância que o “ser”, devasta os objetivos de dignificação do ser humano.

IV) Diversos países reconheceram a necessidade de regulamentação do setor publicitário no que refere às estratégias mercadológicas direcionadas às crianças.

V) Assim, através dos estudos ora apresentados, chega-se à conclusão de que o tema merece maior realce em nosso cenário político e jurídico haja vista que o Projeto de Lei aqui comentado data do ano de 2001 e existem correntes (Juiz Estadual e Mestre em Direito Rafael Tocantins Maltez) que defendem que a publicidade, quando não pode ser completamente assimilada pelo público alvo (caso das mensagens publicitárias subliminares ou publicidade dirigida à criança), vai de encontro ao ordenamento jurídico preconizado pela CF/1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Bibliografia:

HARDT, Michel; NEGRI, Antonio – Império. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Record 2005.

LINN, Susan – Crianças do Consumo - A infância roubada. 1ª Edição. Ed. Instituto Alana.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo – Curso de Direito da Criança e do Adolescente. 3ª Edição. 2008. Ed. Lumen Juris Rio de Janeiro.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. 2008. Editora Saraiva.

MARMELSTEIN, George – Curso de DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2008. Ed. Atlas. São Paulo.

MALTEZ, Rafael Tocantins – Publicidade Subliminar – Mestrado em Direito – Pontfícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP. 2008.

REIS, Alberto O. Advincula; MAGALHÃES, Lúcia Maria Azevedo; GONÇALVES, Waldir Lourenço - Teorias da Personalidade em Freud, Reich e Jung. Vol. 7. Editora Pedagógica e Universitária. 1984.

MUSSEN, Paul Henry; CONGER, John Janeway; KAGAN, Jerome; HUSTON, Aletha Carol – Desenvolvimento e Personalidade da Criança. Tradução: Maria Lucia G. Leite Rosa. 4ª Edição. 2001. Ed. Harbras.

www.camara.gov.br/sileg/integras/571215.pdf

<http://www.conar.org.br/html/artigos/080605.htm>

<http://www.alana.org.br/>

DEBATE ABOUT THE LEGAL-LEGISLATIVE CONTROL OF COMMERCIAL ADVERTISING FOR THE PUBLIC CHILD

Abstract: This article aims to provoke, through scientific studies, the debate about the regulation of commercial advertising sector, limiting it in favor of psychological maturity, and social critic of children and adolescents. The work has four basic points. Initially, it examines the training of child personality. Then brings up legislative proposal (Bill 5921/01), prepared by Mr Luiz Carlos Hauly and Mrs. Maria do Carmo Lara, who is in Congress. The third point, expose themselves to criticism formulations bill. The fourth point is the concept of law and fundamental techniques to be used when analyzing the constitutionality of the proposal, considering that the measure aims to restrict the fundamental right of freedom of expression.

Key words: Development of Personality. Children's Advertising. Integral Protection of Children. Conflict between fundamental rights.