

A ÉTICA PUBLICITÁRIA E A ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE INFANTIL

Francisco Marchini Forjaz¹

RESUMO

O surgimento das técnicas publicitárias desenvolvidas com a finalidade de venda de produtos se deu em momento de forte crescimento do capitalismo, quando não era possível detectar os impactos decorrentes dessa atividade publicitária, em especial diante daqueles que hoje são reconhecidos como hipossuficientes, caso das crianças.

O crescimento do mercado publicitário resultou no desenvolvimento de uma ética própria, amparada no direito à livre expressão, reforçado e assegurado pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, há um claro paradoxo nessa garantia pois a atividade publicitária não se presta exclusivamente a garantir o direito de expressão e o direito dos cidadãos receberem informações acerca dos produtos colocados no mercado, ele deve, também, atender a princípios éticos delimitados na legislação específica e assegurar que tal atividade publicitária não infrinja a capacidade de julgamento de seu destinatário.

É exatamente com base nesse princípio ético, que deve preceder qualquer interpretação legal acerca da legalidade das publicidades, que a publicidade destinada ao público infantil deverá ser entendida como inaceitável e, portanto, ilegal.

Palavras-chaves: PUBLICIDADE INFANTIL. LIMITES ÉTICOS. PRINCÍPIOS.
REGULAMENTAÇÃO.

¹ Mestrando em Direitos Difusos e coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), advogado do escritório Melchior, Micheletti e Amendoeira.

1. INTRODUÇÃO:

O debate jurídico envolvendo os limites da publicidade vem contrapondo duas teses basilares entre os seus beneficiários e os seus destinatários. Os primeiros veem sua atuação amparada pela liberdade de expressão, direito fundamental intimamente ligado ao passado ditatorial brasileiro, associada também à livre iniciativa e à livre concorrência, estes fundamentos basilares da ordem econômica consagrada constitucionalmente. Já o segundo grupo visa limitar tal atuação visando resguardar outros direitos fundamentais ligados à cidadania, à dignidade da pessoa humana e, em relação ao objeto deste estudo, à necessidade de superproteção da criança e do adolescente.

O confronto de princípios constitucionais poderia ser (como de fato é) objeto de intensos debates acerca da ponderação na aplicação de cada um deles ou mesmo equilíbrio na atuação visando resguardar todos os princípios. Entretanto, a discussão acerca dos limites da publicidade vem se restringindo a raras ações judiciais promovidas por associações representativas de certos grupos ou à atuação do Conselho de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, que privilegiam os limites da legalidade e afastam, de certa forma, a discussão acerca dos **limites éticos que a publicidade deve atender**.

Não necessariamente as disputas ignoram em absoluto os limites éticos pautados pela sociedade e que se refletem em nossa Carta Magna e sistema legal, mas um dos objetivos deste artigo é justamente demonstrar que, especialmente na publicidade dirigida às crianças, os princípios, antes de se equilibrarem ou serem objeto de ponderação, devem nortear uma base ética a ser atendida por todos.

Afasta-se, com isso, a pretensão de discutir ou concluir quais são os princípios constitucionais que merecem guarida face às disputas existentes na atualidade acerca das publicidades expostas aos consumidores, e busca-se, sim, apontar os fundamentos históricos que levaram a publicidade nacional a um ponto de conforto no cenário legal brasileiro, em que a guarida aos direitos de expressão e

a repulsa à censura vêm permitindo claros abusos éticos no mercado publicitário.

A proposta central do artigo, portanto, é questionar – e ao final concluir – se, na esfera desse novo cenário ético, antes mesmo de legal, a publicidade direcionada ao público infantil ultrapassa os limites esperados pela sociedade e se cumpre o dever da própria sociedade e do Estado de assegurar à criança **com absoluta prioridade** o direito à educação, à cultura, à dignidade, ao respeito, colocando-as a salvo de toda forma de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão.

2) AMPARO LEGAL AO DESORDENADO CRESCIMENTO DA SOCIEDADE DE CONSUMO BRASILEIRA:

A publicidade, assim entendida a propaganda de ideias para fins comerciais, nasceu no seio da sociedade capitalista, tendo o Estado como seu maior exemplo e incentivador.

O crescimento da participação da sociedade civil no Estado Moderno e a adoção do modelo democrático fizeram dos Estados os maiores agentes propagadores de ideias e ideais do final do Século XIX e início do Século XX, com a realização de campanhas nacionalistas em especial com a finalidade de adesão às Grandes Guerras e conflitos internos separatistas. Com isso, as técnicas de propaganda e marketing passaram a ser objeto de estudo e o crescimento de capitalismo as transportou ao mundo da publicidade.

No Brasil, jamais houve, por mais de um século e meio desde a promulgação da Constituição do Império, qualquer regramento que tratasse especificamente de direitos de consumidores ou mesmo de sua proteção frente a informações trazidas por mensagens publicitárias. Tal Constituição, aliás, se limitou a prever a necessidade de criação de um Código Civil, que começou ganhar corpo um ano após através de Clóvis Bevilácqua. Ou seja, o arcabouço legal era mínimo, senão inexistente.

Em 1850, foi aprovado o Código Comercial que, como já era de se esperar, não trouxe nada relevante sobre direito do consumidor, regulando somente o tema dos contratos mercantis. Em 1890, já no final do século XIX, foi promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, que pela primeira vez apresentou um caráter mais estruturado e tipos penais articulados, que de certa forma poderiam ser relacionados, ainda que indiretamente, ao tema do direito do consumidor.

Veja que diferentemente do Código Penal do Império do Brasil, o novo Código afastava-se da pretensão de criar balizas orientadoras do comportamento da sociedade, visando, sim, a estruturação e organização das relações existentes. Entretanto, a realidade brasileira ainda era absolutamente diversa da existente em outros países, em que o consumo já se massificara e a produção industrial já começava a gerar problemas que extrapolavam a simples regulamentação das relações civis.

Ademais, no Brasil, até 1940 a população brasileira era predominantemente rural quando atingia, até então, 70% da população nos campos, segundo dados do IBGE. Nesse ponto, vale apontar a interessante observação de ANTONIO HERMANN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN (Código... 8ª ed. p. 343) acerca da publicidade dirigida aos hipossuficientes, quando inclui nesse grupo os rurícolas e moradores de periferia. Ou seja, para o autor está mais do que claro que a sociedade brasileira do início e meados do século XX era composta essencialmente de hipossuficientes (assim entendidos pelos parâmetros legais atuais).

Mas qual o efeito da transição dessa sociedade rural para a urbana? Segundo ERIC HOBBSBAWN² aponta, “*a mudança social mais importante e de mais longo alcance da segunda metade deste século e que nos isola para sempre do mundo passado é a morte do campesinato*”. Portanto, enquanto havia predominância da sociedade rural, não havia sequer a necessidade de disciplina dos Direitos dos Consumidores, que não poderiam ser entendidos naquele momento como grupo a ser tutelado pelo sistema legal vigente.

² **Era dos Extremos: o Breve Século XX: 1914 – 1991.** 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1994. p. 284.

Por outro lado, a sociedade urbana passava a se interessar pelas novidades decorrentes do novo sistema e passava a se sujeitar, cada dia mais, à manifestação publicitária existente. Assim, é exatamente nesse cenário absolutamente irregrado e sem qualquer intervenção estatal que a sociedade passou a adotar um **comportamento inercial** que será tratado adiante.

Nos países desenvolvidos, que já contavam com um aparato comercial extremamente sofisticado e as campanhas de publicidade das empresas tomavam contornos extremamente agressivos e sem qualquer limitação, grandes marcas surgiram e até hoje remanescem como as mais valiosas em todo o mundo, talvez ao custo de graves (e ainda desconhecidos) efeitos na sociedade.

RUSSEL MOKHIBER, no livro Crimes Corporativos, apresenta uma visão crítica às práticas comerciais dissociadas da ética e do dever de cuidado antes inerente ao agir do ser humano, demonstrando que a prática corporativa, em especial no período pós-guerra, era despida de princípios éticos, decorrência do próprio desconhecimento, pela sociedade, dos limites de atuação das pessoas jurídicas e da responsabilidade pelos atos por ela praticados.

Pois bem, nesse cenário em que a publicidade surgia como manifestação desse novo Estado, que se apoiava no regime capitalista, que por si só visava se consolidar como dominante sobre os estados socialistas, a sociedade civil passou a pautar suas aspirações e seu agir como cidadãos no próprio agir do mercado. A sociedade aspirava o consumo e o acesso a esse novo mundo, sem se dotar previamente de critérios e limites.

Nesse passo, considerando-se que no Brasil as oportunidades ainda eram escassas o desenvolvimento era o mote, o legislador preocupou-se em criar um sistema estável àqueles interessados em trazer seus produtos ao país, limitando-se, assim, à criação de mecanismos de proteção à marca e falsificação de produtos. Tal preocupação desenvolvimentista encontra claro exemplo na promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, quando a limitação às atividades industriais que causassem risco à saúde foi suprimida pela garantia do

livre exercício de qualquer profissão (artigo 72, §24), o que evidencia, novamente, a necessidade de atendimento às necessidades de estruturação da sociedade em um momento em que sequer havia a preocupação na sociedade brasileira de proteção aos direitos dos consumidores.

Com a entrada em vigor do Código Civil, ocorrida em 1917 – concretizado a previsão trazida pela Constituição do Império – começou-se a tratar de problemas relacionados com a industrialização, que passou a ter constante crescimento na época. É bem verdade que os avanços na esfera civil foram consideráveis, entretanto, a relação contratual era analisada sob a ótica da igualdade entre as partes e autonomia de vontade, ou seja, “*pacta sunt servanda*”.

Por cerca de três décadas de vigência do novo Código Civil, ainda prevalecia a idéia de regulamentação das relações entre individuais, sendo que as contratações com empresas não possuíam caráter de massa e atingiam pequena parcela da população. Foi exatamente com o crescimento da sociedade urbana a crescente industrialização experimentada ao longo das décadas de 50 a 70 que passaram a gerar a necessidade de regulamentação.

E MARCELO GOMES SODRÉ³ ainda afirma que “*tudo isto ocorreu dentro de um sistema capitalista que tende a aumentar as desigualdades sociais com o passar dos tempos*”, sendo “*neste contexto que surge um movimento social com o objetivo de proteger os consumidores e o direito vai ser um dos instrumentos utilizados para este fim*”.

E foi exatamente nesse momento que as constituições e demais legislação passaram a se preocupar com a figura do consumidor e necessidade de sua tutela, o que invariavelmente passaria a limitar a atuação publicitária e seus arroubos criativos, senão abusivos.

³ **A Construção do Direito do Consumidor: Um Estudo sobre as Origens das Leis Principiológicas de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2009. p.21.

No início da década de 60, ocorreu uma mudança no tipo de produção legislativa em defesa do consumidor: o enfoque penal perdeu força e deu lugar à legislação administrativa. Isto porque a produção industrial passou a crescer assustadoramente e exigir uma intervenção do Estado na economia. Com base nisso, criou-se um aparato legislativo maior e mais complexo, bem como a valoração das sanções administrativas. Impossível dissociar essa nova fase do momento desenvolvimentista nacional, majorado pelos governos militares.

Em outras palavras, deixou-se de lado a punição penal para olvidar esforços na fiscalização (“poder de polícia”), que é uma forma do Estado intervir no domínio econômico. Para tanto, foram criados alguns “Sistemas Nacionais” que posteriormente teriam relação com o tema do consumidor, quais sejam: Sistema Nacional de Saúde, “Sistema Nacional da Livre Concorrência” e “Sistema Nacional de Metrologia”. Esses Sistemas passariam, então, a fiscalizar a atuação e publicidade de seus integrantes, mais preocupados ainda, contudo, com a garantia de desenvolvimento de seus setores do que proteção aos efetivos tutelados.

Ao mesmo passo, a livre concorrência passou a ter especial guarida com a criação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão responsável pelo controle da concorrência (Lei 4.137/62), o que passou a refletir diretamente no controle estatal da concorrência e no conseqüente interesse, pela iniciativa privada, em criar meios de autorregulação que não implicassem na intervenção do Estado.

Posteriormente a esta data e mais precisamente até o ano de 1984, o período não foi fértil no que diz respeito às leis de defesa do consumidor propriamente ditas, o que deixa evidente que, apesar dos avanços, ainda não havia a idéia de priorizar a defesa do consumidor como tema nacional. Mais do que isso, não se enxergava que o desequilíbrio crescente nas relações de consumo poderia gerar um descompasso prejudicial para o próprio mercado e aos fornecedores.

Ainda que se tratasse de um período pouco fértil, foram criados alguns órgãos públicos estaduais – dentre eles o PROCON, em 1976 – e municipais, porém, sem qualquer coordenação no âmbito nacional, atuando de forma bastante

precária e sem qualquer respaldo prático governamental. Embora isso demonstrasse um avanço, ainda estava muito longe do ideal, pois faltavam instrumentos legislativos para garantir a eficácia destas entidades.

A efetiva contribuição decorrente da criação dos PROCONs foi a facilitação na reunião de pensadores do direito do consumidor e operadores do direito que já vinham se ocupando com a busca da criação de uma legislação protetiva aos consumidores em contraposição à legislação civil que refletiu na marginalização desse representativo grupo social. E foi nesse âmbito que nasceu o anteprojeto que mais tarde seria o hoje festejado Código de Defesa do Consumidor, aprovado em 1990, que traz previsões claras e precisas acerca da proteção dos consumidores, talvez pela primeira vez com o enfoque na proteção do destinatário do mercado de consumo e não de seu provedor.

O apontamento, ainda que breve, de parte do desenvolvimento da disciplina legal dos direitos dos consumidores ao longo do surgimento dos estados capitalistas cumpre a primeira preocupação deste artigo: demonstrar que o surgimento das previsões legais que tratam do tema vieram, em geral, dissociadas da realidade ética experimentada pelos consumidores e destinatários das mensagens publicitárias. Ou seja, o Estado esteve ocupado ao longo de mais de um século em garantir o crescimento e desenvolvimento do mercado, ainda que às custas da garantia de direitos individuais dos seus cidadãos.

Tal postura teve reflexo direto na forma como os consumidores enxergam e aceitam os limites publicitários existentes. A publicidade, e de forma geral a atividade econômica, não experimentaram no momento de sua implementação limitações que hoje são essenciais à preservação dos direitos individuais, e isso foi aceito pela sociedade de uma forma geral e institucionalizada.

O momento é de reflexão para que a lógica do mercado se inverta, sendo que no mercado publicitário tal inversão é possível com o estabelecimento de uma premissa ética que vise a preservação dos direitos dos indivíduos e, em especial,

daqueles considerados hipossuficientes, que encontra nas crianças – objeto deste estudo – o seu maior exemplo.

3) A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PENSAR ÉTICO:

Enquanto o mercado de consumo nacional se desenvolveu visando possibilitar o crescimento econômico de forma a flexibilizar ao longo de décadas a obrigatoriedade do agir ético pelos fornecedores, os demais sistemas legais não prescindiram de uma legislação especial (como o CDC), caso dos sistemas legais germânico, francês e anglo-saxão.

Isso porque em seus desenvolvimentos houve a preocupação em privilegiar, desde o surgimento de suas legislações civis, o equilíbrio de relações e a prevalência da ordem econômica sobre os interesses individuais e até mesmo alguns coletivos. A boa-fé objetiva, trazida ao ordenamento jurídico pátrio somente na década de 90 já era a base legal, por exemplo, do BGB Alemão (1900) e do Código Italiano (1942).

ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO⁴ afirma que o princípio da boa-fé “*assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito*”. O doutrinador reforça o entendimento de que os sistemas legais fundados na boa-fé objetiva tencionam a ação dos tutelados a agirem de acordo com a Lei, gerando maior equilíbrio e segurança jurídica nas relações. Portanto, enquanto os países desenvolvidos estruturavam suas sociedades em um sistema legal que privilegiava o equilíbrio entre os setores da economia, o Brasil caminhava para um perigoso caminho de proteção a setores de dominação econômica, o que fortaleceu a origem de colônia do país e reforçou a desigualdade social.

Tal escolha teve íntima relação, como já afirmado, com os governos militares de caráter desenvolvimentistas, que no âmbito da divulgação de informações, limitou sobremaneira a liberdade de expressão, a interferir não somente em manifestações culturais como no próprio mercado publicitário. A

⁴ **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 26.

censura é apontada como um dos grandes fatores de desenvolvimento de técnicas publicitárias, criadas com o objetivo de transmitir mensagens indiretamente sem que houvesse imediato conhecimento da mensagem a ser passada.

Pois bem, nesse sentido, em abril de 1978, foi aprovado o Código de Autorregulamentação Publicitária, documento cuja execução foi confiada ao Conselho de Autorregulamentação Publicitária – CONAR. Nesse momento estavam suspensas as liberdades públicas e em vigor o Ato Institucional nº 5, o que colocava a opinião, a produção cultural, a notícia e o anúncio submetidos à censura estatal.

Uma década mais tarde a Constituição de 1988 aboliu a censura e restabeleceu, como já dito, as liberdades de pensamento, criação, expressão e informação e, ainda, consagrou a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor. **O mercado de consumo, amparado pelo manto da livre expressão e visando manter a sua atuação dentro do limite da legalidade estrita, sem preocupar-se com os objetivos sociais de sua atuação, optou pela manutenção de um agir ético limítrofe, que sempre age no limiar máximo entre o seu direito de expressão constitucionalmente garantido e a lesão aos direitos individuais e coletivos.**

A indústria da comunicação brasileira, reconhecida internacionalmente pela qualidade criativa do conteúdo e da publicidade que produz, hoje opera nesse cenário, constantemente sendo questionada pela violação a direitos individuais, em especial à obrigatoriedade da sociedade em proteger a criança e sua integridade, violadas reiteradamente diante da maciça produção publicitária voltada a elas, que sequer possuem condições de compreender a mensagem que lhes é destinada.

Ponto que desde já merece contra-argumentação é a afirmação de que a limitação da publicidade supriria, a bem da verdade, o papel dos pais em limitar o acesso de seus filhos a tal material e esclarecer, dentro de uma sociedade capitalista, quais os limites de cada indivíduo dentro desse cenário capitalista. Ora, pretende-se defender o caráter didático e educacional da publicidade na sociedade, o mínimo a se fazer é possibilitar que o debate acerca de seus limites e a sua necessária regulação sejam exercidas por toda a sociedade, o que não ocorre hoje.

Outro fator de peso a amparar a impossibilidade de limitação ou regulamentação da publicidade direcionada ao público infantil é a mancha histórica em nosso país decorrente da censura ditatorial que tem reflexos até hoje, mais de 20 (vinte) anos após a promulgação da Constituição Cidadã, em nossa sociedade, que ainda se ressentem com qualquer tentativa de limitação do direito de expressão.

De qualquer forma, não se pode olvidar que o espírito legislativo da assembleia constituinte disciplinou no seu artigo 3º, I, que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “*a construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”, o que impõem uma atuação mais efetiva e contundente do Estado de da própria sociedade para garantia dessa liberdade.

EROS ROBERTO GRAU⁵, em sua obra que enfrenta a Ordem Econômica de acordo com a Constituição, trata com brilhantismo dos propósitos apresentados pela nova Carta Magna, apontando que “*sociedade livre é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações e não apenas enquanto liberdade formal, mas sobretudo, como liberdade real*”. E complementa reafirmando o objetivo da Carta “***à transformação da sociedade, transformação que será promovida na medida em que se reconheça, no art. 3º - e isso se impõe –, fundamento à reivindicação, pela sociedade, de direito à realização de políticas públicas. Políticas públicas que, objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada, não de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade***”.

O doutrinador estabelece a relação direta entre a Constituição Cidadã e a necessidade da população, carente de tutela pelos seus direitos sociais, de instrumentos que viabilizassem o reequilíbrio social já há muito tempo perdido. Portanto, é exatamente com base no princípio estabelecido no artigo 3º que se extrai a necessidade da criação de políticas públicas que devolvessem à população o equilíbrio social e a tutela de seus interesses de forma efetiva.

⁵ A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 13. Ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 216.

Por isso, a previsão constitucional de regulamentação e tutela aos direitos do consumidor seguiu a sua própria gênese, pois nasceu com a pretensão de dar azo às necessidades sociais e fornecer prestações positivas à sociedade, novamente fazendo uso das palavras de Eros Grau. **Portanto, mais do que prestações positivas, fixação de premissas ou princípios constitucionais a serem seguidos, trata-se da escolha de um novo caminho, que impõe o atendimento primário às necessidades do cidadão.**

Assim, somente será possível se falar em censura quando se estiver afirmando que há limitação de um direito fundamental. E não é de limitação que se trata a restrição a publicidade infantil, mas sim de garantia para a efetivação do papel garantista atribuído ao Estado.

Se a garantia à liberdade deve ser real e não mais meramente formal, o objetivo será, tal qual previsto na constituição, a preservação dos interesses dos indivíduos. Ao fornecedor se mantém incólume o direito à livre expressão e à comunicação acerca das qualidades e destinações de seus produtos e serviços, com a ressalva e proteção, contudo, de que tal não poderá ser dirigida ao público infantil, que passa, então, a receber efetivamente proteção especial.

Portanto, se antes o sistema legal se voltava à garantia meramente formal ao mesmo passo em que possibilitava a prática comercial predatória e a divulgação de publicidades agressivas e abusivas, o atual sistema não oferece guarida a tal postura, uma vez que vige a boa fé objetiva e a busca efetiva pela proteção aos indivíduos, que se constituem nos primados da nova ordem ética estabelecida.

Sob esse prisma, chega-se à segunda premissa que este trabalho objetiva: assumindo-se – por expressa previsão constitucional e legal – que as crianças receberão superproteção do Estado e da sociedade em função da sua hipossuficiência, surge o dever ético da sociedade, aí incluídos os fornecedores e todos os partícipes do mercado de consumo, em proteger este indivíduo, que não deverá ser submetido a qualquer comunicação sobre a qual não tenha o desenvolvimento necessário para criar um juízo próprio sobre seu conteúdo.

Isso significa que devem se fechar definitivamente todas as portas de acesso do mercado publicitário às crianças, que serão tratadas como intocáveis e hiperprotegidas pela sociedade? **Evidentemente que não.** Significa somente a alteração da premissa anteriormente vigente: deixa-se de criar todo e qualquer material publicitário com base no limite da legalidade, sempre sob o risco de violação dos direitos. A nova premissa, que evidentemente pende de regulação, passa a ser **o limite do aceitável, e não mais o limite do inaceitável. Parte-se da proibição como regra para que se encontre um meio justificável da mensagem pretendida ser veiculada sem que gere danos ao destinatário, agora protegido sob um definido manto ético.**

4) OS EFEITOS DA PUBLICIDADE INFANTIL E A PERSPECTIVA DE SUA LIMITAÇÃO E/OU PROIBIÇÃO:

A Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias está de posse do Projeto de Lei 5921/01, do deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR), que disciplina a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis. Na justificativa para apresentação do projeto o deputado defende que *“é preciso avaliar a relação entre publicidade e crianças”* especialmente considerando-se que ela *“promove uma verdadeira coação para a compra dos bens anunciados”*.

A proposta funda-se na inexistência, no Brasil, de qualquer regulamentação nesse sentido, sendo que nas palavras do relator na Comissão de Defesa do Consumidor, deputado Raimundo Gomes de Mattos (PSDB-CE), que apresentou parecer favorável ao projeto *“é importante criar mecanismos de proteção das crianças - alvo constante das peças publicitárias - que, não levando em conta a sua vulnerabilidade psicológica, exploram sua inexperiência e credulidade, levando-as a adquirir bens e serviços supérfluos”*.

Em nossa atual sociedade tratar-se-ia de uma garantia de certa forma óbvia, mas que em um dado momento chegou a ser relativizado frente à produção e prestação de serviços em massa e de forma padronizada. Isso significa que no necessário momento de desenvolvimento e crescimento da industrialização de cada sociedade foi necessária uma maior transigência para permitir a estabilização desse

novo modelo.

Entretanto, é importante compreender que em uma sociedade primária, em que os meios de produção e subsistência eram artesanais e o contato com os Fornecedores de produtos e serviços era realizado de maneira direta pelos então ‘consumidores’, a disciplina em relação à publicidade, em especial infantil, seria pontual e até certo ponto desnecessária.

A evolução que culminou na produção em massa pela sociedade capitalista, que hoje observa a quase totalidade dos produtos existentes no mercado de consumo como parte integrante desses sistemas de produção e que necessariamente sofrem com problemas decorrentes de falhas do processo produtivo, trouxe à tona novos valores e a exposição à inércia do indivíduo frente ao consumismo e à estrutura social-capitalista.

Fabíola Meira (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 243) refere-se à inércia como sendo o “*estado anímico que direciona o consumidor a adquirir produtos e serviços supérfluos e desnecessários (fenômeno característico e comum da sociedade atual) e o torna ainda mais fragilizado frente às práticas comerciais adotadas no mercado de consumo*”.

O comportamento humano passa, então, a ser descompromissado com a sociedade e o projeto de desenvolvimento, iniciado com base nas liberdades conquistadas pelo projeto iluminista passa a se fundar no inevitável risco que essa estrutura causa. Esse risco surge em diversas frentes, desde o próprio risco de esgotamento natural do planeta Terra⁶, passando pelos riscos causados pelo desenvolvimento tecnológico, até o próprio risco de uma ruptura na própria ideia de ser humano⁷.

⁶ Rachel Carson aponta em seu livro Primavera Silenciosa que “*temia que a tecnologia estivesse avançando em uma trajetória mais rápida do que o senso de responsabilidade moral da humanidade*”, em clara preocupação com a segurança dos avanços tecnológicos e a proteção às demais formas de vida existentes no planeta, inevitavelmente ligadas a um necessário equilíbrio do próprio ecossistema.

⁷ Esse é um dos fundamentos propostos por Hans Jonas para a criação de um modelo ético aplicável não somente às relações privadas, mas que também abarque os atos coletivos e a estabilidade social, afastando-se, com isso, o risco de extinção do modelo de sociedade e/ou humanidade tal qual os conhecemos hoje, definido pelo autor como uma “*mudança da natureza do agir humano*”.

Assim, a ideia geral de risco é inerente à própria existência humana, mas a diferença, nesse momento, **é que a própria sociedade legitima o novo modelo existente em que o risco se torna um dos fundamentos das atividades humanas**. Se antes a busca era justamente fugir dos riscos existentes na natureza e na sociedade, esta agora legitima uma estrutura indissociável do risco que ela causa.

Para SÉRGIO CAVALIERI FILHO⁸, *“o desenvolvimento tecnológico e científico, a par dos indiscutíveis benefícios que trouxe para todos nós, aumentou enormemente os riscos de consumidor, por mais paradoxal que isso possa parecer. Isto porque um só defeito de concepção, um único erro de produção pode causar danos a milhares de consumidores, uma vez que os produtos são fabricados em série, em massa, em grande quantidade”*.

ULRICH BECK retrata a construção dessa Sociedade Industrial de Risco, a legitimação desse modelo outorgada pela própria sociedade, **questionando, ao final, justamente se é possível estabelecer uma sustentação ética para esse novo cenário existente**. O descompromisso social afirmado no parágrafo anterior é tratado por Beck como uma *“cumplicidade geral”* que resulta em uma *“irresponsabilidade generalizada”*, justamente o ‘estado anímico’ mencionado pela Profa. Fabíola.

É exatamente nesse contexto que surge o grande problema do sistema atual: **a informação a ser fornecida acerca dos riscos inerentes aos produtos e serviços, as informações a serem fornecidas no momento da oferta e os riscos decorrentes da própria publicidade do produto**. A publicidade surge como um campo fértil decorrente da liberdade de expressão e da cumplicidade da sociedade civil ávida por cada novidade proposta pelo mercado.

É nesse âmbito que a publicidade nasce sem limites, amparada pela atuação aética da própria indústria e do mercado, tendo como limite norteador a

⁸ Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas. 2008. p. 212.

própria aceitação social sobre ela. Esse modelo, apesar de sofrer algum abalo decorrente dos Estados intervencionistas, sobrevive hoje com facilidade e, no Brasil, para citar o exemplo mais próximo, a regulamentação e repressão à publicidade que extrapola os limites socialmente aceitos é privada e possui pouco ou nenhum intervencionismo estatal.

E se há um expressivo e desconhecido risco decorrente da inércia da sociedade acerca dessa constante exposição, a situação das crianças é ainda mais grave e carecedor de intervenção, pois ao contrário dos indivíduos plenamente capazes, é possível apontar com segurança que as crianças não possuem discernimento e capacidade intelectual de compreender e racionalizar as informações publicitárias que lhe são destinadas.

Em casos extremos e de alto potencial lesivo já há regramento específico e atuação estatal (sobrepondo-se, então, à autorregulamentação): são as publicidades de bebidas alcoólicas e cigarros, que já possuem restrição de horários e tipos de mídias, deixando de expor as crianças e adolescentes ao risco inerente a esses produtos.

Entretanto, aqui cabe um questionamento pertinente ao tema desenvolvido: tratando-se a criança de hipossuficiente e sem capacidade de compreensão sobre riscos, todo e qualquer produto, mesmo aqueles que ostentem mero risco inerente de que trata o artigo 8º do CDC, serão potencialmente nocivos e enquadrados no artigo 10º do CDC? Deverá, frente ao problema, haver limitação a toda e qualquer publicidade a crianças e adolescentes visando impedir o abuso a suas deficiências de julgamento e incapacidade de compreensão?

Tal modelo, como dito acima, seria mais conservador e permitiria sua abertura na medida em que restasse demonstrada a possibilidade de direcionamento de material publicitário às crianças. Isso garantiria a implementação efetiva dos princípios da precaução (incerteza de dano) e da prevenção (conhecimento científico do risco). A alternativa a tal modelo seria iniciar a restrição de acordo com o princípio da prevenção, afastando-se das crianças e adolescentes aqueles riscos que já se tem conhecimento, mantendo-se a incerteza acerca dos

efeitos dos demais materiais apresentados às crianças e à compressão que elas terão dos mesmos.

Diante dos temas tratados é possível afirmar que a crescente pretensão de proibição à publicidade destinada às crianças decorre da consciência da sociedade civil ao novo agir ético estabelecido ao longo da última década, em reflexo direto das alterações legislativas que passaram a proteger e tutelar efetivamente os direitos individuais, ainda que em detrimento do necessário desenvolvimento econômico.

Com vistas ao rompimento do comportamento inercial observado pela população ao longo do período de crescimento do regime capitalista, a sociedade civil hoje pretende ocupar aos poucos o espaço concedido à publicidade como definidora do próprio ser humano, e o primeiro passo para isso é mediante a proteção daqueles que sequer têm condições de fazer tal escolha.

Seja mediante a integral ruptura, como propõe o Projeto de Lei 5921/01, seja mediante a possibilidade de efetiva participação da sociedade na definição dos limites da atuação do mercado publicitário voltado às crianças, a realidade hoje observada é de nascimento de um novo limite ético que deverá amparar um crescimento saudável, livre de interferências do modelo capitalista e da agressividade consumista observada atualmente.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. São Paulo: Editora Gaia, 2010.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas.

2008. p. 212.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: o Breve Século XX: 1914 – 1991**. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1994.

JONAS, Hans. **O princípio da Responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto / PUC-RIO, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT. 2006.

MOKHIBER, Russel. **Crimes Corporativos**. São Paulo: Scritta Editorial. 1995.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do Direito do Consumidor: Um Estudo sobre as Origens das Leis Principiológicas de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2009.

_____. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira, Patrícia Caldeira (coordenadores). 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.