

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PIERRE ANDREY RUTHES

**LIMITES À PUBLICIDADE, DESENVOLVIMENTO SOCIAL
E PROTEÇÃO À FAMÍLIA**

CURITIBA

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PIERRE ANDREY RUTHES

**LIMITES À PUBLICIDADE, DESENVOLVIMENTO SOCIAL
E PROTEÇÃO À FAMÍLIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de mestre em Direito Econômico e Sócio-Ambiental.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco

CURITIBA

2009

PIERRE ANDREY RUTHES

**LIMITES À PUBLICIDADE, DESENVOLVIMENTO SOCIAL
E PROTEÇÃO À FAMÍLIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de mestre em Direito Econômico e Sócio-Ambiental.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Antônio Jorge Pereira Junior
CEU - Centro de Extensão Universitária

Prof. Dr. Francisco Carlos Duarte
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 23 de janeiro de 2009

À Camila Linhares de Assis e aos meus pais:
Otávio Ruthes e Begair Salete Ruthes.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela dádiva da vida.

À PUCPR pela excelente formação proporcionada por meio do PPGD.

À CAPES por apoiar minha pesquisa.

Ao Centro Cultural e Universitário Marumbi (CCUM), pelo ambiente familiar e de estudo proporcionado.

Ao meu orientador, prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco, sempre zeloso e objetivo em seus apontamentos.

Ao professor Dr. Roberto Ferraz pelo incentivo ao estudo do Direito e o constante apoio as artes cênicas.

À Eva e à Isabel, pelo constante apoio e ajuda.

Aos estudantes de Direito: Bruno, Frederico, Michael, Thiago, Sérgio Willian e Wilk que formaram comigo um grupo de estudo para discutir o tema da publicidade abusiva e da dignidade da pessoa humana, embrião desta dissertação.

Ao estudante de direito Thiago Rocha da Fonseca e ao advogado Patrick Robert Ruthes pela ajuda constante nesta pesquisa.

À Dra. Ana Luiza Manzochi, pelo apoio e incentivo aos meus estudos.

Aos meus pais, Otávio Ruthes e Begair Salete Ruthes, sempre presentes nas minhas lutas, conquistas e vitórias.

À Camila Linhares de Assis por todo amor e alegria com que me ajudou nesta etapa de minha vida.

RESUMO

O ordenamento jurídico que regula a publicidade no Brasil denota uma preocupação do legislador em proteger a família, a criança e os adolescentes da publicidade ilícita. Destaca-se tal proteção no artigo 220 e seguintes da Constituição Federal que entre outras medidas estabelece limites à comunicação social, delegando à lei federal a regulação das diversões e espetáculos públicos e ao Poder Público a obrigação de informar uma série de medidas protetivas. Ainda, há a proteção legal disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto da Criança e do Adolescente entre outros. Além da legislação que disciplina a publicidade também existe a auto-regulação do setor realizada pelo CONAR por meio da aplicação do Código de Auto-Regulação Publicitária, cujas normas têm aplicação “interna corporis”. Esse estudo possibilita compreender como a Auto-Regulação de um setor profissional pode influir positivamente na garantia pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, ao núcleo familiar, bem como no desenvolvimento econômico, social e cultural de um país. Verifica-se no estudo da legislação que há uma proteção metaindividual, que perpassa o âmbito individual, em relação às publicidades ilegais. Ainda, tem-se que há limites na liberdade de expressão e informação da publicidade, sendo que as publicidades ilícitas não possuem a proteção do princípio constitucional da liberdade de expressão, visto que a sua existência é prejudicial ao exercício dos direitos dos cidadãos considerados individualmente e ao bem-estar geral, e além do mais, porque afetam direitos fundamentais da pessoa humana. Por fim, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana irradia-se como princípio informador para os direitos da personalidade e para toda e qualquer garantia positivada e até mesmo não positivada que garanta ao indivíduo a sua completa realização e desenvolvimento. Assim, verifica-se que a publicidade abusiva que afeta a família, a criança e a adolescência, encontra barreiras legais e constitucionais, sendo dever de todos resguardar os valores sociais e a proteção da entidade familiar, principalmente, quando a ofensa à família resulta em algum tipo de agressão à criança e ao adolescente.

Palavras-chaves: Direito Econômico. Publicidade Ilícita. Publicidade Enganosa. Publicidade Abusiva. Dignidade da Pessoa Humana. Família. Criança. Adolescência.

ABSTRACT

The laws that regulate the publicity in Brazil show a preoccupation of the legislator in protecting the family, the child and the adolescents of the illicit publicity. The article 220 and next of the Federal Constitution are outstanding such a protection, in that between other measures, establishes limits to the social communication, delegating to the federal law to regulation of the amusements and public shows and to the Public Power the obligation of informing a series of protective measures. There is still the legal protection disciplined in the Code of Defense of the Consumer, in the Statute of the Child and of the Adolescent between others. Besides the legislation that disciplines the publicity also exist the auto-regulation of the sector carried out by the CONAR through the application of the Code of Publicity Auto-regulation, which standards have application "interns corporis". This study makes possible to understand like the Auto-regulation of a professional sector can influence positively the guarantee for the respect to the dignity of the human person, to the intimacy, to the social interest, to the familiar nucleus, as well as the economical, social and cultural development of a country. It happens in the study of the legislation that there is a collective protection, what goes by the individual extent, regarding the illegal publicities. Still, there are limits what exists in the freedom of expression and information of the publicity, being that the illicit publicities have not the protection of the constitutional beginning of the freedom of expression, since his existence is damaging to the exercise of the rights of the citizens when they were considered individually and to the general well-being, and besides more, because they affect basic rights of the human person. Finally, it has been that the beginning of the dignity of the human person radiates like informative beginning for the rights of the personality and for all and any made positive guarantee and even not made positive what guarantees to an individual his complete realization and development. So, one checks that the abusive publicity that affects the family, the child and the adolescence, finds legal and constitutional barriers, being a duty of all to protect the social values and the protection of the familiar entity, principally, when the insult to the family turns in some type of aggression to the child and to an adolescent.

Words-keys: Economical right. Illicit publicity. Deceiving publicity. Abusive publicity. Dignity of the Human Person. Family. Child. Adolescence.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1. ANÁLISE JURÍDICA DA REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE..... | 15 |
| 1.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL..... | 16 |
| 1.2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..... | 19 |
| 1.2.1 PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..... | 21 |
| 1.2.1.1 PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE..... | 22 |
| 1.2.2 TIPOS DE PUBLICIDADE NO CDC E PUBLICIDADE COMPARATIVA..... | 26 |
| 1.2.2.1 PUBLICIDADE ENGANOSA..... | 26 |
| 1.2.2.2 PUBLICIDADE ABUSIVA..... | 29 |
| 1.2.2.3 CONTRAPROPAGANDA..... | 33 |
| 1.3 LEI Nº 4.680, DE 18 DE JUNHO DE 1965..... | 35 |
| 1.4 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..... | 40 |
| 1.5 LEI 9.294, DE 15 DE JULHO DE 1996..... | 42 |
| 1.6 CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES (CBT)..... | 44 |
| 1.7 A PROTEÇÃO À CRIANÇA, À ADOLESCÊNCIA E À FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO NACIONAL..... | 45 |
| 2. O CONAR (CONSELHO NACIONAL DE AUTO- REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA) E A AUTO-REGULAÇÃO DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA..... | 46 |
| 2.1 REGULAÇÃO..... | 48 |
| 2.2 AUTO-REGULAÇÃO..... | 51 |
| 2.3 CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CARP)..... | 53 |
| 3. CARÁTER COLETIVO DA PROTEÇÃO CONTRA A PUBLICIDADE ILÍCITA..... | 58 |
| 3.1 DIREITOS METAINDIVIDUAIS..... | 59 |
| 3.2 ARTIGO 81 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..... | 60 |
| 3.3 DIREITOS DIFUSOS..... | 61 |

| | |
|---|------------|
| 3.4 DIREITOS COLETIVOS..... | 64 |
| 3.5 DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS..... | 66 |
| 3.6 A OFENSA A INTERESSES E DIREITOS METAINDIVIDUAIS OCACIONADOS POR PUBLICIDADES ILÍCITAS..... | 67 |
| 4. PUBLICIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO..... | 72 |
| 4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 75 |
| 4.2 RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 77 |
| 4.3 DAS RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO DENTRO DA PUBLICIDADE..... | 79 |
| 5. PUBLICIDADE ABUSIVA QUE AFETA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FAMÍLIA..... | 82 |
| 5.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE PESSOA..... | 82 |
| 5.1.1 CONCEITO E TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 84 |
| 5.1.1.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE..... | 89 |
| 5.1.1.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 93 |
| 5.2 PUBLICIDADE ILÍCITA E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 95 |
| 5.2.1 PUBLICIDADE ABUSIVA QUE AFETA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FAMÍLIA..... | 99 |
| 5.2.1.1 PUBLICIDADE ABUSIVA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 100 |
| 5.2.1.2 PUBLICIDADE ABUSIVA E FAMÍLIA..... | 101 |
| CONCLUSÃO..... | 109 |
| REFERÊNCIAS..... | 113 |

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por objetivo realizar um estudo sobre o ordenamento jurídico que regula a publicidade no Brasil e como esse ordenamento protege a família, a criança e os adolescentes da publicidade ilícita, mais especificamente a publicidade abusiva.

A publicidade pode ser definida como a comunicação dirigida ao público com o objetivo de promover, direta ou indiretamente, uma atividade econômica¹. O Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, em seu artigo 8º, define a publicidade como a atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias. Nestes termos:

“Art 8º - O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”.

Aprofundando a análise jurídica do que seja publicidade socorrer-se-á do direito comparado, mais precisamente a legislação espanhola (Lei Geral de Publicidade 34/1988) que assim define o que seja publicidade em seu artigo 2º:

“Artículo 2.

A los efectos de esta Ley, se entenderá por:

Publicidad:

Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

Destinatarios:

Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que este alcance.”

Ainda, o Comitê de definições da América Association of Advertising Agencies (AAAA) oferece a seguinte definição²:

¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Conceito de Publicidade**. in Boletim do Ministério da Justiça, nº 349, outubro de 1985, p. 133.

² FADEL, Marcelo Costa. **Breves comentários ao código de auto-regulamentação publicitária do Conar**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 50, p. 153-170, abr. 2004, p. 164.

“ publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de idéias, como de bens e serviços, por um patrocinador identificado”.

Logo, percebe-se que a natureza jurídica do termo publicidade está ligada diretamente ao conjunto de meios necessários para que a informação de cunho comercial consiga convencer o público de que é necessário adquirir um bem ou serviço.

Por todas as análises acima feitas verifica-se que a publicidade tem como função primeira o caráter informativo, o qual deve conter os dados sobre a identidade do fornecedor ou consumidor, sobre o preço, a qualidade do serviço ou produto anunciado. Esse caráter informativo possui a finalidade de que após a demonstração do produto ou serviço e das qualidades a eles inerentes o consumidor seja convencido a decidir-se pela aquisição destes. Guinter Spode³ expõe que “a publicidade possui também o componente persuasivo, que, em sua essência, pretende mudar a ação ou inação do consumidor, levando-o a adquirir o produto ou serviço anunciado”.

A publicidade pode utilizar como veículo de propagação qualquer meio como internet, televisão, outdoors, rádio, etc. A Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965,⁴ em seu artigo 4º, considerava como veículos de divulgação “quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim consideradas as associações civis locais e regionais de propaganda bem como os sindicatos de publicitários”.

Assim, pode-se conceituar a publicidade como sendo a informação persuasiva de cunho comercial que objetiva mudar a ação ou inação do consumidor para que este adquira produto ou serviço anunciado por qualquer veículo de propagação.

Importante destacar que é costumeiro o equívoco em se confundir publicidade e propaganda. Publicidade como visto acima, restringe-se ao intuito comercial enquanto o termo propaganda tem em si um significado muito mais amplo, englobando o próprio termo publicidade, sendo esta espécie do gênero propaganda.

³ SPODE, Guinther. **O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.11, n.43, p.178-191, jul./set.2002, p. 182/183.

⁴ Referida lei que dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda, será analisada no item 1.3.

Luiz Antonio Rizzato Nunes⁵ socorre-se na etiologia para definir publicidade e propaganda:

“tomado pela etiologia, vê-se que o termo “propaganda” tem origem no latim “propaganda”, do gerundivo de propagare (coisa que deve ser propagada). Donde afirma-se que a palavra comporta o sentido de propagação de princípios, idéias, conhecimentos ou teorias. O vocábulo, “publicidade”, por sua vez, aponta para a qualidade daquilo que é público ou do que é feito em público.”

Rosangela Amatrudo⁶ expõe que comumente a publicidade é veiculada como sendo propaganda. Contudo, tomar publicidade e propaganda como sinônimos é um equívoco, pois enquanto o termo publicidade tem uma intenção comercial o termo propaganda possui uma intenção social e não negocial, possuindo um caráter ideológico, como por exemplo: difusão de idéias religiosas, políticas, cívicas, didáticas, humanitárias, científicas etc.

A confusão na utilização deve-se em parte aos diplomas legais. O artigo 5º da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, por si só comete um equívoco ao tomar a definição de publicidade para definir propaganda. Veja-se:

“ Art 5º Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado”.

O Código de Defesa do Consumidor também comete uma impropriedade que gera confusão quanto à aplicação dos termos publicidade e propaganda, pois no artigo 30 do referido Código qualifica a publicidade como informação relacionada a produtos e serviços e no artigo 56, XII refere-se à palavra contrapropaganda quando deveria utilizar-se do termo contrapublicidade para se evitar as confusões linguísticas costumeiras.⁷

Desse modo, ante ao breve estudo acima desenvolvido, nota-se o caráter fragmentário do tratamento deste tema no direito brasileiro, razão pela qual começar-se-á o desenvolvimento deste trabalho realizando uma análise jurídica da publicidade dentro do ordenamento jurídico nacional, assunto este tratado no capítulo “1” deste trabalho.

5 NUNES, Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material (arts. 1 a 54)**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 398.

⁶ AMATRUDO, Rosangela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, p. 173/174.

⁷ AMATRUDO, Rosangela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, p. 174.

Referido capítulo tem seu início abordando a Constituição Federal e a publicidade, em especial o artigo 220 que trata da comunicação social, demonstrando-se que a publicidade também é uma forma de comunicação social que engloba no seu feitiço a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação e que a publicidade deve respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Ao se estudar a disciplina legal da matéria publicitária estudar-se-á o Código de Defesa do Consumidor destacando a sua importância na proteção contra as publicidades ilícitas (enganosa e abusiva), uma vez que este estabelece várias normas de proteção, das quais se extraem princípios que orientam a atividade da publicidade e que também serão objeto de estudo desta dissertação.

A partir do estudo dos princípios e dispositivos legais constantes no Código de Defesa do Consumidor demonstrar-se-á que este diploma legal cita 2 tipos de publicidade aos quais atribui caráter de ilicitude: publicidade enganosa (artigo 6, inciso IV e artigo 37 parágrafos primeiro e terceiro) e publicidade abusiva (artigo 6, inciso IV e artigo 37 parágrafo segundo), mencionado a contrapropaganda (artigo 56, inciso XII) como sanção administrativa.

Após conceituar a publicidade abusiva e enganosa, bem como tecer comentário sobre a contrapropaganda, estudar-se-á a Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, que dispõe sobre o exercício da atividade de Publicitário e Agenciador de Propaganda, cujo estudo tem pertinência para esta dissertação, pois verifica-se nesta lei uma abertura legal para a autorregulação do setor publicitário. Também de fundamental importância o estudo do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ao dispor sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, torna-se uma importante ferramenta na proteção contra as publicidades ilícitas.

Ainda, estudar-se-á a Lei nº 9294, de 15 de julho de 1996, que regula o uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas, demonstrando-se que referida lei pode servir de forma analógica para regular outros tipos de publicidade abusiva, citando-se entre outros exemplos os princípios constantes no artigo 3º desta lei, como o princípio da não inclusão e participação de crianças e adolescentes em comerciais pode se estender para outros produtos.

Analisar-se-á, também, a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, vindo a regular os serviços de telecomunicações em todo o território do País e que apesar de ter sido quase totalmente revogado pela atual Lei Geral de Telecomunicações faz algumas menções no sentido de proteção e defesa das crianças, adolescentes e da família.

Após demonstrar-se que a legislação como um todo possui uma unidade de direcionamento que é a defesa das crianças, adolescentes e da família contra as publicidades ilícitas, abordar-se-á no capítulo 2 o fato de que, além da legislação que disciplina a publicidade também existe a auto-regulação do setor realizada pelo CONAR através da aplicação do Código de Auto-Regulação Publicitária. O estudo da publicidade, da regulação e da auto-regulação (CONAR e Código de Auto-Regulação Publicitária) possibilitará compreender como a Auto-Regulação de um setor profissional pode influir positivamente na garantia pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, ao núcleo familiar, bem como no desenvolvimento econômico, social e cultural de um país.

No capítulo 3, estudar-se-á o caráter coletivo da proteção contra a publicidade ilícita, devido a referidas publicidades atingirem interesses e direitos metaindividuais, desenvolvendo-se alguns apontamentos sobre o que são estes interesses ou direitos. Assim, estudar-se-ão os direitos metaindividuais que são classificados em direitos e interesses difusos, direitos e interesses coletivos (em sentido estrito) e direitos e interesses individuais homogêneos. Após se aprofundar nesta classificação, estudar-se-á a ofensa a interesses e direitos metaindividuais ocasionados por publicidades ilícitas.

O capítulo 4 tratará do tema da publicidade e liberdade de expressão e informação em que se estudarão os limites da liberdade de expressão e informação da publicidade, demonstrando-se que a liberdade de expressão não é um valor absoluto e que possui limites tanto constitucionais como legais, principalmente se colide com os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

No capítulo 5, estudar-se-á a publicidade abusiva que afeta a dignidade da pessoa humana e da família, começando por abordar o desenvolvimento histórico do conceito de pessoa, por meio do qual se consolidou o princípio da dignidade da pessoa humana em vários ordenamentos jurídicos como princípio fundamental e informador para a proteção do

ser humano. Também será demonstrado que a publicidade ilícita (enganosa e abusiva) também pode atingir bens jurídicos tutelados pelos direitos da personalidade, principalmente quando trata o consumidor como mero objeto esquecendo-se do respeito ao mínimo essencial que deve ser resguardado em todo ser humano. Após este estudo, adentrar-se-á na parte final desta dissertação em que se estudará a publicidade abusiva que afeta a dignidade da pessoa, da família, da criança e da adolescência.

Agora passar-se-á ao estudo da análise jurídica da regulação da publicidade.

1. ANÁLISE JURÍDICA DA REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE

A publicidade pode ser regulada de três formas: exclusivamente pelo setor privado, exclusivamente pelo Estado ou pelo sistema misto. No Brasil adotou-se, entre as três formas existentes para a regulação da publicidade, a forma mista. Assim, além da existência de regras legais e constitucionais, existe a auto-regulamentação do próprio setor publicitário por meio do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitário (CONAR), cujas normas possuem força contratual aos aderentes desse tipo de regulação. José Antônio Almeida⁸ destaca que:

“Assim, o direito a proteção contra a publicidade enganosa e não abusiva é direito primário do consumidor, direito este que não estaria efetivamente amparado se a proteção a publicidade fosse apenas a chamada autoregulamentação, ou controle privado da publicidade, que essencialmente leva em conta a proteção do princípio da livre concorrência, mas não a indispensabilidade da proteção ao consumidor. Daí a opção do CDC por um sistema misto, estabelecendo um controle estatal sobre a publicidade, sem prejuízo da atuação concorrente do CONAR (Conselho de Autoregulamentação publicitária), cujas normas têm força contratual aos aderentes do sistema.”

Passar-se-á agora ao estudo da regulamentação constitucional e legal da publicidade para posteriormente analisar-se a auto-regulamentação.

⁸ ALMEIDA, Antonio José. **Publicidade e defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 21, p. 105-111, janeiro/março 1997, p. 108-109.

1.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal, em seu capítulo V, artigo 220 e seguintes, trata da Comunicação Social, nos seguintes termos:

“220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.⁹

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

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

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso

⁹ O Art. 5º da Constituição Federal, bem como os incisos citados dispõem:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

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

II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.”

O artigo 220, caput, da Constituição Federal também regula a atividade publicitária apesar de não constar expressamente neste texto constitucional a expressão publicidade; isso porque a publicidade também é uma forma de comunicação social que engloba no seu feitiço a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação¹⁰. Ademais, a Constituição Federal, ao utilizar a expressão “sob qualquer forma”, tornou amplo o conceito de comunicação social.¹¹ Destaca-se também que a proteção constitucional abarca também os meios pelos quais a atividade publicitária é divulgada.

Em um primeiro momento é possível se pensar que a liberdade de expressão torna-se um valor intocável dentro do texto constitucional, contudo a própria Constituição Federal estabelece limites à comunicação social, ao dispor no parágrafo 3º e incisos do artigo 220 que cabe à lei federal regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias que não se recomendam, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada e estabelece os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Assim, a Constituição Federal determina que a lei federal respaldará valores sociais como a família e a higidez mental de crianças e adolescentes, bem como da própria pessoa e da família.

¹⁰ Tal afirmação é corroborada com o entendimento de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin que expõe que “Não há dúvida de que a publicidade é uma forma de comunicação social “. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 317).

¹¹ O inciso segundo, parágrafo terceiro, do artigo 220 menciona expressamente que a lei federal estabelecerá os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de propagandas de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Ainda, o artigo 221 da Constituição Federal traz uma série de princípios constitucionais que limitam a liberdade de expressão. Transcreve-se:

“Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

Constata-se pelo texto constitucional que a programação das emissoras de rádio e televisão deve observar certos princípios, possuindo um conteúdo preferencialmente educativo, artístico, cultural, informativo e que respeite os valores éticos e sociais da pessoa e da família. Como a publicidade, faz parte da programação das emissoras de rádio e televisão, a sua veiculação também deve observar os mesmos princípios que regem a produção e a programação destes veículos de comunicação, eis que é a parte do conteúdo exposto, e por tal razão também possui parâmetros constitucionais limitadores da total liberdade de expressão, contidos no artigo 221 da Constituição Federal.

Ao se falar em respeito a valores éticos e sociais da pessoa e da família o presente texto constitucional remete-se principalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual será objeto de estudo no capítulo 5 deste trabalho.

1.2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O artigo 5º da Constituição Federal, em seu artigo XXXII, estabelece que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. A defesa do consumidor é princípio constitucional constante no artigo 170, inciso V, que dispõe:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor”

Ainda, o Ato das Disposições Transitórias em seu artigo 48 determinou que após 120 dias da promulgação da Constituição Federal seria elaborado o Código de Defesa do Consumidor. Portanto, verifica-se que o texto constitucional estabeleceu como dever estatal a defesa do consumidor.

Cláudia Lima Marques expõe que o Código de Defesa do Consumidor traz uma definição mista, fluida e ampla de consumidor o que significa determinar quem será protegido eficazmente quando exposto a publicidade abusiva e enganosa. Referida autora tece o seguinte comentário:

“O legislador brasileiro recusa as definições normais de consumidor, o CDC inova e traz uma definição mista, fluida e ampla de consumidor *stricto sensu* (pessoa física ou jurídica, destinatário final de produtos e serviços) no artigo 2º e três outras definições de consumidores equiparados (parágrafo único do artigo 2º, art. 17 e artigo 29 do CDC). É necessário, pois, estar ciente da importância transcendente desta ampliação, pois estabelecer parâmetros e critérios para definir consumidor, em nossa realidade, significa determinar quem estará incluído neste setor de excelência do próprio direito, o direito do consumidor. Em épocas de forte desregulamentação e liberalização, o direito do consumidor é tolerado e ainda socialmente eficiente, porque é parte e contraponto necessário da atual linha de abertura e livre concorrência dos mercados latino-americanos. É o marketing o fiel da balança social do atual sistema econômico capitalista, pois se a concorrência traz maiores opções para os consumidores, é precisamente este direito tutelar que traz ao consumidor informação e segurança, impondo ao mercado importantes parâmetros de confiança, parâmetros de tratamento leal e de boa-fé não só entre concorrentes, mas entre estes e seus clientes e a sociedade em geral.

Assim, definir, concretizar, conceituar quem é consumidor significa determinar quem será protegido eficazmente em seu status de comprador, ou de vítima de um defeito do produto, ou de exposto a uma publicidade enganosa ou abusiva.(...) ¹²”

¹² MARQUES, Claudia Lima. **Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)**. Revista Jurídica, Porto-Alegre: nº 268, p. 39-71, fev. 2000. p. 46.

Rosângela Amatrudo¹³ expõe que o Código de Defesa do Consumidor aponta quatro conceitos distintos de consumidor constantes nos seguintes artigos: artigo 2º, caput; artigo 2º parágrafo único; artigo 17º e artigo 29º. Transcrevem-se abaixo referidos artigos para uma melhor compreensão desses conceitos:

“ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 2º, Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

O artigo 2º considera que pode ser consumidor toda a pessoa física ou jurídica que venha a adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final. O parágrafo único deste artigo por sua vez compara consumidor à coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis desde que estas tenham intervindo nas relações de consumo. Já o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, que está na seção referente à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, considera consumidor todos aqueles que forem vítimas de produtos ou serviços. Para este trabalho é de suma relevância a definição de consumidor posta no artigo 29 do referido Código, uma vez que esta definição se aplica diretamente à publicidade, pois equipara consumidor a todas as pessoas, sejam elas determináveis ou não, desde que expostas às práticas previstas no capítulo V (das práticas comerciais) e capítulo VI (da proteção contratual). Ainda, Claudia Lima Marques expõe que¹⁴:

“O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Parece-nos que, para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um

¹³ AMATRUDO, Rosângela. Publicidade abusiva. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, fls. 173/174, p. 165.

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2006, p. 358.

poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas as *práticas abusivas*. Estas, mesmo não sendo “consumidores *strictu sensu*”, poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas!”

O Código de Defesa do Consumidor estabelece e regula várias normas de proteção, podendo-se citar como exemplo os seguintes artigos: artigo 6º, inciso IV; artigo 30; artigo 35; artigo 36; artigo 37; artigo 38; artigo 56, inciso XII e artigo 60. Deles podem-se extrair alguns princípios que orientam a disciplina da publicidade; contudo, antes de aprofundar o estudo desses artigos, passa-se ao estudo de alguns princípios consumeristas ligados não somente às mensagens publicitárias como também relacionados a toda relação de consumo, eis que ao se retomar o conceito de publicidade desenvolvido na introdução deste trabalho¹⁵, verifica-se a sua direta ligação à prática consumerista, visto a publicidade ter por foco estimular o consumo de determinado serviço ou bem. Assim, o estudo de alguns princípios que regulam todas as relações de consumo, bem como daqueles específicos à prática publicitária são importantes para se estabelecer o grau de proteção que o Código de Defesa do Consumidor confere aos indivíduos atingidos pelas publicidades ilícitas.

1.2.1 PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que “a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”, elencando uma série de princípios para as relações de consumo.

Dos princípios elencados neste artigo, em especial para este trabalho interessa o estudo do princípio da vulnerabilidade do consumidor e o princípio da boa-fé.

a) Princípio da vulnerabilidade do consumidor

Este princípio também é conhecido como princípio da hipossuficiência e busca tutelar o consumidor frente a qualquer abuso econômico ocorrido por parte dos sujeitos

¹⁵ Na introdução desta dissertação, conceituou-se publicidade como sendo toda a informação persuasiva de cunho comercial que objetiva mudar a ação ou inação do consumidor para que este adquira produto ou serviço anunciado por qualquer veículo de propagação.

discriminados no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor¹⁶. Este princípio parte da premissa de que o consumidor não tem as mesmas condições que os empresários para o desenvolvimento do produto, nem possui meios para verificar se é verdadeiro o que se veicula sobre determinado produto.

Assim, o artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor torna expresso o princípio da vulnerabilidade do consumidor, reconhecendo a sua vulnerabilidade no mercado de consumo.

b) Princípio da boa-fé contratual

Cláudia Lima Marques¹⁷ ressalta que o princípio da boa-fé “é o princípio máximo orientador do CDC”. Ainda, expõe que a necessária harmonia nas relações de consumo será buscada na exigência de boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor. Tal é a importância deste princípio na matéria da publicidade que ele é tido como princípio corolário dentro da disciplina legal que regula a publicidade, como destacado abaixo.

1.2.1.1 Princípios da Publicidade

O artigo 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor estabelece como direitos básicos do consumidor “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. Ao longo do Código verifica-se a existência de inúmeros princípios que visam à proteção contra a publicidade abusiva e enganosa, dos quais destacam-se os seguintes:

¹⁶ O Código de defesa do Consumidor em seu artigo terceiro e parágrafos define a expressão fornecedor, bem como as expressões produto e serviço, nestes termos:

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor, o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 2006, p. 799.

a) Princípios corolários:

Paulo Vasconcelos Jacobina¹⁸ argumenta que na matéria publicitária existem dois princípios que podem ser considerados corolários dos demais, por terem influência em todos os princípios que regem a publicidade, sendo alicerces da matéria, aos quais dá o nome de “sobrepontos”, quais sejam: boa-fé e liberdade.

Assim, segundo Jacobina, o princípio da liberdade decorre dos princípios constitucionais da livre iniciativa (caput do artigo 170 da Constituição Federal) e da livre concorrência (inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal). Menciona, também, que contribuem para a formação do princípio da liberdade o princípio da manifestação do pensamento (inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal) e o princípio da liberdade de informação (artigo 220 e seguintes da Constituição Federal) mencionando referido autor que não se pode perder a perspectiva de que a publicidade é uma atividade comercial e não uma atividade artística, informativa ou de opinião. Destaca que a liberdade da publicidade é regra nos países de economia de mercado, contudo não existe liberdade fora ou acima da lei e que o direito é o limite de toda a liberdade¹⁹.

O princípio da boa-fé está disciplinado no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4º, III, que dispõe que as relações de consumo devem sempre ser regidas com base na boa-fé, nos seguintes termos:

“III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), **sempre com base na boa-fé** e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”

Desse modo, verifica-se que este princípio pressupõe que todos devem se comportar de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade durante todo o processo

¹⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 64-65.

¹⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 65.

obrigacional e que este comportamento seja coerente com a intenção manifestada evitando-se surpresas, seja na fase de formação, execução ou na fase de garantia.²⁰

b) Princípio da identificação da publicidade

Este princípio está previsto no artigo 36, caput, do Código de Defesa do Consumidor e determina que toda a publicidade deve ser veiculada de tal forma que seja fácil e imediatamente identificada como publicidade pelo consumidor.

Também está implícita a este princípio a idéia de que a publicidade deve ser ostensiva, ou seja, este princípio objetiva vedar a prática de técnicas psicológicas, mensagens implícitas, ocultas e indiretas.

c) Princípio da veracidade das mensagens publicitárias:

O artigo 37, parágrafos primeiro e terceiro do Código de Defesa do Consumidor regulam o princípio da veracidade ou da não-enganosidade da publicidade, segundo o qual é considerada antiética e ilegal a publicidade que apresenta informação inteira ou parcialmente falsa, que seja capaz de induzir o consumidor em erro seja por ação ou omissão a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

O parágrafo terceiro do artigo 37 toma o cuidado de definir que a publicidade é enganosa por omissão quando deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

d) Princípio da não abusividade

Este princípio tem seu respaldo legal no artigo 37, parágrafo segundo, que classifica como abusiva *“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.”*

Portanto, este princípio visa a proteger a inviolabilidade dos valores morais e culturais da sociedade.

²⁰ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 66.

e) Princípio da vinculação da oferta:

O artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor estipula que *“toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”*.

Assim, constata-se que referido princípio possibilita ao consumidor exigir do fornecedor o cumprimento da publicidade veiculada no exato termo da proposta.

f) Princípio da transparência

Este princípio impõe que a publicidade seja correta, verdadeira e completa. Observa-se que o artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor em seus incisos estipula que se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

g) Princípio da correção do desvio publicitário:

Este princípio encontra resguardo em diversos artigos do Código de Defesa do Consumidor, tais como o artigo 56, inciso XII que trata da contrapropaganda (a qual será abordada em item próprio). Referido princípio garante a reparação civil em caso de publicidade ilegal, além de determinar repressão penal e administrativa.

h) Princípio da inversão do ônus da prova dentro da matéria publicitária:

O artigo 36 parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor expõe que “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

Esta sustentação da mensagem é uma obrigação imposta ao fornecedor e se coaduna com o princípio previsto no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual o *“ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”*.

Assim, por força da Lei consumeirista existe a proteção do consumidor, pois verifica-se ser aplicável a inversão do ônus da prova, tendo os responsáveis pela publicidade a obrigação de demonstrar que a informação sobre o produto ou serviço anunciados é verídica.

Ainda, alguns princípios gerais consagrados no ordenamento jurídico brasileiro merecem ser citados nessa breve exposição exemplificativa, quais sejam: princípio da boa-fé; princípio da lealdade; princípio da liberdade; princípio da igualdade; princípio da ordem pública; princípio da legalidade; princípio da intervenção estatal; princípio da facilitação do acesso à justiça e o princípio do sancionamento das desconformidades de consumo, princípio da solidariedade obrigacional e princípio da responsabilidade objetiva .

1.2.2 TIPOS DE PUBLICIDADE NO CDC E PUBLICIDADE COMPARATIVA

A partir da análise dos dispositivos acima, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor cita 2 tipos de publicidade aos quais atribui caráter de ilicitude: publicidade enganosa (artigo 6, inciso IV e artigo 37 parágrafos primeiro e terceiro) e publicidade abusiva (artigo 6, inciso IV e artigo 37 parágrafo segundo). Menciona, paralelamente, a contrapropaganda (artigo 56, inciso XII) como sanção administrativa, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas, por infração das normas de defesa do consumidor.

Passar-se-á agora ao estudo das publicidades ilícitas para depois se analisar a contrapropaganda.

1.2.2.1 PUBLICIDADE ENGANOSA

A publicidade enganosa é definida pelo Código de Defesa do Consumidor no artigo 37 parágrafos primeiro e terceiro da seguinte maneira:

“§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

Para Guinter Spode²¹, publicidade enganosa é aquela que tenha sido capaz de induzir o consumidor em erro, nos exatos termos do disposto do artigo 37, parágrafo primeiro do Código de Defesa do Consumidor. Ainda, referido autor expõe que “a publicidade enganosa pode ser *comissiva*, quando o fornecedor afirma atributos que o produto em verdade não possui, ou *omissiva*, quando são ocultadas informações sobre um determinado produto que, conhecidas, determinariam a sua não aquisição²². Assim, a informação ou comunicação que não se pautar no princípio da boa-fé e que de qualquer forma induza o consumidor em erro aproveitando-se da sua vulnerabilidade, é classificada como publicidade enganosa, conforme artigo 37, parágrafo primeiro do Código de Defesa do Consumidor. Salette Fátima do Nascimento²³ assim expõe:

“Entretanto, a interpretação que se deve conferir aos dispositivos legais do CDC deverá sempre se pautar pela vulnerabilidade do consumidor, bem como pelo princípio da boa-fé, motivo pelo qual a análise da adequação da conduta do fornecedor não poderá ser feita segundo critérios de literalidade e sim de acordo com a verdadeira intenção da norma legal que foi, sem dúvida, de disponibilizar aos consumidores todas as informações capazes de orientá-lo em uma escolha acertada e consciente”.

Portanto, publicidade enganosa é qualquer modalidade de informação falsa que possa levar o consumidor ao erro. Essa informação falsa pode ser parcial ou inteiramente falsa, bem como se omitir de algum dado relevante que possa influir no poder de decisão do consumidor.

²¹ SPODE, Guinther. **O controle da publicidade à luz do código de defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.11, n.43, p.178-191, jul./set.2002, p. 179.

²² SPODE, Guinther. **O controle da publicidade à luz do código de defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.11, n.43, p.178-191, jul./set.2002, p.189.

²³NASCIMENTO, Salette Fatima. **Publicidade enganosa nos títulos de capitalização**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.16, n.63, p.330-350, jul./set.2007, p. 339/340.

A enganabilidade não está limitada aos tipos legais, os exemplos contidos no Código de Defesa do Consumidor são exemplificativos e demonstram que a publicidade deve ser elaborada levando-se em conta a vulnerabilidade do consumidor, vulnerabilidade esta que deve se pautar de acordo com o público a que o produto ou serviço é dirigido, eis que a publicidade pode levar ao erro determinada categoria de consumidores e outra um pouco mais esclarecida não se podendo dizer que “para cada tipo de publicidade há uma espécie de consumidor padrão (consumidor médio ou standart), isto é, um consumidor ideal classificado por região, cultura, ou nível social que poderá consumir o produto anunciado”²⁴

Rosângela Amatrudo²⁵ expõe que:

“o anunciante deve observar a importância de dados essenciais baseados na certeza de que, o público, de maneira geral, que por sua vez tem acesso às publicidades deve ser informado como se não tivesse acesso a nenhum conhecimento acerca do produto ou serviço objeto do anúncio publicitário. Porque as informações técnicas a respeito das características, quantidade, qualidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre estes, independem da situação cultural, social ou econômica do consumidor.”

Pela análise do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que a publicidade enganosa pode ser comissiva ou omissiva. Por comissiva, entende-se a publicidade em que o fornecedor afirma atributos que o produto ou serviço não o possuem enquanto que a publicidade enganosa por omissão é aquela em que se omite qualquer informação considerada relevante para influenciar o convencimento do consumidor no momento da aquisição de um produto ou serviço.

Da análise do artigo 37, parágrafo 3º, tem-se que existe enganabilidade por omissão quando o anúncio deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço, uma vez que tal omissão pode levar o consumidor ao erro. Essencial é a informação que resulta na venda ou não do produto, caso o consumidor a conheça.

Assim, verifica-se que a propaganda enganosa fere diretamente dois princípios, quais sejam: o princípio da transparência das relações de consumo e o princípio da devida

²⁴ AMATRUDO, Rosângela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, fls. 173/174, p. 201.

²⁵ AMATRUDO, Rosângela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, fls. 173/174, p. 201

informação, ambos disciplinados no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

1.2.2.2 PUBLICIDADE ABUSIVA

A publicidade abusiva é definida pelo Código de Defesa do Consumidor no artigo 37, parágrafo segundo, da seguinte maneira:

“É abusiva entre outras, a publicidade discriminatória, de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência do julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança”.

Verifica-se pela leitura deste artigo que o principal foco da proteção ante a abusividade da publicidade não está diretamente ligado a um caráter econômico e sim na proteção a ofensa de valores sociais. Rosangela Amatrudo²⁶ argumenta que “a maior preocupação do legislador seria não só a ofensa que uma publicidade abusiva poderia causar aos valores sociais, mas também, até que ponto estes valores poderiam ser alterados por ela”.

Guinther Spode²⁷ caracteriza a publicidade abusiva nos seguintes termos:

“Na caracterização da publicidade abusiva, a motivação dirigida ao consumidor é obtida por meio da apresentação de idéias falsas como se verdadeiras fossem e também pelo desrespeito aos valores incorporados pela média das pessoas. A publicidade abusiva configura, portanto, modalidade de abuso de direito.”

O rol de possibilidades de abusividade constante no artigo 37, parágrafo segundo, do Código de Defesa do Consumidor não é taxativo, e sim, meramente exemplificativo, por constar de forma literal a expressão “ **dentre outras...**”, o que aufere grande amplitude à definição de publicidade abusiva.

A definição exata de publicidade abusiva apresenta uma grande dificuldade, pois sendo ela um desrespeito aos valores incorporados pela média das pessoas, tem-se como primeiro desafio em sua classificação entender e classificar quais seriam estes valores²⁸.

²⁶ AMATRUDO, Rosangela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, fls. 173/174, p. 205.

²⁷ SPODE, Guinther. **O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.11, n.43, p.178-191, jul./set.2002, p. 189.

Não obstante a dificuldade de uma classificação precisa, tem-se que a norma constante no parágrafo segundo do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor classifica como abusiva a publicidade que causa danos a valores não econômicos (valores da sociedade) seja qual for sua extensão ou intensidade dos danos causados.

As espécies de publicidade abusiva elencadas no rol exemplificativo do Código de Defesa do Consumidor merecem uma breve análise:

a) Publicidade abusiva de natureza discriminatória

Este tipo de publicidade viola diretamente o disposto no artigo 3º, IV, da Constituição Federal que disciplina que:

“Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Desse modo, este tipo de publicidade viola diretamente o princípio constitucional da igualdade. Ainda, os valores sociais aviltados são os mais diversos, podendo se exemplificar os valores culturais, raciais, religiosos, políticos, profissionais, etc.

Portanto, a publicidade que de algum modo exerça qualquer forma de discriminação é tida por abusiva, por violar o princípio constitucional da igualdade, bem como os valores sociais acima descritos, entre outros.

b) Publicidade abusiva que incita a violência

Este tipo de publicidade apresenta a ilegalidade de estimular a violência social, violência como sinônimo de agressividade. Normalmente, as publicidades que incitam a violência trazem mensagens com agressões, lutas físicas, guerra e morte.

A proibição quanto a este tipo de publicidade não admite a incitação de qualquer forma de violência, seja entre homens, de homens contra animais, ou contra bens públicos.

²⁸ Como tal pesquisa não é objeto deste trabalho, limitar-se-á no capítulo 5 a estudar a questão da publicidade abusiva e a ofensa a família, criança e adolescência.

O maior valor social aqui resguardado é a vida pacífica em sociedade, bem como o bem psíquico das pessoas e principalmente das crianças. Estimular comportamentos agressivos fere entre outros princípios o da dignidade da pessoa humana.

c) Publicidade abusiva que explora o medo ou superstição

O Código de Defesa do Consumidor ao classificar como abusiva a publicidade que explora o medo ou a superstição tem por objetivo preservar os valores íntimos e pessoais. Explora o medo os anúncios publicitários que geram a sensação de desproteção e insegurança às pessoas e à sociedade, como por exemplo, publicidade que estimula a blindagem de automóvel como única forma de proteção para se proteger de armas de fogo, utilizando-se de cenas de violência e mostrando armas às quais a blindagem resiste.

A publicidade que explora a superstição pode ser caracterizada como aquela que explora a cultura de alguns povos, que acreditam, por exemplo, em magias e rituais. Essas crenças devem ser desvinculadas do mercado do consumo, pois a nossa constituição respeita a liberdade de credo e religião, não sendo lícito tentar explorar economicamente estas crenças. Pode-se, também, exemplificar como abusiva aquelas publicidades que exploram qualquer espécie de superstição seja qual for o seu intuito (econômico ou não).

d) Publicidade abusiva que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança

Este tipo de publicidade se aproveita do fato de as crianças estarem vulneráveis no mercado de consumo ante a sua pequena capacidade fisiológica e psíquica. O foco destes comerciais é estimular as crianças para que influenciem seus pais na aquisição dos produtos veiculados.

Também, veda-se a utilização de símbolos próprios ao imaginário das crianças, tais como animais falantes, ou personagens de histórias infantis, dentre outros. Também é considerada abusiva a publicidade que insinue que a criança que não consumir determinado produto seja menos importante que as demais, ou até mesmo faça com que a criança se sinta diminuída por não possuir determinado produto.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor, ao classificar como abusiva a publicidade que se aproveite da inexperiência de julgamento da criança está tutelando a

proteção à criança e ao adolescente com respaldo na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

e) Publicidade abusiva que desrespeita valores ambientais

Este tipo de publicidade é aquela que desrespeita os valores ambientais estimulando a agressão ao meio ambiente. Esta proteção além de estar disciplinada no rol exemplificativo constante no artigo 37, parágrafo segundo, do Código de Defesa do Consumidor, também está disciplinada no artigo 225, parágrafo único, da Constituição Federal, que dispõe o seguinte:

“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Portanto, qualquer publicidade que estimule a agressão ao meio ambiente além de abusiva viola a Constituição Federal, como exposto acima.

f) Publicidade abusiva capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde ou segurança

A publicidade exerce um grande poder de influência sobre o consumidor, podendo até mesmo levá-lo a exercer comportamentos prejudiciais ou perigosos a sua saúde e segurança. Como exemplo, pode-se citar as publicidades que veiculam o cigarro, pois quase sempre associam o ato de fumar a esportes radicais, sucesso profissional, saúde e prazer.

A realidade sobre o ato de “fumar” nunca é exposta (danos a saúde, câncer, envelhecimento da pele, dependência química, etc), visto que a publicidade busca persuadir os possíveis consumidores de que o cigarro traz a liberdade e a felicidade.

Logo, qualquer forma de publicidade que induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial a sua saúde ou segurança é considerada abusiva, pois atinge diretamente os valores sociais da vida digna, saúde e segurança.

1.2.2.3 CONTRAPROPAGANDA

A contrapropaganda pode ser classificada como uma publicidade involuntária, imposta como pena administrativa, tendo por objetivo desfazer a enganabilidade ou abusividade cometida.

A contrapropaganda está prevista no artigo 56, XII, que dispõe:

“As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas
(...)
XII – imposição de contrapropaganda.”

Ainda, o artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor, bem como seu parágrafo primeiro expressamente expõem que:

“Artigo 60 - A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do artigo 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.
Parágrafo primeiro – A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva”.

Aquele que anunciou a publicidade abusiva ou enganosa quando sofre a pena de contrapropaganda deve utilizar-se das mesmas condições da publicidade anteriormente divulgada e agora apenada, quais sejam: mesmo veículo de comunicação, mesma duração, mesmo horário. O intuito da contrapropaganda é esclarecer a ilicitude cometida e principalmente reparar o mal causado.

Paulo Luiz Durigan²⁹ faz esta observação nestes termos:

“No caso brasileiro, nossos legisladores não trataram de organizar em código ou lei específica as normas relativas à Publicidade como fez, por exemplo, o legislador português e o espanhol. A

29 DURIGAN, P.L. **Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência**. Curitiba, 2007, p. 268. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdades Integradas Curitiba. Disponível em <<http://www.apriori.com.br/artigos/publicidadecomparativa.pdf>>, p. 115. Acesso em: 15.11.2008.

Publicidade, em todo caso, está parcialmente disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor. Não há, entretanto, norma legal que trate diretamente da publicidade comparativa.”

A publicidade comparativa é aquela que tem o intuito de promover a implementação do consumo de determinado produto colocando-o em contraposição com determinadas características do produto concorrente, com a finalidade de demonstrar aos consumidores algum tipo de superioridade.

No Direito Brasileiro não há óbice legal a esta prática da publicidade, até mesmo porque quando a publicidade comparativa utiliza-se de informações verídicas, por si só estimula a competição entre fornecedores de bens e serviços em benefício do consumidor. A comparação de produtos torna a informação sobre eles mais cristalina e aumenta o discernimento do consumidor sobre a escolha do produto, evitando assim que o consumidor seja induzido ao erro ou ao engano.

Importante destacar que a comparação deve se utilizar de critérios objetivos, os quais devem ser facilmente identificados pelo consumidor, quais sejam: conteúdo específico e não geral; os elementos da publicidade devem ser facilmente identificáveis; a comparação deve ser exata.

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária após expor em seu artigo 32 que tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites, quais sejam:

- “ a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
- b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;
- c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
- d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
- f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimto à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;

h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio”.

Os princípios que regem este tipo de publicidade são o da veracidade e o da não abusividade. Qualquer violação, por menor que seja a estes princípios torna a publicidade comparativa ilícita.

O artigo 195 do Código de Propriedade Industrial estabelece em seu inciso I que quem “publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem” incide em crime de concorrência desleal, cuja pena é detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Ainda, tem-se que a publicidade comparativa possui punição quando se verificar que é enganosa ou abusiva. A publicidade comparativa enganosa é aquela em que o anunciante divulga apenas os dados que lhe interessam enquanto a publicidade enganosa abusiva está contida no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo segundo.

Por fim, verifica-se que a permissão da publicidade comparativa no ordenamento jurídico brasileiro deve-se principalmente ao fato de que o confronto de produtos é típico da livre concorrência; a publicidade comparativa estimula o aperfeiçoamento dos serviços e bens e consumo e principalmente pelo fato de que a informação comparativa serve para melhor esclarecimento do consumidor.

1.3 LEI Nº 4.680, DE 18 DE JUNHO DE 1965.

A Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, dispõe sobre o exercício da atividade de Publicitário e Agenciador de Propaganda, não pretendendo, em princípio, estabelecer normas sobre a publicidade em si. Seu estudo tem pertinência para esta dissertação, pois verifica-se nesta lei uma abertura legal para a auto-regulação do setor publicitário, conforme será analisado neste item³⁰.

³⁰ Verifica-se que a redação do artigo 17 da Lei 4680/1965 estabelece que a atividade de publicidade será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo Iº Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro. Assim, constata-se que o legislador respeitou as disposições existentes no Código de Ética dos Profissionais da Propaganda para a regulação da ética profissional, respeitando a autonomia do setor para regular as suas atividades, abrindo caminho para a auto-regulação do setor.

Importante ressaltar desde já que o artigo 5º desta lei comete uma impropriedade técnica, porque quando conceitua propaganda traz o conceito de publicidade. Transcreve-se:

“Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado.”

Como já dito na introdução deste trabalho, tomar publicidade e propaganda como sinônimos é um equívoco, pois o termo publicidade tem uma intenção comercial enquanto o termo propaganda possui uma intenção social e não negocial. Assim, constata-se que a própria lei que regula o exercício da profissão de publicitário não apresenta o correto conceito de publicidade. Desse modo, ao realizar-se uma análise jurídica da Lei 4680/1965, importante destacar tal equívoco legislativo, para se evitar confusões quanto ao tema estudado, uma vez que a lei ora em análise regula o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda.

O Capítulo I trata das definições do setor, sendo que o artigo 1º conceitua o que são publicitários, nestes termos:

“Art 1º São Publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente, exerçam funções de natureza técnica da especialidade, nas Agências de Propaganda, nos veículos de divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda.”

O artigo 2º, por sua vez, considera Agenciadores de Propaganda aqueles profissionais que estão vinculados aos veículos da divulgação e a eles encaminham propaganda por conta de terceiros.

O artigo 3º conceitua a Agência de Propaganda como uma pessoa jurídica, “especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público”.

O artigo 4º trata dos veículos de divulgação que para os efeitos da Lei são quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de

propaganda ao público, ressaltando que estes meios devem ser reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, considerando como tais as associações civis locais e regionais de propaganda e os sindicatos de publicitários.

O Capítulo II trata especificamente da “profissão de publicitário” mencionando que a designação profissional de Publicitário será privativa dos que se enquadram nas disposições constantes na presente Lei.

A Lei 4.680, de 18 de junho de 1965, considerou como publicitários aqueles que colaboraram, diretamente, no planejamento, execução, produção e distribuição da propaganda.

Ainda, nesta linha de legitimação dessa atividade profissional, o artigo 7º dispôs que a “remuneração dos Publicitários não Agenciadores será baseada nas normas que regem os contratos comuns de trabalho, assegurando-se-lhes todos os benefícios de caráter social e previdenciário outorgados pelas Leis do Trabalho”.

O artigo 8º, por sua vez, vem legitimar a profissão instituindo o registro da atividade profissional de publicitário, ressaltando ser obrigatório o registro para aqueles que se encontravam na profissão no prazo de 120 dias após a promulgação da lei. Verifica-se que ao regulamentar a profissão a Lei 4.680/1965 dispõe que para o citado registro, o Serviço de Identificação Profissional do Ministério do Trabalho exigirá o diploma de uma escola ou curso de propaganda; ou atestado de frequência, na qualidade de estudante; ou, ainda, atestado do empregador. Ainda, dispôs a Lei 4.680/1965 que se o publicitário já estivesse no exercício da profissão, o documento exigido seria a carteira profissional e prova do pagamento do Imposto Sindical.

O capítulo III regula a profissão de Agenciador de Propaganda, nos artigos 9º e 10, dispondo, em suma, que o exercício dessa profissão somente será facultado aos que estiverem devidamente identificados e inscritos nos serviços de identificação profissional do Departamento Nacional do Trabalho, e que para este registro os interessados deverão apresentar: prova de exercício efetivo da profissão, durante, pelo menos, doze meses, na forma de Carteira Profissional anotada pelo empregador, ou prova de recebimento de remuneração pela propaganda encaminhada a veículos de divulgação, durante igual período; atestado de capacitação profissional, concedido por entidades de classe e prova de pagamento do Imposto Sindical.

O capítulo IV trata das comissões e descontos devidos aos Agenciadores e às Agências de Propaganda, nos artigos 11 até 14 enquanto que o Capítulo V trata da fiscalização e penalidades ao descumprimento da Lei, nos artigos 15 até 17.

O capítulo VI, intitulado “Disposições Gerais”, dispõe no artigo 17 que a atividade de publicidade será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo Iº Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro. Aqui, percebe-se que o legislador respeitou as disposições existentes no Código de Ética dos Profissionais da Propaganda para a regulação da ética profissional, respeitando a autonomia do setor para regular as suas atividades. Verifica-se que referido Código de Ética surgiu anteriormente à regulação legal da atividade de publicitário, eis que datado de 1957 enquanto a Lei 4.680 é datada de 1965. Tal fato explica as impropriedades técnicas da lei referentes aos termos propaganda e publicidade, pois ao se analisar o Código de Ética dos Profissionais da Propaganda verifica-se as muitas familiaridades entre este e a Lei 4.680/1965.

Henrique Araújo Costa e Alexandre Araújo Costa³¹ destacam que o I Congresso Brasileiro de Propaganda (final dos anos de 1950) definiu as normas que até hoje organizam a publicidade e que anteriormente o setor publicitário era regulado por um convênio celebrado em fevereiro de 1949 pelas agências de propaganda, que na prática transplantou para o Brasil as regras que organizavam o funcionamento das agências norte-americanas que aportaram no país na década de 1930. Referidos autores expõem que:

“Antes dessa data, o setor publicitário era regulado por um convênio celebrado em fevereiro de 1949 pelas agências de propaganda, que na prática transplantou para o Brasil as regras que organizavam o funcionamento das agências norte-americanas que aportaram no país na década de 1930, juntamente com as empresas que elas representavam. Alguns meses depois da assinatura desse convênio, foi fundada a Associação Brasileira de Agências de Propaganda (ABAP), que se fortaleceu ao ponto de convocar, em 1957, um Congresso voltado a reestruturar o setor de propaganda.”

Ainda, expõem que neste congresso de 1957, foram elaborados o Código de Ética dos Profissionais da Propaganda (composto por recomendações e não por obrigações, uma

³¹ COSTA, Henrique Araújo e COSTA, Alexandre Araújo. **Direito da Publicidade**. Disponível no site <<http://www.arcos.adv.br/livros/direito-da-publicidade/capitulo-i-o-setor-de-publicidade/3-o-setor-de-publicidade-no-brasil/#topo>>, 2008. Acesso em: 16.11.2008.

vez que seus efeitos somente atingiam aqueles que aderissem ao referido Código) e as Normas-Padrão para o funcionamento das agências de propaganda (que substituiu o convênio de 1949, estabelecendo novas formas de remuneração para o setor publicitário, sendo que as agências de publicidade teriam direito a uma comissão uniforme - desconto padrão - de 20% sobre os gastos com veiculação de mídia.

Este sistema foi consagrado na Lei nº 4.680/65, mais especificamente em seu artigo 11, parágrafo único, que impôs aos veículos a obrigação de ter seus preços estabelecidos em uma tabela e de não conceder “nenhuma comissão ou desconto sobre a propaganda encaminhada diretamente aos veículos de divulgação por qualquer pessoa física ou jurídica que não se enquadre na classificação de Agenciador de Propaganda ou Agências de Propaganda, como definidos na presente Lei”. Verifica-se que referidas Normas-Padrão definiam as práticas consideradas condenáveis, cuja competência para interpretar e executar essas normas foi conferida à Associação Brasileira de Agências de Propaganda (ABAP). Nota-se que essas normas *interna corporis* resultaram da *auto-organização* das agências de propaganda, sendo estas a base da Lei nº 4.680/65, que até hoje regula o setor.³² Ainda, referidos autores ressaltam sobre a Lei nº 4.680/65 que:

“No final da década de oitenta, com a publicação da Constituição, chegou-se a argumentar que a liberdade de iniciativa fazia com que essa lei não fosse recepcionada pela nova ordem constitucional. Houve inclusive a iniciativa de algumas empresas que, sob o nome de “escritórios de mídia”, buscaram implantar verdadeiros *bureaux*. Porém, houve uma reação da ABAP, especialmente orientada por um parecer de Ives Gandra Martins, datado de 1989, em que ele sugeriu a ilegalidade dos *bureaux* e aconselhou a ABAP a tomar uma série de providências voltadas à desconstituição desses escritórios. Nesse embate, os *bureaux* não conseguiram se afirmar, até que foram explicitamente afastados do mercado pelas Normas-Padrão da Atividade Publicitária (NPAP) de 1998”.

As Normas-Padrão da Atividade Publicitária (NPAP) de 1998 foram elaboradas como uma resposta ao movimento de desregulamentação promovido pelo Governo FHC, que revogou em 1997 o decreto que conferia eficácia *erga omnes* às Normas-Padrão de 1957. Frente a essa tentativa de liberalizar o mercado, as entidades nacionais representativas dos Anunciantes, das Agências e dos Veículos se reuniram para elaborar as

³² COSTA, Henrique Araújo e COSTA, Alexandre Araújo. **Direito da Publicidade**. Disponível no site <<http://www.arcos.adv.br/livros/direito-da-publicidade/capitulo-i-o-setor-de-publicidade/3-o-setor-de-publicidade-no-brasil/#topo>>, 2008. Acesso em: 16.11.2008.

NPAP que até hoje organizam o setor de publicidade.³³ Importante, também, destacar que as regras atuais são resultado de um acordo entre as instituições que representam os interesses dos anunciantes, agências, e veículos, logo, são normas de auto-regulamentação.

Portanto, constata-se que a sistemática oriunda do Congresso de 1957, que deu origem ao Código de Ética que regulamentou o setor, composto por normas *interna corporis*, foi consagrado na Lei nº 4.680/65. Ainda, ao longo dos anos o setor publicitário foi se fortalecendo chegando em meados de 1980 a estabelecer um Código de Auto-Regulamentação Publicitária, cuja principal preocupação era com as repercussões sociais provocadas pela atividade publicitária, fazendo-se necessária a adoção espontânea de normas éticas mais específicas. Para tal, além da existência de um Código fazia-se necessário um Conselho que pudesse aplicar as normas constantes em referido instrumento, o que veio a acontecer poucos meses após a instituição do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária por meio da fundação do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), conforme será melhor aprofundado no capítulo “2” desta dissertação.

1.4 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Referido estatuto estabelece a proteção integral à criança e ao adolescente, considerando criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade. Ainda, expõe que nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

O Artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Ainda, o artigo 4º estabelece que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do

³³ COSTA, Henrique Araújo e COSTA, Alexandre Araújo. **Direito da Publicidade**. Disponível no site <<http://www.arcos.adv.br/livros/direito-da-publicidade/capitulo-i-o-setor-de-publicidade/3-o-setor-de-publicidade-no-brasil/#topo>>, 2008. Acesso em: 16.11.2008.

poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Como não poderia deixar de ser, o Estatuto da Criança e do Adolescente também apresenta em seus artigos dispositivos para a proteção contra a publicidade abusiva e enganosa quando disciplina em seu artigo 70 que o Estatuto busca prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. O artigo 71 ressalva a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, nestes termos:

“Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”

Referido artigo ao mencionar que a criança e o adolescente têm direito a informação e a produtos e serviços que respeitem a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento também obrigou que a publicidade respeite essa condição peculiar, eis que a publicidade, como já conceituada neste trabalho, é uma informação persuasiva de cunho comercial que objetiva mudar a ação ou inação do consumidor para que este adquira produto ou serviço anunciado por qualquer veículo de propagação.

Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente no Capítulo II, Da Prevenção Especial, Seção I, intitulado “Da informação, Cultura, Lazer, Esportes, Diversões e Espetáculos”, disciplina nos artigos 74 a 80 que o poder público, por meio do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Interessante observar nesses artigos o interesse do legislador em proteger a criança e adolescentes de programas e espetáculos inadequados a sua faixa etária, sendo que o parágrafo único do artigo 75 chega a restringir o ingresso e permanência de crianças menores de dez anos em locais de apresentação e exibição de diversões e espetáculos públicos, quando não acompanhadas dos pais ou responsáveis. Também o artigo 76 restringe a exibição pelas emissoras de rádio e televisão de qualquer programação, somente podendo ser exibido no horário recomendado para o público infanto-juvenil,

programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Ainda, a proteção à criança e ao adolescente se aplica a fitas e revistas que contenham material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes estabelecendo regras que impeçam o contato visual das crianças e adolescentes com o produto, tais como a comercialização com a embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

Destaca-se principalmente o artigo 79 que dispõe:

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

Referido artigo destaca o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família para as revistas destinadas ao público infanto-juvenil.

Portanto, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente procurou além de garantir o acesso das crianças e adolescentes a uma série de atividades e informações, buscou também resguardar sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, embora não venha exposto no Estatuto da Criança e do Adolescente a proteção contra a publicidade abusiva e enganosa, fica claro que a publicidade também deve respeitar a disciplina contida neste Estatuto, principalmente o teor dos artigos 74 a 80.

1.5 LEI 9.294, DE 15 DE JULHO DE 1996³⁴

A Lei número 9294, de 15 de julho de 1996, regula o uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas. Estipula que estes produtos estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do parágrafo 4º do artigo 220 da Constituição Federal.

O art. 220 da Constituição Federal em seu parágrafo 4º remete-se às restrições legais para a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e

³⁴ A Lei nº 10.167 de 27 de dezembro de 2000 alterou dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, quais sejam: art. 2º, 3º, 3º-A, 3º-B, 9º.

terapias, nos termos do inciso II do parágrafo 3º do artigo 220 do texto constitucional, o qual regula a matéria outorgando à lei federal a incumbência de estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221 da Constituição Federal, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O artigo 3º da Lei 9294/1996 restringe a divulgação da publicidade dos produtos mencionados no artigo 2º a pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda, estabelecendo no parágrafo 1º os seguintes princípios: não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas; não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar; não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes; não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais; não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo; não incluir a participação de crianças ou adolescentes.

Nota-se uma importante proteção às crianças e adolescentes quando no artigo 4º restringe-se o horário de exibição da publicidade de bebidas alcoólicas nas emissoras de rádio e televisão entre as vinte e uma e as seis horas.

O principal fundamento desta lei é impedir que a publicidade seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde. Interessante destacar a correspondência desta lei com outros dispositivos legais que defendem a criança, a adolescência e os valores sociais e da família.

Ainda, referida lei pode servir de forma analógica para regular outros tipos de publicidade abusiva, pois os princípios constantes no artigo 3º como o princípio da não inclusão e participação de crianças e adolescentes em comerciais pode se estender para outros produtos. Também, o princípio da não associação de idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas com insinuações de aumento de virilidade ou feminilidade

pode muito bem ser aplicado na restrição de publicidades que tentam vender que a utilização de determinada roupa, por exemplo, torna o usuário mais apto ao ato sexual³⁵.

Portanto, verifica-se que a legislação como um todo possui uma unidade de direcionamento que é a defesa das crianças, adolescentes e da família contra as publicidades que de alguma forma abusem de seu potencial de divulgação e propagação de idéias causando prejuízos de todo o gênero à família e por consequência à sociedade.

1.6 CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES (CBT)

Ainda, neste aspecto de unidade de direcionamento da legislação nacional em defesa dos interesses das crianças, adolescentes e da família contra as publicidades que de alguma forma abusem de seu potencial de divulgação e propagação de idéias registra-se a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, a qual instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações. Esta lei veio regular os serviços de telecomunicações em todo o território do País, inclusive águas territoriais e espaço aéreo, assim como nos lugares em que princípios e convenções internacionais lhes reconheçam extraterritorialidade, conforme disposto no artigo 1º deste Código. Contudo, este Código foi quase totalmente revogado pela atual Lei Geral de Telecomunicações.

O Código Brasileiro de Telecomunicações faz algumas menções no sentido de proteção e defesa das crianças, adolescentes e da família. Embora não trate especificamente da publicidade, referido Código estipula, por exemplo, no artigo 38 alínea “d”, que os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das empresas de radiodifusão estão subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão.

³⁵ Cita-se como exemplo deste tipo de publicidade a campanha publicitária da ELLUS JEANS DELUXE, a qual exibiu em outdoors, site e outros meios de comunicação modelos seminus, insinuando práticas sexuais. Neste caso houve o seguinte desdobramento: o Ministério Público de Santa Catarina ajuizou ação coletiva de consumo contra a ELLUS JEANS DELUXE, visando em sede de antecipação de tutela à cessação de publicidade, em outdoors, sites e outros meios de comunicação, em que se exibem modelos semi-nus, insinuando práticas sexuais, requerendo ainda multa de cem mil reais por descumprimento da cessação da publicidade, bem como condenação final de quinhentos mil reais, a título de indenização por danos morais difusos. O juiz de Direito Domingos Paludo em outubro de 2007 deferiu o pedido antecipatório e proibiu a ELLUS de divulgar as imagens da referida campanha publicitária em todos os meios de comunicação, destacando principalmente em sua decisão os outdoors, por entender que estes alcançam indiscriminadamente as pessoas, bem como em sites, por entender que estes alcançam o público em geral. Referida informação foi extraída da matéria publicada na internet, no site: http://www.tudocom.com.br/ci_tudocom/noticia/titulo/ellus-punida-por-publicidade/. Acesso em 12.12.2008

Verifica-se no artigo 53, alínea “h”, que o Código Brasileiro de Telecomunicações considera abuso do exercício da liberdade de radiofusão ofender a moral familiar, pública, ou os bons costumes.

Portanto, o Código Brasileiro de Telecomunicações também traz dispositivos legais que amparam a defesa dos interesses das crianças, adolescentes e da família contra as publicidades ilícitas.

1.7 A PROTEÇÃO À CRIANÇA, À ADOLESCÊNCIA E À FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

Pelo conjunto normativo discutido neste capítulo denota-se uma preocupação do legislador em proteger a criança, a adolescência e a família dos abusos no exercício da liberdade de expressão. Tal constatação é feita pela análise do artigo 220 e seguintes da Constituição Federal que entre outras medidas estabelecem limites à comunicação social, delegando à lei federal a regulação das diversões e espetáculos públicos e ao Poder Público a obrigação de informar uma série de medidas protetivas. Também, estabelece a Constituição Federal que cabe à lei federal respaldar valores sociais como a família e a higidez mental de crianças e adolescentes. Assim, os diplomas jurídicos que não respeitem esses valores estão sendo inconstitucionais.

O Código de Defesa do Consumidor ao regular especificamente o tema da publicidade, classifica como abusiva a publicidade que se aproveite da inexperiência de julgamento da criança. Ao se analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente verifica-se em seus artigos dispositivos para a proteção contra a publicidade abusiva e enganosa, que apesar de não enfrentarem diretamente o tema disciplinam os limites das informações transmitidas, a exemplo do artigo 71, que estabelece que a criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços desde que estes respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Ainda, as demais leis estudadas acima, com exceção da Lei 4680/1965 que regula a atividade de publicitário, apresentam artigos de proteção à criança, à adolescência e à família já estudados e demonstrados, mesmo que por aplicação analógica.

Portanto, a partir da diretriz constitucional e mesmo em virtude da recepção de leis mais antigas pelo texto constitucional constata-se a preocupação do legislador em proteger

a criança, a adolescência e a família dos abusos no exercício da liberdade de expressão, na qual estão inseridas as publicidades ilícitas.

2. O CONAR (CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA) E A AUTO-REGULAÇÃO DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

Conforme exposto no item 1 desta dissertação, no Brasil adotou-se a forma mista para a regulação da atividade publicidade. Após a análise legal e constitucional da matéria exposta no capítulo acima, passa-se agora à análise da auto-regulação do setor publicitário por meio do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), cujas normas possuem força contratual aos aderentes deste tipo de regulação.

Consta na introdução do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária³⁶ que fora instituído no ano de 1980 e firmado pelas seguintes atividades representativas do meio publicitário: ABAP (Associação Brasileira das Agências de Propaganda, representada por Petrônio Cunha Corrêa; ABA (Associação Brasileira de Anunciantes, representada por Luiz Fernando Furquim de Campos); ANJ (Associação Nacional de Jornais, representada por Roberto Marinho); ABERT (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, representada por Carlos Cordeiro de Mello); ANER (Associação Nacional de Editores de Revistas, representada por Pedro Jack Kapeller); Central de Outdoor, representada por Carlos Alberto Nanô. Também consta na introdução de referido Código que desde a sua instituição “várias outras associações representativas de novos veículos de comunicação publicitária, tais como emissoras de TV por assinatura, internet e marketing direto, aderiram ao Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária”.

Paulo Vasconcellos Jacobina³⁷, citando Petrônio Correia, menciona que os publicitários brasileiros, buscando o caminho da auto-regulação para o setor publicitário, aprovaram o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, com o propósito de impedir a interferência governamental nesta atividade.

³⁶ O referido código, bem como as informações constantes neste item estão disponíveis em: <<http://conar.org.br>> .

³⁷ JACOBINA, Paulo Vasconcelos . **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 27.

Da leitura atenta do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, fica claro que a principal preocupação das entidades representativas do mercado brasileiro de publicidade eram as repercussões sociais provocadas pela atividade publicitária, fazendo-se necessária a adoção espontânea de normas éticas mais específicas. Para tal, além da existência de um Código fazia-se necessário um Conselho que pudesse aplicar as normas constantes em referido instrumento.

Marcelo Costa Fadel³⁸ salienta que poucos meses após a instituição do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária foi fundado o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitário (CONAR), que é uma sociedade civil sem fins lucrativos, com sede em São Paulo e de duração ilimitada. Também, comenta que fazem parte do quadro social do CONAR entidades representativas das agências de publicidade, dos veículos de comunicação e dos anunciantes, além de diversas agências de publicidade, veículos de comunicação, anunciantes, fornecedores da indústria de propaganda, e ainda, por entidades privadas de âmbito nacional dotadas de personalidade jurídica e que objetivam a defesa do consumidor.

Ainda, referido autor³⁹ expõe que:

“O Conar apresenta como finalidade maior zelar pela aplicação do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, recebendo denúncias de consumidores, de autoridades, de associados, ou mesmo de sua diretoria, em face de qualquer empresa do mercado publicitário. Se não houver conciliação e a denúncia for julgada procedente, o Conar aplica sanção administrativa que, embora sem coerção legal, apresenta fortíssima coerção ética.”

O Conar tem por objetivo regular a ética no setor publicitário, para tal em sua sede recebe denúncias, as quais podem ser elaboradas por meio de cartas e telefonemas, de qualquer setor da sociedade (consumidores, empresas, agências, etc) . O Conar também age sem denúncias externas, podendo ele mesmo tomar a iniciativa de instaurar um processo. Importante frisar que referido conselho, apesar de ser uma sociedade civil sem fins lucrativos instaura os seus procedimentos com base nos princípios do contraditório, da

³⁸ FADEL, Marcelo Costa. **Breves comentários ao código de auto-regulamentação publicitária do Conar.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 50, p. 153-170, abr. 2004, p. 164.

³⁹ FADEL, Marcelo Costa. **Breves comentários ao código de auto-regulamentação publicitária do Conar.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 50, p. 153-170, abr. 2004, p. 155.

ampla defesa, da celeridade, simplicidade, da proibição da censura prévia, havendo previsão para decisões liminares e duas instâncias de recursos⁴⁰.

As decisões tomadas pelo Conar possuem força apenas *interna corporis*, como se observará adiante, pois trata-se de um conselho que se baseia na auto-regulação da atividade publicitária, tendo as suas decisões força cogente apenas aos membros associados. Assim, para tratar mais especificamente desta característica essencial do Conar, procurar-se-á diferenciar noções de Regulação e Auto-Regulação.

2.1 REGULAÇÃO

Regulação pode ser definida como um conjunto de regras de conduta e controle da atividade econômica, seja ela pública ou privada, tendo a finalidade de proteger o interesse público. João Marcelo Máximo dos Santos⁴¹ expõe que:

“Em outras palavras, regulação não é, mesmo do ponto de vista normativo, a simples imposição de regras, mas a intervenção normativante no ambiente econômico de modo a reduzir a liberdade ou indicar parâmetros de atuação que devem ser seguidos pelos agentes do mercado ou por aqueles que exercem determinada atividade.”

Ainda, referido autor ressalta que se pode compreender a regulação como sendo a intervenção no ambiente econômico, com vistas à manutenção de seu equilíbrio e a promoção de seu desenvolvimento. Menciona que este processo passa por ciclos de regulação e desregulação e que atualmente se assiste a uma mudança de posição por parte do Estado regulador, cujo foco deixa de ser o estabelecimento de regras de conduta para tornar-se a definição de uma estratégia eficiente de supervisão e controle adaptada à dinâmica econômica atual⁴².

⁴⁰ FADEL, Marcelo Costa. **Breves comentários ao código de auto-regulamentação publicitária do Conar.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 50, p. 153-170, abr. 2004, p. 155.

⁴¹ SANTOS, João Marcelo Máximo R. dos. **Visão jurídica da Auto-Regulação no Mercado de Seguros.** Revista Brasileira de Risco e Seguro. Volume I, Número I, Abril/Julho de 2005; disponível no site <<http://www.rbrs.com.br/paper/download/RBRS2_2%20%20Jo%20C3%A3o%20Marcelo.pdf>>, p. 02. Acesso em 10.11.2008.

⁴² SANTOS, João Marcelo Máximo R. dos. **Visão jurídica da Auto-Regulação no Mercado de Seguros.** Revista Brasileira de Risco e Seguro. Volume I, Número I, Abril/Julho de 2005; disponível no site <<http://www.rbrs.com.br/paper/download/RBRS2_2%20%20Jo%20C3%A3o%20Marcelo.pdf>>, p. 02. Acesso em 10.11.2008.

Floriano de Azevedo Marques Neto⁴³ entende que a regulação estatal compreende toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da atividade econômica.

Vital Moreira⁴⁴ expõe que:

“Como se referiu, há duas idéias que se ligam ao conceito etimológico de regulação: primeiro, a idéia de estabelecimento e implementação de regras, de normas, em segundo lugar, a idéia de manter ou restabelecer *o funcionamento equilibrado de um sistema* (V. Wright, 1992:1029, citando Hancher Moran). Estas duas idéias bastam para construir um conceito operacional de regulação econômica: *o estabelecimento e a implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos*”

Ainda, Vital Moreira⁴⁵ argumenta que o essencial do conceito de regulação é o de alterar o comportamento dos agentes econômicos (produtores, distribuidores e consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse regulação. Também se destaca no ensinamento de Vital Moreira⁴⁶ a sua explicação sobre as fases do processo de regulação. Transcreve-se:

“Um processo de regulação implica tipicamente as seguintes fases: formulação das orientações da regulação; definição e operacionalização das regras; implementação e aplicação de regras, controlo da aplicação das regras; sancionamento dos transgressores; decisão dos recursos. Condensando e agregando estes diversos níveis, podem ser reunidos em três etapas essenciais: (a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, código de conduta, etc.); (b) implementação concreta das referidas regras (autorização, licenças, injunções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento e punição das infracções. É por a regulação poder contar com estes três tipos de poderes – um normativo, um poder executivo e um poder parajudicial – que a doutrina norte americana refere as “comissões reguladoras independentes” como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial)”

⁴³ NETO, Florian de Azevedo Neto. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez de 2005/ jan de 2006, disponível no site: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf>>, p. 3. Acesso em 11.11.2008.

⁴⁴ MOREIRA, Vital. **Auto-regulamentação profissional e Administração Pública**. Coimbra, Almedina, 1997, p. 34.

⁴⁵ MOREIRA, Vital. **Auto-regulamentação profissional e Administração Pública**. Coimbra, Almedina, 1997, p. 36.

⁴⁶ MOREIRA, Vital. **Auto-regulamentação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 52.

A expressão regulação teve a sua introdução no direito brasileiro pela influência do modelo norte-americano de intervenção do Estado na economia por meio das agências⁴⁷.

No Brasil, as Agências Reguladoras são “*autarquias sob regime especial*”, unicamente criadas com a finalidade de *disciplinar e controlar certas atividades*⁴⁸. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁹ expõe que:

“Agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular as matérias que lhe estão afetas”.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁰ argumenta que:

“Algumas das atividades afetas à disciplina e controle de tais entidades são serviços públicos propriamente ditos (caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei 9.427, de 26.12.68, e da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei 9.472, de 16.7.97), ou são simplesmente exercitáveis em decorrência do contrato com o Estado, como é o caso da exploração da indústria do petróleo – ANP, criada pela Lei 9.478, de 6.8.97. Outras são *atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares*. É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício da livre iniciativa, sob disciplina de controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS, criada pela Lei 9.782, de 26.1.99 (hoje denominada ANVISA, por força de Medida Provisória 2.134-25, de 28.12.2000), e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei 9.961, de 28.1.2000. Finalmente, há ainda, agência reguladora de uso de bem público, que é o que sucede com a Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei 9.984, de 17.7.2000.”

Quanto à questão afeta aos meios de comunicação, mais especificamente à radiofusão sonora e de sons e imagens a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, (lei que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995) dispõe no artigo 211 que:

⁴⁷ SANTOS, João Marcelo Máximo R. dos. **Visão jurídica da Auto-Regulação no Mercado de Seguros**. Revista Brasileira de Risco e Seguro. Volume I, Número I, Abril/Julho de 2005; disponível no site <<http://www.rbrs.com.br/paper/download/RBRS2_2%20%20Jo%20C3%A3o%20Marcelo.pdf>>, p. 02. Acesso em 10.11.2008.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 13º ed., 2000, p. 132.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S. A. 13º ed., 2001, p. 394.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 13º ed., 2000, p.133.

“a outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica”.

Assim, tem-se que a competência para regular a matéria afeta aos meios de comunicação, ainda cabe à esfera do Poder Executivo, por meio da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu no artigo 1º que o Código Brasileiro de Telecomunicações veio a regular os serviços de telecomunicações em todo o território do País, inclusive águas territoriais e espaço aéreo, assim como nos lugares em que princípios e convenções internacionais lhes reconheçam extraterritorialidade. Embora não trate especificamente da publicidade referido Código estipula, por exemplo, no artigo 38, alínea “d”, que os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das empresas de radiodifusão estão subordinados às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão.

Importante observar que o legislador ao tratar da temática da regulação dos serviços de radiodifusão, principal meio de veiculação da publicidade, pouco falou sobre ela, o que faz com que em termos práticos a auto-regulação do setor ganhe importância, pois inexistente um órgão regulador com competência específica de fiscalização do comportamento dos agentes econômicos envolvidos no processo da atividade publicitária.

2.2 AUTO-REGULAÇÃO

Vital Moreira⁵¹ menciona que o conceito mais elementar de auto-regulação é a regulação realizada pelos próprios regulados. Expõe que a regulação pode também ser auto-regulação quando os regulados são também os reguladores, ou seja, quando há um esquema de organização adequado em que existem necessariamente decisões ou acordos estabelecidos pelas organizações representativas ou associativas. Exemplifica que tal pode ocorrer quando uma associação elabora um código deontológico para os membros da correspondente profissão ou quando uma associação emite um código de conduta sobre as normas de controle de qualidade e defesa do consumidor.

⁵¹ MOREIRA, Vital. **Auto-regulamentação profissional e Administração Pública**. Coimbra, Almedina, 1997, p. 52.

A auto-regulação apresenta três características principais, quais sejam: é uma forma de regulação e não ausência desta, sendo a auto-regulação uma espécie do gênero regulação; é uma forma de regulação coletiva e é uma forma de regulação não estatal⁵².

Ainda, nesta linha conceitual, Vital Moreira⁵³ argumenta que a auto-regulação só é “auto” na medida em que é estabelecida por uma instituição associativa ou representativa dos próprios agentes regulados, sendo de eficácia restringida aos membros da categoria “profissional” e que para cada um destes membros, individualmente considerados, as normas e medidas de regulação são heteronormas, a que eles não podem furtar-se de cumprir, a não ser no caso de abandono da associação. Assim, percebe-se que a auto-regulação atua apenas *interna corporis*, sendo possível o questionamento judicial sempre que houver ofensa à lei.

Paulo Vasconcelos Jacobina⁵⁴ menciona que auto-regulação não exclui e não está excluída pela lei, sendo uma instância de controle autônoma e independente, nestes termos:

“ De fato, a auto-regulação não exclui e não está excluída pela lei. Da mesma forma que a existência de auditorias internas nas empresas não excluem a necessidade de existirem auditores fiscais estatais, e que um médico que comete um homicídio culposo por imperícia profissional não está livre de responder tanto perante o seu conselho profissional quanto perante o Poder Judiciário. São instâncias de controle autônomas e independentes.”

Argumenta, ainda, que as sanções que podem ser estabelecidas pela auto-regulamentação são meramente admoestatórias, citando como exemplo o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária que prevê penas que vão da advertência à divulgação pública da posição de repúdio do Conar com respeito ao anunciante, à agência e ao veículo⁵⁵.

⁵² MOREIRA, Vital. **Auto-regulamentação profissional e Administração Pública**. Coimbra, Almedina, 1997, p. 52-53.

⁵³ MOREIRA, Vital. **Auto-regulamentação profissional e Administração Pública**. Coimbra, Almedina, 1997, p. 56.

⁵⁴ JACOBINA, Paulo Vasconcelos . **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 28.

⁵⁵ JACOBINA, Paulo Vasconcelos . **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 29.

A auto-regulação existente no meio publicitário brasileiro e tutelada pelo CONAR não foge da finalidade *intera corporis* da auto-regulação. Transcreve-se a análise de Evelena Boening⁵⁶:

“Ao final ficou a certeza de que o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR é uma entidade de direito civil que, como todas as outras, tem seus poderes estatutários limitados pelo que as normas legais vigentes permitem, ou proíbem. O substantivo conselho não lhe atribui maiores poderes, podendo ser substituído por associação, grêmio, clube ou qualquer outro coletivo equivalente. Tampouco, o adjetivo nacional lhe empresta prerrogativa jurisdicional e/ou o torna imune a ela. A finalidade de auto-regulamentação tem força apenas *interna corporis*, sendo passível de questionamento judicial sempre que houver interesse, legitimidade e possibilidade jurídicas.”

Assim, o CONAR é um conselho de classe que busca garantir a ética no meio publicitário por meio da aplicação do Código de Auto-Regulamentação Publicitária no intuito tanto de garantir aos consumidores a adoção de comportamento ético pelo setor publicitário, como também na proteção das próprias empresas que atuam no mercado de publicidade. Mario Frota⁵⁷ argumenta que “a Auto-Regulação inscreve-se, por um lado, nas preocupações de específica proteção das empresas em um mercado concorrencial e, por outro, de modo direto ou reflexo, na garantia oferecida aos consumidores de adoção de determinados comportamentos suscetíveis de se conformarem aos interesses e direitos que lhe são próprios.”

2.3 CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CARP)

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária foi instituído com o objetivo de controlar a ética no setor publicitário, principalmente no que tange a abusividade e enganiosidade. Este controle busca favorecer e ampliar a concorrência entre os diversos agentes econômicos, garantir a devida informação sobre os bens anunciados, evitar que o exercício do poder de persuasão busque transformar gostos por meio da

⁵⁶ BOENING, Evelena. **Porque o CONAR**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 4, p. 201-224, nov. 1992, p. 206.

⁵⁷ FROTA, Mario. **Auto-Regulação: Vantagens e Desvantagens**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 4, p. 43-51, nov. 1992, p. 43.

“diferenciação artificial” de produtos e serviços e limitar o potencial de modificação de opiniões, de comportamentos e de padrões culturais⁵⁸.

Marcelo Costa Fadel⁵⁹ expõe que este controle sintetiza a limitação dos princípios da liberdade de expressão e da livre iniciativa pelos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da função social da propriedade, todos de natureza constitucional e que, ao serem exercidos pelo próprio meio publicitário (anunciantes, agências publicitárias, veículos de comunicação, etc), garantam uma maior agilidade para corrigir os desvios, servindo de resposta às críticas do consumerismo.

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária vem estabelecer em seu preâmbulo, composto por sete artigos, um padrão ético e moral à publicidade como pode-se perceber pela leitura dos artigos 1º a 3º, os quais dispõem respectivamente que: o anúncio deve ser respeitador e se conformar com as leis do país, sendo honesto e verdadeiro; que todo anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar de forma depreciativa, diferenciações sociais decorrentes do maior ou menor poder aquisitivo dos grupos a que se destina ou que possa eventualmente atingir; que todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor. Ainda, no artigo 4º tem-se a imposição que todo anúncio deve respeitar os princípios de leal concorrência e no artigo 5º que nenhum anúncio deve denegrir a atividade publicitária ou desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta à economia como um todo e ao público em particular. No artigo 6º dispõe como norte da publicidade o fato de que esta deve estar em consonância com os objetivos do desenvolvimento econômico, da educação e da cultura nacionais. Por fim, o preâmbulo tece uma recomendação no artigo 7º para que os anúncios sejam criados e produzidos por Agências e Profissionais sediados no país justificando esta recomendação pelo fato de a publicidade exercer forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população.

O Código de Auto-Regulamentação Publicitária estabelece seus objetivos a partir do artigo 8º até o 13 valendo destacar o artigo 8º que explicitamente considera como o

⁵⁸ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 9, p. 25-57, jan. 1994, p.46-48.

⁵⁹ FADEL, Marcelo Costa. **Breves comentários ao código de auto-regulamentação publicitária do Conar.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 50, p. 153-170, abr. 2004, p. 164.

principal objetivo do Código a regulação das normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias. Destaque também merece o artigo 9º que estabelece o princípio da identificação da publicidade juntamente com os artigos 28 e 31, os quais recebem respaldo no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor.

A seção 3 do Código de Auto-Regulamentação Publicitária traz as formas pelas quais referido diploma legal deve ser interpretado; já o artigo 14 menciona que o Código deve ser aplicado no espírito tanto quanto na letra. O artigo 15 disciplina o sentido geral de aplicação dos dispositivos contidos no Código determinando que os padrões éticos de conduta disciplinados neste devem ser respeitados por todos os que estão envolvidos na atividade publicitária. Ainda, o artigo 16 reconhece que a concepção do Código deu-se como um instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, contudo expõe que é também destinado ao uso das autoridades e tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio.

Após a exposição do sentido geral da efetiva aplicação do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (seja no meio publicitário, seja como fonte subsidiária de aplicação do Direito), o artigo 17 vem disciplinar a forma pela qual deve-se aferir a conformidade de uma campanha ou anúncio aos termos do Código, regulando que o teste primordial deve ser o impacto provável do anúncio, como um todo, sobre aqueles que irão vê-lo ou ouvi-lo. Assim, tem-se que a análise da conformidade da publicidade ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária parte de uma análise global para somente a partir desta, examinar-se detalhadamente cada parte do conteúdo visual, verbal ou oral do anúncio, bem como a natureza do meio utilizado para sua veiculação.

Como o principal objetivo da seção 3 do Código de Auto-Regulamentação Publicitária é esclarecer as formas de sua interpretação não poderia faltar uma sucinta explicação quanto aos principais termos utilizados no meio publicitário. Assim, o artigo 18 vem dirimir este problema, elencando um rol explicativo destes termos, os quais englobam as expressões anúncio, embalagens, rótulos, folhetos, material de ponto-de-venda, produto e consumidor. Para os efeitos do Código, a palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato,

abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule, tecendo a restrição de que a palavra anúncio só abrange a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo anunciante. Também expõe que embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são considerados formas de publicidade. Ainda, vem explicar que a palavra produto, inclui bens, serviços, facilidades, instituições, conceitos ou idéias que sejam promovidos pela publicidade. Por fim, o artigo 18 define como consumidor toda pessoa que possa ser atingida pelo anúncio, seja como consumidor final, público intermediário ou usuário.

O capítulo II do Código de Auto-Regulamentação Publicitária estabelece os seguintes princípios: princípio da honestidade; princípio da não exploração do medo, superstição e violência; princípio da apresentação verdadeira; princípio da identificação publicitária; princípio da limitação da propaganda comparativa; princípio da segurança do anúncio publicitário; princípio da proteção da intimidade; princípio da proibição de anúncios que incitam a poluição e o descaso pela ecologia; princípio da proteção às crianças e aos jovens; princípio da proteção ao direito autoral.

De uma forma geral, esses princípios buscam garantir que toda a atividade publicitária se guie pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar, conforme disciplinado no artigo 19 do Código de Auto-Regulamentação Publicitária.

Destaca-se principalmente no artigo 19 a ênfase à proteção da dignidade da pessoa humana e do núcleo familiar. Essa preocupação pode ser observada, por exemplo, quando no artigo 22 o Código fala sobre a decência, colocando-a no patamar de princípio, disciplinando que os anúncios não devem conter afirmações ou apresentações visuais ou auditivas que ofendam os padrões de decência que prevaleçam entre aqueles que a publicidade poderá atingir. Assim, quando se fala em núcleo familiar, em criança e adolescência tem-se que os padrões de decência devem respeitar a dignidade da pessoa humana e da instituição da família, atendendo especialmente às características psicológicas da audiência-alvo. Não é sem razão que o Código de Auto-Regulamentação Publicitária estabeleceu no artigo 37 o princípio da proteção à criança e ao adolescente dispondo uma série de limitações à publicidade como, por exemplo: respeitar as características psicológicas; respeitar especialmente a ingenuidade e a credulidade, a inexperiência e o

sentimento de lealdade dos menores; não haver ofensas morais ao menor nas publicidades; não se admitir que o anúncio torne implícita uma inferioridade do menor, caso este não consuma o produto oferecido; não se permitir que a influência do menor, estimulada pelo anúncio, leve-o a constranger seus responsáveis ou importunar terceiros ou o arraste a uma posição socialmente condenável. Ainda, referido artigo tece restrições quanto ao uso de menores em anúncios, dispondo sobre a necessidade de se obedecer a cuidados especiais que evitem distorções psicológicas nos modelos e impeçam a promoção de comportamentos socialmente condenáveis. Por fim, referido artigo expõe o dever de segurança e a preocupação com as boas maneiras quando em qualquer situação publicitária se envolva a presença de menores.

No capítulo III, o Código de Auto-Regulamentação Publicitária dispõe sobre as categorias especiais de anúncio, as quais estão sujeitas a cuidados especiais e regras específicas - além das normas gerais previstas no Código, classificando-as pela sua importância econômica ou social, pelo seu volume, pelas suas repercussões no indivíduo ou na sociedade. Devido a particularidade destas categorias especiais, as regras específicas foram postas no Código, em anexos. Cita-se como exemplo o anexo A que dispõe sobre Bebidas Alcoólicas.⁶⁰ Ainda, ressalta-se o fato de que pretendendo ser o Código um instrumento dinâmico e permanentemente atualizado, dispõe no parágrafo único do artigo 44 que essas categorias especiais poderão ser ampliadas mediante o acréscimo de novos anexos.

O capítulo IV do Código de Auto-Regulamentação Publicitária estabelece a responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas no Código, as quais cabem ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo. O Código no artigo 45 disciplina que o Anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade tornando solidária a responsabilidade da Agência. Ainda referido artigo recomenda aos veículos que,

⁶⁰ Os anexos do Código de Auto-Regulamentação Publicitária são os seguintes, pela ordem: Anexo A – Bebidas Alcoólicas; Anexo B – Educação, Cursos, Ensino; Anexo C – Empregos e Oportunidades; Anexo D – Imóveis, Venda e Aluguel; Anexo E – Investimentos, Empréstimos e Mercado de Capitais; Anexo F – Lojas e Varejo; Anexo G – Médicos, Dentistas, Veterinários, Parteiras, Massagistas, Enfermeiros, Serviços Hospitalares, Paramédicos, Para-hospitalares, Produtos Protéticos e Tratamentos; Anexo H – Produtos Alimentícios; Anexo I – Produtos Farmacêuticos Isentos de Prescrição; Anexo J – Produtos de Fumo; Anexo K – Produtos Inibidores de Fumo; Anexo L – Profissionais Liberais; Anexo M – Reembolso Postal ou Vendas pelo Correio; Anexo N – Turismo, Viagens, Excursões, Hotelaria; Anexo O – Veículos Motorizados; Anexo P – Vinhos e Cervejas; Anexo Q – Testemunhais, Atestados, Endossos; Anexo R – Defensivos Agrícolas; Anexo S – Armas de Fogo.

como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios, podendo estes recusar o anúncio, independentemente de decisão do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR, quando entenderem que o seu conteúdo fere os princípios do Código. O Código de Auto-Regulamentação Publicitária ainda estabelece que a responsabilidade do veículo pode vir a se tornar solidária (igual a responsabilidade do Anunciante) sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR.

O capítulo V do Código de Auto-Regulamentação Publicitária estabelece infrações e penalidades àqueles que desrespeitarem as normas estabelecidas no Código e seus anexos. As penalidades são: advertência; recomendação de alteração ou correção do Anúncio; recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, por meio de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas. Dispõe também o artigo 50 em seu parágrafo 1º que compete privativamente ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos do Código e seus Anexos e, ao Conselho Superior do CONAR cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em processo regular.

3. CARÁTER COLETIVO DA PROTEÇÃO CONTRA A PUBLICIDADE ILÍCITA

Na introdução desta dissertação foi transcrito trecho da legislação espanhola (Lei 34/1988), mais precisamente o artigo 2º da Lei Geral de Publicidade, a qual considera como destinatário da publicidade as pessoas às quais são dirigidas a mensagem publicitária ou as pessoas que são atingidas por esta. Assim, verifica-se que referida lei espanhola protege tanto aquelas pessoas a que determinada campanha publicitária foi direcionada bem como aquelas que mesmo de forma indireta são atingidas por tais campanhas. Portanto, é facilmente verificável nesta lei que a proteção contra a publicidade ilícita possui um caráter voltado ao amparo de todos àqueles que de alguma forma possam vir a ser atingidos por estas.

No Brasil, esse caráter amplo de proteção encontra-se nas normas já analisadas no capítulo 1 desta dissertação, em especial a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor. Assim, verifica-se que há uma proteção metaindividual, que perpassa o âmbito individual, em relação às publicidades ilegais. E não poderia ser diferente, pois quando se cria uma campanha publicitária, mesmo que esta tenha um público específico, não há como pessoas que não pertençam a este nicho comercial não serem atingidas, pois, uma vez veiculada, a publicidade pode ser observada e vista por todos, a menos é claro que tenha sido veiculada em meios de comunicação reservados e sem acesso público.

Portanto, devido às publicidades ilícitas atingirem interesses e direitos metaindividuais, necessário realizar alguns apontamentos sobre o que são estes interesses ou direitos.

3.1 DIREITOS METAINDIVIDUAIS

Os direitos metaindividuais são os interesses coletivos em seu sentido amplo (lato sensu) também denominados de transindividuais, pois atingem os interesses de grupos de pessoas que possuem algo em comum e não apenas o interesse ou direito do sujeito isoladamente. Portanto, um interesse ou direito é considerado metaindividual quando ultrapassa a individualidade de um único sujeito e passa a corresponder aos anseios de uma coletividade de sujeitos determináveis ou não.

Marise M. Cavalcanti Chamberlain⁶¹ faz uma sucinta evolução dos direitos metaindividuais, nestes termos:

“Em busca do sentido etimológico, em que meta é um prefixo grego, algo que vai além de, pode-se dizer que interesses metaindividuais significam interesses que perpassam o âmbito individual, indo além dele. São os interesses coletivos considerados em seu sentido mais amplo e não apenas aqueles dependentes de organização. É verdade que num primeiro momento os direitos coletivos foram concebidos a partir da identificação de organismos que sintetizam os interesses individuais, mas com o envolver da comunicação globalizada, facilmente as empresas multinacionais se implantaram em todos os cantos do mundo, criando consumidores em massa. As relações jurídicas transcenderam os grupos, sendo necessária a revisão do conceito de coletividade. A par disso, surgiram situações jurídicas em que, apesar de não estar configurado o interesse coletivo, visualiza-se uma origem comum, ou seja, existiam relações que guardavam identidade fática e jurídica, mas em que os interesses tutelados permaneciam individuais, pois os seus efeitos não perpassavam os indivíduos nele envolvidos.”

⁶¹ CHAMBERLAIN, Marize M Cavalcanti. **Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação** in Direitos metaindividuais/ Carlos Henrique Bezerra Leite (coordenador). São Paulo: LTr, 2004, p. 45.

Gianpaolo Poggio Smanio expõe que os interesses metaindividuais ou transindividuais podem ser de duas formas: comuns a toda uma categoria de pessoas não determináveis, que se encontram reunidas por uma situação de fato e comuns a um grupo determinado ou determinável de pessoas. Ainda, o mesmo autor ressalta que:

“o liame entre os titulares deste interesse consiste em: a. estarem todos na mesma situação de fato. Exemplo: pessoas lesadas na compra de um produto; b. compartilharem todos da mesma relação jurídica. Exemplo: consorciados que sofrem aumento ilegal das prestações.”⁶²

Os interesses e direitos metaindividuais ou transindividuais ou coletivos *lato sensu* são classificados em direitos e interesses difusos, direitos e interesses coletivos (em sentido estrito) e direitos e interesses individuais homogêneos.

3.2 ARTIGO 81 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

José Marcelo Menezes Vigliar⁶³ destaca que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90) veiculou a definição dos interesses metaindividuais em seu artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III. Ainda menciona que:

“Dessa definição legal, a melhor doutrina muito não se afasta, o que de certa forma acaba por revelar o acerto do legislador e demandar uma tarefa bem menos complicada, quando da procura dos elementos identificadores de cada uma das modalidades de interesses supraindividuais”⁶⁴

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, vem disciplinar a defesa dos interesses e direitos dos consumidores de forma metaindividual, com a seguinte redação:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo,

⁶² SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**. Editora Atlas, São Paulo, 3 ed., 1999, p. 106.

⁶³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil Pública**. Editora Atlas, São Paulo, 2 ed., 1988, p. 41.

⁶⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil Pública**. Editora Atlas, São Paulo, 2 ed., 1988, p. 42.

categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Importante colocação sobre os termos “direitos” e “interesses” inseridos no artigo consumerista acima transcrito foi feita por Flávio Cheim Jorge que expôs que “os termos interesses e direitos foram utilizados como sinônimo; é certo que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo status de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles .”⁶⁵

3.3 DIREITOS DIFUSOS

O inciso I do parágrafo primeiro do artigo 81 classifica como interesses ou direitos difusos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Por transindividuais entendem-se interesses e direitos de uma coletividade e não apenas de uma pessoa. Ocorre que no caso dos direitos difusos este interesse coletivo é de difícil determinação, afirmando a doutrina, a exemplo de José Marcelo Menezes Vigliar, que estes “*são os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso*”⁶⁶.

O exemplo clássico empregado pelos estudiosos do assunto é o meio ambiente, eis que neste fica patente a impossibilidade de se identificar e determinar quais são os integrantes da coletividade que tenham interesse na manutenção das florestas da Mata Atlântica, por exemplo. Atrás dessa proteção está o resguardo à diversidade natural, proteção de rios, ao ar que respiramos, etc. Logo, todos possuem o interesse de que haja uma proteção ao meio ambiente, mesmo que queiram renunciar a este interesse, o que torna tal interesse indisponível. Ainda, por todos possuírem o interesse não há como determinar tais pessoas.

⁶⁵ JORGE, Flávio Cheim. **Responsabilidade civil por danos difusos e coletivos sob a ótica do consumidor.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n. 17, p. 97-138, janeiro de 1996, p.98.

⁶⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil Pública.** Editora Atlas, São Paulo, 2 ed., 1988, p. 42

Por natureza indivisível do interesse ou direito tem-se que ele não pode ser fracionado ou dividido em quotas ou partes individuais, visto que a sua proteção implica uma proteção geral, ou seja, ao se proteger a mata atlântica se está protegendo o interesse de pessoas que sequer tinham conhecimento de que ela estava sendo protegida, ou até mesmo daqueles que a estavam agredindo e devastando.

Ainda, quando se fala em circunstância de fato, tem-se que não há relação jurídica que una os interessados, sendo o seu ponto de convergência o simples fato da manutenção das florestas da Mata Atlântica.

Portanto, pela leitura do artigo 81, parágrafo primeiro, alínea I, do Código de Defesa do Consumidor, quando se fala de um direito difuso está-se referindo ao interesse de um grupo de pessoas indeterminadas, não tendo relevância a qualificação individual das pessoas que compõem esta coletividade. Aliás, a identidade deste grupo deriva apenas de uma mera circunstância de fato, como por exemplo, estarem expostos a determinada campanha publicitária. Rosana Grinberg⁶⁷ expõe que são características dos interesses ou direitos difusos a “indeterminação dos sujeitos, ausência de relação jurídica base entre eles e indivisibilidade do bem jurídico”. Ainda, referida autora tece os seguintes exemplos:

“Exemplos: publicidade enganosa (artigo 37 e §§ do CDC) e colocação no mercado de produto perigoso ou com alto grau de nocividade (art. 10 do CDC), situações em que uma única ofensa é suficiente para a lesão de todos os consumidores, e a satisfação de qualquer deles, com a cessação da publicidade ilegal ou com a retirada do produto do mercado, beneficiará a todos os consumidores.”

Há que se observar outros dois atributos elementares dos direitos difusos que, embora não estejam expressos no artigo 81, parágrafo único, alínea I, são de grande importância para a configuração desse interesse, quais sejam: intensa litigiosidade interna e contingência.

Nas palavras de Marise M. Cavalcanti Chamberlain a intensa litigiosidade interna é identificada pela circunstância de que, na maioria das vezes, a solução do conflito exige a ponderação de interesses, buscada a partir do uso da proporcionalidade e da razoabilidade necessárias àqueles casos em que todos os titulares, ativos e passivos, acham-se protegidos

⁶⁷ GRINBERG, Rosana. **O Judiciário e os Direitos Individuais e Coletivos**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.27, p.49-57, julho de 1998, p.50.

pelo ordenamento jurídico⁶⁸. Essa ponderação de interesses não guarda as características comuns dos conflitos tradicionalmente existentes, ao contrário, apresenta outras fórmulas, sinteticamente resumidas à qualidade de vida.

Rodolfo de Camargo Mancuso⁶⁹ salienta que:

“ Então o que deflui desse entrechoque de *massas de interesses*, é que os conflitos daí resultantes não guardam as características dos conflitos tradicionalmente concebidos na fórmula “Tício versus Caio”, mas ao contrário, apresentam contornos diversos: não se trata de controvérsias envolvendo situações jurídicas definidas (por exemplo, A se julga credor de B, que resiste àquela pretensão), mas os litígios que têm por causa remota verdadeiras *escolhas políticas*. Ora, neste campo as alternativas são ilimitadas, porque o favorecimento da posição “A” melindrará os integrantes da posição “B”. Os exemplos são numerosos: a proteção dos recursos florestais conflita com os interesses da indústria madeireira e, por decorrência, com os interesses dos lenhadores à manutenção de seus empregos; a interdição de construção de um aeroporto supersônico, atende a interesses de moradores da localidade, mas conflita com os interesses da construção civil; a instituição de censura prévia nas diversões públicas atende aos setores conservadores da sociedade, mas conflita com o interesse da classe artística em se expressar livremente. Cabe notar que também certos atos de gestão da coisa pública podem atingir interesses difusos, nos casos em que aqueles atos, por sua natureza, atingem largos segmentos da sociedade, por via mediata ou reflexa.”

Portanto, a intensa litigiosidade interna é uma das características essenciais para se classificar os interesses e direitos como difusos. Contudo, é de se verificar que os interesses coletivos estrito sensu também apresentam certa conflituosidade. Para traçar a distinção entre a conflituosidade existente entre os direitos difusos e coletivos, mais uma vez socorre-se do texto de Rodolfo de Camargo Mancuso⁷⁰, que faz esta distinção:

“ Cabe remarcar que, se os interesses coletivos também apresentam certa conflituosidade, esta é bem menos intensa e de outra natureza, porque: a) os interesses coletivos são organizados e aglutinados junto a grupos sociais definidos; b) nos interesses coletivos, a representação é do tipo convencional ou institucional (“ente esponenziale di um grupo non occasionale”), de sorte que a área conflituosa mais circunscrita: somente um grupo determinado (família, sindicato, comuna) é portador legítimo desses interesses. Ao passo que nos interesses difusos, a indeterminação dos sujeitos e a mobilidade e fluidez do objeto ampliam ao infinito a área conflituosa.”

⁶⁸ CHAMBERLAIN, Marize M Cavalcanti. **Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação** in *Direitos metaindividuais*/ Carlos Henrique Bezerra Leite (coordenador). São Paulo: LTr, 2004, p. 46.

⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceitos e legitimação para agir**. Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo, 2 ed. rev. e atual., 1991, p. 73.

⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceitos e legitimação para agir**. Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo, 2 ed. rev. e atual., 1991, p. 76.

A contingência nas palavras de Marise M. Cavalcanti Chamberlain é marcada pela mutação veloz das relações conflituosas, daí a urgência das tutelas requeridas em sede de ações coletivas, pois se o corte de árvores centenárias da mata atlântica, por exemplo, não for impedido antes que se concretize, os interesses difusos sofrem alterações, seguindo a alteração fática que o originou. Por isso se diz que os danos causados ao meio ambiente não são passíveis de reparação substancial”⁷¹.

Assim, se os interesses e direitos difusos não forem exercitados a tempo e hora, modificam-se acompanhando a transformação fática que lhes deu origem. Desse modo, se anteriormente queria se proteger a Mata Atlântica, uma vez esta destruída, surgirá um novo direito, já que àquele que se estava discutindo desaparece com a consumação do interesse que se estava a proteger.

Ainda, para se identificar os interesses difusos, José Marcelo Menezes Vigliar expõe que estes podem dizer respeito até a toda a humanidade, o que não acontece nos direitos coletivos em sentido restrito.⁷²

Lúcia Valle Figueiredo destaca como corolário dos direitos difusos e como sua característica marcante o fato de estes serem indisponíveis, não podendo ser renunciados. Referida autora tece o seguinte comentário sobre a disponibilidade:

“ A indisponibilidade há de ser nota marcante dos direitos difusos. Não há um titular identificável com poderes para deles dispor. Assemelha-se a situação do curador, a quem não cabe dispor dos interesses dos incapazes. Bem, por isso, a prescrição não corre contra os incapazes até para possibilidade de serem desfeitos certos atos.”⁷³

Assim, as características acima postas vão identificar um direito ou interesse como difuso.

3.4 DIREITOS COLETIVOS

O inciso II do parágrafo primeiro do artigo 81 classifica como interesses ou direitos coletivos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo,

⁷¹ CHAMBERLAIN, Marise M Cavalcanti. **Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação** in Direitos metaindividuais/ Carlos Henrique Bezerra Leite (coordenador). São Paulo: LTr, 2004, p. 47.

⁷² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil Pública**. Editora Atlas, São Paulo, 2 ed., 1988, p. 43.

⁷³ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Direitos difusos e coletivos**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 16.

categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Dessa maneira, pela definição legal tem-se que os direitos coletivos são aqueles pertencentes a um número determinável de pessoas, integrantes de um grupo, categoria ou classe, titulares de um objeto indivisível e que estão ligados entre si ou com a parte contrária por um vínculo jurídico.⁷⁴

Portanto, para se conceituar um direito ou interesse como coletivo são essenciais três requisitos: determinação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto e a existência de vínculo jurídico ligando os integrantes do grupo entre si com a parte contrária.

A indivisibilidade do objeto já foi tratada no item acima, porém, importante destacar um exemplo de como esta se dá de forma prática nos direitos coletivos, exemplifica-se: imagine-se a situação de que uma escola de ensino fundamental particular resolveu aumentar os valores das mensalidades, cuja legalidade está sendo discutida judicialmente. Tem-se neste exemplo uma ligação jurídica entre os pais e a escola (contrato), e a determinação deles, pois é possível determinar quem sejam estes pais. Caso referida demanda seja julgada procedente, e o aumento da mensalidade declarado ilícito, este fato impedirá que o aumento atinja a todas as mensalidades; no caso de ser declarado que o aumento é legítimo, todos terão que arcar com o pagamento de referido aumento. Assim, não há como se negar a indivisibilidade dos efeitos dos interesses coletivos, pois não há como se beneficiar um integrante mais do que outro, eis que todos suportarão os efeitos do resultado da referida decisão.

A determinação dos sujeitos é outro requisito indispensável ao se classificar um interesse ou direito como coletivo. Consiste esta determinação na efetiva possibilidade de se precisar o número exato de pessoas titulares de determinado direito⁷⁵, como exemplo: condôminos de um conjunto residencial, integrantes de um grupo econômico, pais de alunos de uma escola particular que tiveram aumento de mensalidades, etc.

O inciso II do parágrafo primeiro do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor menciona que esta coletividade deve ser formada por “grupo, categoria ou

⁷⁴ SOUZA, Motauro Ciocchetti de. **Interesses Difusos em espécie: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa**. Saraiva, São Paulo, 2000, p. 149.

⁷⁵ SOUZA, Motauro Ciocchetti de. **Interesses Difusos em espécie: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa**. Saraiva, São Paulo, 2000, p. 150.

classe de pessoas”. Motauri Ciocchetti de Souza, citando Rodolfo de Camargo Mancuso, expõe que “a distinção conceitual entre os vocábulos utilizados pelo Estatuto é de nenhuma importância, visto que a expressão tem por objeto enfatizar que as pessoas determinadas devem manter entre si um vínculo organizacional – como ocorre com os condôminos e os integrantes de um grupo de consórcio.”⁷⁶

O vínculo jurídico que dispõe o Código de Defesa do Consumidor é a relação jurídica base que une todos os interessados, ou seja, cada integrante pertence a uma mesma categoria, mantendo cada uma relação jurídica idêntica aos demais. Ainda, além desta relação jurídica que liga os integrantes entre si, pode haver uma relação jurídica na qual a relação comum se dá com a parte contrária, como por exemplo no contrato de fornecimento de energia elétrica. Importante destacar que essa relação jurídica base é preexistente à lesão do interesse ou direito coletivo, não havendo dentro dos direitos e interesses coletivos relação jurídica que surja com a própria lesão.

3.5 DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O inciso III do parágrafo primeiro do artigo 81 classifica como interesses ou direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum. Estes apresentam a característica de serem interesses e direitos individuais, com titulariedade identificável e cujo objeto é divisível e cindível.

Além dessas características destaca-se o fato de existirem vários titulares de interesses idênticos ou parecidos, interesses estes que podem ser defendidos coletivamente em juízo por meio de uma única demanda, objetivando a tutela dos interesses individuais homogêneos, como por exemplo consumidores de um mesmo produto com defeito. Assim, não há como se falar que os interesses individuais homogêneos originam-se de uma relação jurídica base a unir os interessados, e sim, em uma mera circunstância fática.

Rosana Grinberg⁷⁷ expõe, ao tratar dos direitos individuais homogêneos, que o que os diferencia dos direitos e interesses coletivos é o fato de que nestes a relação jurídica é

⁷⁶ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses Difusos em espécie: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa**. Saraiva, São Paulo, 2000, p. 151.

⁷⁷ GRINBERG, Rosana. **O Judiciário e os Direitos Individuais e Coletivos**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.27, p.49-57, julho de 1998, p. 50.

preexistente ao passo que naqueles todos os interesses individuais são decorrentes de uma origem comum. Explicando esse argumento a autora tece o seguinte raciocínio:

“O vínculo com a parte contrária é consequência da própria lesão, portanto, individualizada na pessoa de cada um dos prejudicados, pois ofende de modo diferente a esfera jurídica de cada um deles e isso permite a determinação, ou pelo menos a determinabilidade, das pessoas atingidas. Esta se traduz em determinação efetiva na medida em que cada prejudicado exercita o seu direito, seja por meio de demanda individual, seja por meio de habilitação por ocasião da liquidação da liquidação de sentença na demanda coletiva para tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos (artigo 97 do CDC)”.⁷⁸

Ainda, neste critério de diferenciação dos direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos Rosana Grinberg argumenta que o que distingue um dos outros é o pedido e a causa de pedir, fornecendo o seguinte exemplo:

“(…) numa determinada ação, proposta por uma determinada associação, se objetiva modificar o critério para atualização das mensalidades escolares, a coisa julgada beneficiará a todos, inclusive os alunos que não estejam a ela filiados, estando-se, neste caso, diante de ação coletiva para tutela de interesses ou direitos coletivos, de natureza indivisível. Se, ao contrário, o que se pretende é a devolução da quantia paga a mais pelos alunos, a demanda coletiva será para tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos”.⁷⁹

José Marcelo Menezes Vigliar faz importante ressalva quando aduz que os interesses individuais homogêneos são individuais na sua essência, ou seja, que possuem a natureza jurídica de individuais e que, contudo, são tratados de forma coletiva, para fins de defesa em juízo, desde que decorram de uma origem comum, como dispõe a Lei que os criou (Lei nº 8078/90). Ainda, aduz que opta o interessado em defender o seu interesse de forma individual ou aguarda a sua defesa coletiva, com todas as vantagens dela decorrentes.⁸⁰

3.6 A OFENSA A INTERESSES E DIREITOS METAINDIVIDUAIS OCACIONADOS POR PUBLICIDADES ILÍCITAS

Apesar da classificação acima posta, tem-se que em um primeiro momento poderia se gerar uma certa confusão quanto ao fato de uma campanha publicitária ilícita (enganosa ou abusiva) atingir interesses coletivos, difusos ou até mesmo individuais homogêneos. Para sanar possível questionamento, faz-se necessária uma breve análise comparativa entre

⁷⁸ GRINBERG, Rosana. **O Judiciário e os Direitos Individuais e Coletivos**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.27, p.49-57, julho de 1998, p. 50.

⁷⁹ GRINBERG, Rosana. **O Judiciário e os Direitos Individuais e Coletivos**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.27, p. 49-57, julho de 1998, p. 50.

⁸⁰ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil Pública**. Editora Atlas, São Paulo, 2 ed., 1988, p. 52.

os três incisos constantes no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor com a publicidade ilícita.

A publicidade abusiva é ilícita, pois desrespeita valores incorporados pela média das pessoas. Observa-se que os sujeitos ofendidos são indeterminados, pois a ofensa atinge a todas as pessoas, eis que se está falando de valores incorporados pela sociedade. Também verifica-se em uma publicidade abusiva a ausência de relação jurídica base, seja dos ofendidos entre si, seja dos ofendidos com o ofensor, pois a situação factual que os liga é a mera exibição da publicidade, sendo que até mesmo podem estes sujeitos nunca terem possuído contato algum. Ainda, patente neste caso a indivisibilidade do bem jurídico atingido (valores sociais). Portanto, pela exposição acima tem-se que a publicidade abusiva fere interesses e direitos difusos.

Contudo, quando se fala de publicidade enganosa paira a seguinte dúvida: pode esta ser classificada somente como lesiva a interesses e direitos difusos ou se também pode ser classificada como ofensiva a interesses e direitos coletivos?

José Marcelo Menezes Vigliar considera que a propaganda enganosa fere direitos e interesses difusos, com a seguinte redação:

“(...) vítimas de propaganda enganosa, veiculada por meio de comunicação de massa, estão ligadas pelo simples fato de estarem expostas a tal propaganda e, ainda, pelo fato de terem adquirido o produto que prometia o resultado que não poderia jamais realizar; essas vítimas são indetermináveis e não há uma relação jurídica a uni-las; aqui, então, um interesse difuso a ser defendido;”⁸¹

Também, Motauri Ciocchetti de Souza exemplifica a ofensa a direitos e interesses difusos citando a publicidade enganosa nestes termos:

“ Tomemos ainda o exemplo da publicidade enganosa que esteja sendo divulgada pela televisão: ou ela se encontra no ar – e atinge potencialmente a todos – ou ela é proibida de ser veiculada, de sorte que a sociedade estará resguardada, “não sendo quantificável ou divisível o direito de cada integrante do grupo no sentido de ver coibida a continuidade da propaganda ou de vê-la corrigida””⁸².

⁸¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil Pública**. Editora Atlas, São Paulo, 2 ed., 1988, p. 49.

⁸² SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses Difusos em espécie: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa**. Saraiva, São Paulo, 2000, p. 148.

Ainda, José Marcelo Menezes Vigliar⁸³ considera a propaganda enganosa como um bom exemplo para se fixar o conceito de interesse difuso, nestes termos:

“ Outro bom exemplo, para que se possa fixar o conceito de direito difuso, é o da propaganda enganosa, veiculada pela televisão, ou outro meio de comunicação de massa, que venha a atingir pessoas indeterminadas, tendo como único fato a uni-los o acesso a tal propaganda, pelo simples e exclusivo fato de terem, naquele determinado momento, ligado a televisão.”

Antes de se entrar nesta discussão, necessário se faz relembrar as principais características a respeito dos direitos e interesses coletivos, quais sejam: determinação do grupo de pessoas titulares do direito; sujeitos ligados entre si por uma relação jurídica base; direitos indivisíveis.

Assim, quando se fala de uma campanha publicitária enganosa, cuja veiculação deu-se em TV aberta, acessível a todos os brasileiros, está presente a característica da indeterminação dos sujeitos. Os três exemplos citados acima caracterizam a propaganda enganosa como ofensiva a direitos e interesses difusos, todavia todos abordam a questão da transmissão ser veiculada em canal aberto em que todos estão expostos a mensagem veiculada.

No entanto, se se falar de uma campanha publicitária em canal de TV por assinatura em que, por exemplo, o canal apresenta a especificidade de ser única e exclusivamente de pesca, e no qual foi veiculado campanha publicitária específica sobre determinado motor para lanchas que não possuía todas as características especificadas no anúncio, está-se diante de uma publicidade que fere interesses e direitos coletivos? Em um primeiro momento, ante a especificidade do produto e de seu meio de divulgação, poder-se-ia ter a tentação de entender que o público deste programa era determinável: assinantes de TV por assinatura de canal de pesca e que tenham interesse em comprar motor de barco. Entretanto, este público pode ser indeterminável, eis que como a realidade factual da vida é dinâmica, tem-se, por exemplo, que várias pessoas assistam a este anúncio na casa de um amigo ou em restaurante de frutos do mar, por exemplo, e que embora não tenham barco, possam se interessar pela aquisição do motor anunciado para presentear um parente.

Ainda, para que a publicidade enganosa ofendesse interesses coletivos seria necessária a presença de uma relação jurídica base entre os titulares dos interesses ou

⁸³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil Pública**. Editora Atlas, São Paulo, 2 ed., 1988, p. 44.

direitos atingidos, como por exemplo, serem membros de uma associação de pesca desportiva ou até mesmo o fato de serem assinantes do canal por assinatura, o que conferiria uma relação jurídica pré-existente à ofensa e não originária com a exposição do fato. Contudo, ante a característica dinâmica da publicidade que consegue influenciar as pessoas a tomarem uma decisão pela compra de um produto, tem-se que essa influência tende-se a irradiar e sair do círculo dos assinantes de um determinado canal a cabo e atingir por via reflexa pessoas que não mantêm nenhuma relação jurídica entre si ou com o canal de televisão aludido (contrato de assinatura). Portanto, mesmo em situações específicas como a acima demonstrada tem-se que a propaganda enganosa fere a interesses e direitos difusos e não a intesses e direitos coletivos.

Rosana Grinberg ressalta que o que importa para os fins da tutela jurisdicional é o pedido ou a causa de pedir, ou seja, argumenta que o importante é o que o autor da causa coletiva traz para a demanda. Exemplifica que na publicidade enganosa há lesão a interesses e direitos difusos, uma vez que a ofensa atinge um número indeterminável de pessoas, porém argumenta que os consumidores que, em razão da publicidade, tiverem adquirido produto ou o serviço ofertado apresentarão prejuízos individualizados e diferenciados de tal sorte que estes passam a estar perante a uma lesão de interesses ou direitos individuais homogêneos.⁸⁴

Flávio Cheim Jorge comenta que a “pedra do toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”⁸⁵. Seguindo esse raciocínio, tem-se que de um mesmo fato pode surgir tanto pretensões difusas, coletivas como individuais. Ora, no exemplo da publicidade enganosa veiculada em canal de tv por assinatura (canal de pesca) em que se anunciava motor para lanchas que não possuía todas as características especificadas no anúncio, verifica-se que este fato poderia ensejar uma ação proposta pelos assinantes da tv por assinatura e, portanto, coletiva, com sujeitos determináveis (assinantes da tv por assinatura), os quais possuem uma relação jurídica base (contrato) e objeto indivisível (retirar determinada publicidade do ar ou exigir a contrapropaganda desta).

⁸⁴ GRINBERG, Rosana. **O Judiciário e os Direitos Individuais e Coletivos**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.27, p.49-57 , julho de 1998, p. 51.

⁸⁵ JORGE, Flávio Cheim. **Responsabilidade civil por danos difusos e coletivos sob a ótica do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n. 17, p. 97-138 , janeiro de 1996, p. 98.

Ainda, poderia referida ação ser ajuizada pelo Ministério Público, para retirada da propaganda do ar ou mesmo requerendo a contrapropaganda, entendendo este órgão que referida publicidade fere a direitos e interesses difusos, pois atinge a sujeitos indetermináveis, tem objeto indivisível e tem a sua origem no fato de a publicidade ser enganosa, lesando a boa-fé e outros princípios consumeiristas. Também, referida demanda poderia ser proposta individualmente, por consumidor que tivesse comprado referido motor e tivesse suportado os prejuízos pela publicidade enganosa.

Embora exista essa forma de se classificar uma ofensa a direito ou interesse pelo tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial, tem-se que este método acaba sendo possível quando se trata de um direito disponível, ou seja, de que as pessoas ou até mesmo a coletividade pode dispor livremente. Contudo, quando se fala em direitos indisponíveis, seja individual ou de forma coletiva, a ação do grupo cessa, eis que a norma constitucional transfere a defesa desses direitos para a competência do Ministério Público. J. Cretella Junior expõe neste sentido que:

“Há interesses, individuais ou sociais, de que as pessoas e as coletividades podem livremente dispor, sem ofensa a outras pessoas ou a grupo de pessoas. São os interesses disponíveis. “Interesse” não é “direito”. É pretensão, não respaldada em norma jurídica. “Interesse indisponível” é a pretensão que o interessado não pode transformar em vantagem ou benefício usufruível. Diante do interesse indisponível, individual ou social, a ação do indivíduo ou do grupo, cessa, já que existe pretensão, mas não a respectiva ação assecuratória. Por isso, a regra jurídica constitucional transfere a defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis para a área de competência do Ministério Público, a quem cabe defendê-los, o que, de modo indireto, favorece pessoas físicas e grupos de pessoas, cujas pretensões não se encontram fundamentadas em normas jurídicas.⁸⁶

Assim, tem-se o caráter da indisponibilidade como fator determinante da legitimidade da propositura das ações para defesa dos interesses coletivos *lato sensu*. Portanto, sendo o direito individual ou coletivo indisponível, a titulariedade para a propositura da ação obrigatoriamente passa a ser do Ministério Público e as associações que possuem legitimidade para mover ações civis públicas.

⁸⁶ CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 3296.

4. PUBLICIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

Neste capítulo, abordar-se-ão os limites da liberdade de expressão e informação da publicidade, demonstrando que a liberdade de expressão não é um valor intocável dentro do texto constitucional, eis que possui limites como, por exemplo, aqueles dispostos no parágrafo 3º e incisos do artigo 220 da Constituição Federal. A análise deste tema é relevante para este trabalho na medida em que demonstra que as publicidades ilícitas não possuem a proteção do princípio constitucional da liberdade de expressão, eis que a sua existência é prejudicial ao exercício dos direitos dos cidadãos considerados individualmente e ao bem-estar geral e além do mais, porque afetam direitos fundamentais da pessoa humana.

Edilson Pereira de FARIAS⁸⁷ ressalta “que a liberdade de expressão e informação é atualmente entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo o cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, idéias e opiniões, por meio da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como o direito de comunicar e receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações”. Assim, tem-se que a liberdade de expressão abrange os pensamentos, idéias e opiniões, já o direito à informação abarca a faculdade de comunicar e receber livremente informações verdadeiras sobre fatos⁸⁸. Verifica-se que a publicidade abarca tanto o conceito de liberdade de informação quanto liberdade de expressão, eis que ao mesmo tempo em que a publicidade busca transmitir a informação sobre o produto que se pretende vender ao consumidor também possui a qualidade, em muitos casos, de expressar um pensamento, idéia ou opinião sobre um produto ou serviço. Nota-se freqüentemente que a publicidade propõe um conceito de vida ao divulgar um produto ou serviço, relacionando o modo de vida do consumidor ao produto ou serviço anunciado.

Aliás, a comunicação social prevista no artigo 220 da Constituição Federal dispõe que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, **sob qualquer forma**, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição. Note-se que o texto constitucional ao disciplinar a expressão “qualquer

⁸⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 131.

⁸⁸ FARIAS, Edilson. **Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988**. Disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2195>, (Texto publicado na Revista da Justiça Federal do Piauí nº 1, vol. 1, jul/dez 2000). Acesso em 15.11.2008.

forma”, também abarcou a publicidade dentro do direito fundamental de liberdade de expressão e informação previsto no artigo 5º, IX da Constituição Federal, pois a “liberdade de comunicação social, prevista no art. 220, é verdadeiro corolário da norma prevista no art. 5º, IX que consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação social, independentemente de censura ou licença”⁸⁹.

No item 1 deste trabalho fora exposto que para Paulo Vasconcelos Jacobina o princípio da liberdade juntamente com o princípio da boa-fé são sobreprincípios da publicidade, por terem influência em todos os princípios que regem a matéria publicitária. Ainda, fora exposto que para referido autor a liberdade da publicidade é regra nos países de economia de mercado e que não existe liberdade fora ou acima da lei, sendo que o direito é o limite de toda a liberdade⁹⁰. Assim, observa-se a importância da liberdade para a publicidade, que embora seja uma atividade que tenha um objetivo comercial, possui a liberdade de criação, expressão e informação como princípio garantidor de sua atividade.

Heloísa Carpena Vieira de Mello⁹¹ expõe que o objetivo comercial da publicidade não macula o discurso publicitário nem tampouco desabilita a proteção contra a censura estatal. Já Guinter Spode destaca que a liberdade de expressão pode ser limitada na medida em que seu exercício seja prejudicial ao exercício dos direitos dos cidadãos considerados individualmente ou ao bem-estar geral⁹².

Essa limitação encontra força legal no Código de Defesa do Consumidor, o qual submete o controle legal da publicidade a uma dupla perspectiva: da enganosidade e da abusividade (artigo 37 do CDC).⁹³

Assim, sempre que uma publicidade viole um interesse econômico do consumidor (publicidade enganosa) ou despreze valores fundamentais da sociedade (publicidade abusiva) haverá restrição e até mesmo sanção para a exibição da publicidade ilícita (enganosa ou abusiva), pois esta vai contra o direito.

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo, Atlas, 7º ed., 2007, p. 2172.

⁹⁰ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 65.

⁹¹ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **Prevenção de riscos no controle da Publicidade Abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.35, p.123-131, jul./set.2000, p. 126.

⁹² SPODE, Guinther. **O controle da publicidade à luz do código de defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.11, n.43, p.178-191, jul./set.2002, p. 181.

⁹³ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **Prevenção de riscos no controle da Publicidade Abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.35, p.123-131, jul./set.2000, p. 126.

O grande problema muitas vezes é identificar a ilegalidade da publicidade, principalmente quando se trata de publicidades abusivas. A dificuldade deste controle não se dá apenas em virtude do predomínio do elemento moral na aferição da legalidade da conduta, mas também porque o controle da publicidade abusiva, significa impor limites a liberdade de expressão, assegurada constitucionalmente, imprimindo uma certa incerteza no julgamento deste tipo de publicidade⁹⁴.

A liberdade de expressão e informação está enquadrada dentre os direitos fundamentais previstos no artigo 5º, incisos IV, IX, LX, XIV e no artigo 220 da Constituição Federal, transcreve-se:

“Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;

§2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Contudo, esta liberdade pode ocasionar ofensa a outros direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal e as leis existentes no país. Edilson Farias expõe que:

“Na verdade, no sistema constitucional não existe direito absoluto. Os direitos ou estão limitados por outros direitos ou estão limitados por valores coletivos da sociedade igualmente amparados pela Constituição.

A liberdade de expressão e informação, que atinge o seu nível máximo de proteção, quando exercida por profissionais dos meios de comunicação social, como qualquer outro direito fundamental, não é absoluta, tem limites. Além do limite interno anteriormente mencionado, da veracidade da informação, a liberdade de expressão e informação deve compatibilizar-se com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas opiniões e informações bem como, ainda, com os outros bens constitucionalmente protegidos, tais como: moralidade pública, saúde pública,

⁹⁴ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **Prevenção de riscos no controle da Publicidade Abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.35, p.123-131, jul./set.2000, p. 126.

segurança pública, integridade territorial, etc. Contudo, pelo fato de a liberdade de expressão e informação desfrutar do status de direito fundamental, o Poder Público, ao pretender restringir o âmbito de proteção dessa liberdade para atender os limites supracitados, terá que justificar a necessidade da intervenção e só poderá efetivar a restrição por meio de lei (reserva de lei explícita ou implícita autorizada pela constituição). A restrição deverá ainda satisfazer a máxima da proporcionalidade, de forma que resulte intacto o núcleo essencial da liberdade de expressão e informação.”⁹⁵

Assim, quando a liberdade de expressão e informação da publicidade colide com outro direito faz-se necessário resolver este conflito, sendo este o objeto de estudo deste capítulo. Para tanto se faz necessário um breve estudo sobre os direitos fundamentais.

4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexandre de Moraes⁹⁶ conceitua como direitos humanos fundamentais o *conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.*

José Afonso da Silva⁹⁷ menciona que há ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no desenvolvimento histórico dificulta a formulação de um conceito preciso, até mesmo pela existência de várias expressões que tentam conceituá-lo, dando como exemplo os seguintes: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. Contudo, qualifica a expressão “direitos fundamentais do homem” como a expressão mais adequada, ressaltando que esta além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar dentro do direito positivo as garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Tece a seguinte análise:

⁹⁵ FARIAS, Edilson. **Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988**. Disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2195>, (Texto publicado na Revista da Justiça Federal do Piauí nº 1, vol. 1, jul/dez 2000). Acesso em: 15.11.2008.

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo, Atlas, 7º ed., 2007, p. 94.

⁹⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Editora Malheiros, 30 ed., 2008, p. 175-178.

“No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com este conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente no art. 17.⁹⁸

Alexandre de Moraes expõe que a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu estudo cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias constitucionais e coletivas; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e direitos relacionados a existência, organização e participação em partidos políticos.⁹⁹

Direitos individuais e coletivos são aqueles contantes no artigo 5º da Constituição Federal e estão ligados diretamente ao conceito de pessoa humana e da personalidade do indivíduo; direitos sociais são àqueles previstos a partir do artigo 6º e têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, com vistas à concretização da igualdade social, caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito; direito à nacionalidade está previsto no artigo 12 da Constituição Federal e caracteriza-se por dar o vínculo jurídico do indivíduo com determinado Estado, tornando-o parte do povo deste Estado com direitos e deveres; direitos políticos estão previstos a partir do artigo 14 a 17 da Constituição Federal e são o conjunto de regras que disciplinam a forma de atuação da soberania popular; direitos relacionados a existência, organização e participação em partidos políticos são direitos garantidos pela Constituição Federal para que os partidos políticos sejam instrumentos necessários e importantes para a preservação do Estado Democrático de Direito.¹⁰⁰

Ainda, José Afonso da Silva considera que os artigos 3º e 225 da Constituição Federal representam os direitos fundamentais solidários¹⁰¹.

⁹⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Editora Malheiros, 30 ed., 2008, p. 178.

⁹⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo, Atlas, 7º ed., 2007, p. 96.

¹⁰⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo, Atlas, 7º ed., 2007, p. 96-97.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Editora Malheiros, 30 ed., 2008, p. 178.

A doutrina apresenta a seguinte classificação de direitos fundamentais baseando-se na ordem histórica e cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos: primeira, segunda e terceira gerações. Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos a partir da Magna Charta de 1215; os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais surgidos no início do século XX; direitos fundamentais de terceira geração são os chamados direitos a solidariedade ou fraternidade que englobam, por exemplo, o direito ao progresso, ao meio ambiente equilibrado, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.¹⁰²

4.2 RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Edilson Farias¹⁰³ escreve que a restrição de um direito fundamental é uma limitação de âmbito de proteção ou pressuposto de fato desse direito fundamental. Exemplifica essa afirmação transcrevendo o artigo 5º, IV, da Constituição Federal, que dispõe que é livre a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato, argumentando que a proibição do anonimato constitui uma restrição, pois limita a proteção da manifestação do pensamento às hipóteses em que não há omissão da identidade do titular do direito.

As referidas restrições são classificadas em: restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei restritiva simples e qualificada) e restrições tácitas constitucionais. As restrições diretamente constitucionais são aquelas em que no próprio texto constitucional em que há o direito fundamental encontra-se também a ressalva ao direito fundamental garantido, como, por exemplo, o artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal que ao mesmo tempo que dispõe sobre a inviolabilidade do domicílio dispõe sobre a restrição deste direito no caso de flagrante delito ou desastre. As restrições indiretamente constitucionais também conhecidas como reserva de lei são aquelas estabelecidas por lei autorizada pela constituição em que esta se limita a autorizar o legislador a estabelecê-las por meio de leis infraconstitucionais, a exemplo do artigo 5º, XIII da Constituição Federal que dispõe que é livre o exercício de

¹⁰² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo, Atlas, 7º ed., 2007, p. 98.

¹⁰³ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 36.

qualquer trabalho, ofício ou proteção desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, ou seja, observa-se que no texto constitucional há somente a previsão de que a lei poderá estabelecer alguma restrição. A referida reserva de lei pode ser classificada em reserva de lei restritiva simples, quando a Constituição Federal não determina requisitos ou qualificações para a lei, a exemplo da expressão “nos termos da lei” constante no artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal, e reserva de lei restritiva qualificada, quando a Constituição Federal determina requisitos ou qualificações para a lei, limitando a discricionariedade do legislador, a exemplo do artigo 5º, inciso, XXIV da Constituição Federal em que ao se dispor sobre a desapropriação determinou que a regulação desta se dê por meio de lei que respeite a justa e prévia indenização em dinheiro. Por fim, tem-se que as restrições tácitas constitucionais são aquelas que embora não expressamente previstas no texto constitucional pressupõem uma autorização implícita ao legislador e ao judiciário para impor restrições aos direitos fundamentais com o objetivo de resolver e evitar colisões entre os próprios direitos fundamentais e destes com outros valores constitucionalmente assegurados, tais como segurança pública e saúde¹⁰⁴. Edílson Farias¹⁰⁵ expõe que:

“Deste modo, sucede com frequência, na vida social, a colisão da liberdade de expressão e comunicação (CF, art. 5º, IX) com o direito à privacidade (CF, art.5, X). Para solucionar tal colisão, valendo-se da harmonização ou acomodação dos direitos colidentes, bem como para prevenir futuros choques entre eles, a Constituição não obsta que o Congresso Nacional elabore lei que acabe por restringir os direitos colidentes, em determinadas circunstâncias. Tampouco o Judiciário, quando invocado para dirimir a referida colisão, estará impedido constitucionalmente de restringir quaisquer dos direitos colidentes, segundo as técnicas da concordância prática ou da ponderação de valores no exame do caso *sub judice*”

Ainda, importante destacar que nem toda a reserva de lei significa uma restrição, podendo determinar com maior precisão o âmbito de proteção do direito fundamental. Essa modalidade de intervenção do legislador é denominada pela doutrina como: configuração, conformação, concretização, etc. Vale destacar que o dispositivo constitucional que determinou a defesa do consumidor na forma da lei (artigo 5º, XXXII), autorizando a

¹⁰⁴ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo, EditorA Revista dos Tribunais, 2004, p. 36/38.

¹⁰⁵ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo, EditorA Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

elaboração do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1999), é um exemplo de configuração, eis que referida lei configura o direito dos consumidores.¹⁰⁶

Portanto, observa-se que a proteção às publicidade abusivas e enganosas (artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor), por estar disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, não pode ser classificada como ofensa ao direito fundamental de liberdade de expressão e informação, uma vez que o regramento de proteção ao consumidor regulamenta com mais precisão o âmbito de proteção contra as publicidades ilícitas, não limitando, portanto, a liberdade de expressão e sim determinando o alcance de seu conteúdo.

4.3 DAS RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO DENTRO DA PUBLICIDADE

Como conceituado acima, a publicidade abrange tanto os conceitos de liberdade de expressão quanto de liberdade de informação. Ainda, destaca-se que o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, configurou a proteção contra as publicidades abusivas e enganosas, conforme determinou o artigo 5º, XXXII da Constituição Federal.

Não obstante a existência dessa configuração, ainda importante destacar a existência de restrições diretamente constitucionais à liberdade de expressão e informação, constantes nos artigos abaixo comentados.

O artigo 220 da Constituição Federal estabelece restrição diretamente constitucional ao dispor no parágrafo primeiro que nenhuma lei conterà dispositivo que possa embaraçar à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, desde que observado o disposto no artigo 5º da Constituição Federal, incisos IV, V, X, , XIII e XIV¹⁰⁷. Assim, observa-se a restrição constitucional a leis que por ventura venham a desrespeitar referidos comandos constitucionais, ou seja, a proibição

¹⁰⁶ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 40.

¹⁰⁷ O artigo 5º da Constituição Federal dispõe nos seguintes incisos que:

IV-é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIII-é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

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

do anonimato, o direito de resposta, o respeito à honra, o direito à intimidade, à vida privada e à imagem.

Já o parágrafo terceiro do artigo 220 da Constituição Federal se classifica como uma reserva de lei restritiva qualificada, pois a Constituição Federal determina requisitos e qualificações para a lei, limitando a discricionariedade do legislador. Ora, o inciso primeiro expõe que cabe à lei federal regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendam, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada enquanto o inciso segundo determina que a lei federal deve estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Ainda, classifica-se como uma reserva de lei restritiva qualificada o parágrafo 4º que regula que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Também, o artigo 222 parágrafo 3º (mídia eletrônica subsumida ao artigo 221 da CF) enquadra-se como uma reserva de lei restritiva qualificada.

O artigo 221 da Constituição Federal estabelece restrições diretamente constitucionais eis que determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão (dentro dessa produção e programação está a publicidade) atenderão aos princípios da preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; da promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; da regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; e do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Antônio Jorge Pereira Junior¹⁰⁸ comenta que o modo de realizar as restrições existentes no artigo 221 tornou-se uma questão polêmica, uma vez que ainda não existe Lei

¹⁰⁸ PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. **Limites constitucionais à liberdade de expressão e os deveres da televisão em face do telespectador infante juvenil in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro.** Coordenação Ives Gandra Martins, Francisco Rezek.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU – Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 797.

Federal regulamentando o assunto, o que leva ao esvaziamento das exigências a respeito desses dispositivos. Contudo, expõe que:

“ Outro argumento a favor da aplicação imediata das restrições está na própria Carta Constitucional. Se as restrições são limitações decorrentes de outros direitos fundamentais, elas próprias se consolidam como garantias fundamentais. Assim, se o artigo 5º, §1º, atribui “aplicação imediata” a tais normas, não há como deferir esse efeito para momento legislativo posterior”¹⁰⁹

Por fim, importante destacar que outras normas como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e outras leis também fazem o papel de resguardar outros direitos atingidos pelo abuso da liberdade de expressão e informação. Neste sentido:

“Normas desses universos temáticos podem interferir no exercício dos direitos fundamentais, relativos a comunicação social, em razão da intersecção de matérias e competências. A interferência por vezes é mútua: no sentido inverso o direito da comunicação social pode reconfigurar aspectos dos demais âmbitos normativos civis, penais, administrativos etc. O limite dessa intromissão é a não desconfiguração do objeto das normas do setor que é afetado tangencialmente”¹¹⁰.

Assim, quando a liberdade de expressão entra em conflito com outros valores assegurados constitucionalmente, tais como a segurança pública, saúde, entre outros, haverá uma restrição tácita constitucional, que embora não expressamente prevista no texto constitucional pressupõe uma autorização implícita ao legislador e ao judiciário para impor restrição ao direito fundamental de liberdade de expressão e informação.

Este âmbito de proteção serve para resguardar os direitos fundamentais que garantem à pessoa a sua dignidade.

Com o estudo desenvolvido até o presente capítulo pode-se ir adentrando ao item final desta dissertação, em que se tratará da publicidade abusiva que afeta a dignidade da pessoa humana e da família.

¹⁰⁹ PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. **Limites constitucionais à liberdade de expressão e os deveres da televisão em face do telespectador infante juvenil in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro.** Coordenação Ives Gandra Martins, Francisco Rezek.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU – Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 798.

¹¹⁰ PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. **Limites constitucionais à liberdade de expressão e os deveres da televisão em face do telespectador infante juvenil in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro.** Coordenação Ives Gandra Martins, Francisco Rezek.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU – Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 798.

5. PUBLICIDADE ABUSIVA QUE AFETA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FAMÍLIA

Neste capítulo, tratar-se-á do desenvolvimento histórico do conceito de pessoa, por meio do qual se consolidou o princípio da dignidade da pessoa humana em vários ordenamentos jurídicos como princípio fundamental e informador para a proteção do ser humano.

Também, procurar-se-á demonstrar que a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana nos mais diversos ordenamentos jurídicos implica reconhecer a existência de um grande número de direitos e deveres fundamentais que asseguram à pessoa humana um mínimo existencial capaz de lhe garantir as condições mínimas necessárias para o desenvolvimento pleno de sua personalidade.

Ainda, buscar-se-á demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana irradia-se como princípio informador para os direitos da personalidade e para toda e qualquer garantia positivada e até mesmo não positivada que garanta ao indivíduo a sua completa realização e desenvolvimento. Nessa mesma direção, abordar-se-á o fato de que o direito do consumidor está enquadrado dentro da categoria de direito fundamental, sendo que a violação aos direitos dos consumidores pode gerar violação à dignidade da pessoa humana ao se atingir os direitos da personalidade, bem como abordar-se-á o fato de que a publicidade, mais especificamente a publicidade ilícita (enganosa e abusiva), também pode atingir bens jurídicos tutelados pelos direitos da personalidade, principalmente quando tratam o consumidor como mero objeto esquecendo-se do respeito ao mínimo essencial que deve ser respeitado em todo o ser humano.

Após estas considerações, adentrar-se-á na parte final deste trabalho em que se estudará a publicidade abusiva que afeta a dignidade da pessoa e da família.

5.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE PESSOA

Ao se estudar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, verifica-se que a sua evolução histórica está diretamente ligada ao próprio reconhecimento pelo homem de sua importância no mundo e nas relações que o cercam, sendo que a formação do conceito de pessoa ao longo dos tempos é que acaba por formar o conceito de dignidade

da pessoa humana. Fabio Konder Comparato¹¹¹ afirma existir cinco fases na formação do conceito de pessoa: a primeira, denominada axial, período em que despontou a idéia de igualdade entre os homens; a segunda, inaugurada com Boécio, no início do século VI, em que este autor fundamentou que a pessoa é a substância individual de natureza racional, entendendo por substância a característica própria de um ser, sendo que a partir dessa definição é que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial a todo o ser humano; a terceira fase da elaboração teórica do conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais, superiora a toda ordenação estatal surgiu com o pensamento de Kant que tem como idéia central que todo o homem tem um valor em si mesmo (dignidade) não podendo a pessoa ser coisificada; a quarta fase, para Fabio Konder Comparato, constituiu a compreensão de que o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em razão de preferências valorativas sendo a pessoa humana ao mesmo tempo legislador universal dos valores éticos que aprecia e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas; a quinta fase abriu-se no século 20, com a filosofia da vida e o pensamento existencialista. Ainda, referido autor expõe que a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentuou o caráter único, inigualável e irreprodutível da personalidade individual.

Essa evolução apresentada acima deu sólido fundamento para que a Declaração Universal dos Direitos Humanos fosse aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, contendo de forma condensada no artigo VI, que todo o homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.¹¹²

Observa-se que essa evolução histórica na formação do conceito de pessoa acabou por colocar o ser humano como centro de todo o interesse existente ante ao caráter único, inigualável e irreprodutível da pessoa humana. Ao se possuir ciência dessa particularidade do ser humano verificou-se a necessidade de que os ordenamentos jurídicos contemplassem em seu texto a proteção à dignidade da pessoa humana, como “standart” para proteção do ser humano, conforme se pode verificar nas linhas abaixo.

¹¹¹ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2º ed., 2001, p.12-29.

¹¹² COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2º ed., 2001, p. 31.

5.1.1 CONCEITO E TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

José Afonso da Silva¹¹³ expõe que foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha promulgada no dia 23 de maio de 1949 que por primeiro constou em seu texto, de forma expressa, a dignidade da pessoa humana como direito fundamental. O artigo 1º de referida Lei dispõe que:

“Artigo 1º - Lei Fundamental

(1)A dignidade do ser humano é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder estatal.

(2)A nação alemã reconhece, por esse motivo, direitos humanos invioláveis e inalienáveis como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da equidade no mundo.

(3)Os direitos fundamentais subseqüentes vinculam o Legislativo, o Executivo e Judiciário como direitos imediatamente válidos.”

Comenta referido autor que o fundamento para a positivação constitucional desse princípio, de base filosófica, foi o fato de o Estado Nazista ter aviltado gravemente a dignidade da pessoa humana mediante a prática de horrorosos crimes políticos sob a invocação de razões de Estado. Ainda, aduz que os mesmos motivos históricos justificaram a positivação desse princípio em Portugal e na Espanha. No Brasil, menciona que a tortura e todo o tipo de desrespeito praticado à pessoa humana levaram o constituinte brasileiro a incluir de forma expressa o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal¹¹⁴.

Assim, o texto constitucional brasileiro estipula que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da Constituição Federal, portanto consagrando-o como o princípio de maior relevância.

E nem poderia ser diferente, pois a dignidade da pessoa humana é o valor mais alto que o Direito pode proteger sendo esta a escolha do legislador brasileiro. A preocupação com a temática da dignidade da pessoa humana é assunto de extrema

¹¹³ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 37.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 37.

relevância e por isso muito estudado dentro das diversas matizes de pensamento, como visto no item acima. Destacam-se o pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola e Kant.

Giovanni Pico Della Mirandola¹¹⁵ entende que o homem é o ser mais digno da criação de Deus, por ter sido colocado no centro do universo e porque de tudo que foi criado ele possui sementes. Com base nesse argumento, referido autor classifica que o homem tem natureza indeterminada, pois não é como os anjos nem como os animais, uma vez que o homem pode ser aquilo que quiser ser, ou seja, igualar-se aos anjos ou degenerar-se e viver como um animal. Ressalta o autor que tal fato depende de sua liberdade nas escolhas que fizer, no predomínio da vontade sobre o ser abstrato.

Kant¹¹⁶ já expunha em sua obra que o homem é um ser único e insubstituível e que todas as ações que o instrumentalizem ou o coisifiquem, constituem-se em verdadeiras afrontas à dignidade humana, pois só a pessoa humana, como ser único e racional, é capaz de guiar-se autonomamente por suas próprias leis. A dignidade é, dessa forma, um valor intrínseco da pessoa, superior a qualquer preço que queiram lhe fixar¹¹⁷.

José Afonso da Silva expõe que o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal compreende dois conceitos fundamentais que revelam valores jurídicos: a pessoa humana e a dignidade. Sobre a pessoa humana, faz o seguinte resumo da obra de Kant (Emmanuel Kant, *Fondements de la Métaphysique dês Moeurs*, p. 112):

“Isso, em suma, quer dizer que só o ser humano, o ser racional, é pessoa. Todo o ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores, consciência e vivência de si próprio. Todo o ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa, em última análise, desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar o seu desenvolvimento. Nisso já se manifesta a idéia de dignidade de um ser natural que não obedece à outra lei senão àquela que ele mesmo, ao mesmo tempo, instituiu – no dizer de Kant”¹¹⁸.

¹¹⁵ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem; Textos Filosóficos**. Edições 70, 1989, p. 26/31.

¹¹⁶ KANT, I. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

¹¹⁷ RIVABEN, Fernanda Schaefer. Dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. Disponível no site <<<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7004/4982>>>, fls. 5/6 Acesso em: 02.12.2008.

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 37.

No que diz respeito à dignidade, José Afonso da Silva menciona que a dignidade é valor intrínseco, um valor da própria essência humana, o qual não tem preço nem permite substituição por qualquer outro.¹¹⁹

Alexandre de Moraes¹²⁰, a respeito da dignidade da pessoa humana, expõe:

“a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como conseqüência imediata da consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”.

Ao se analisar a Constituição Federal brasileira verifica-se que esta “expressamente apresenta, em seu pórtico, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Também o *caput* do artigo 170 fala em “existência digna”, no contexto da ordem econômica brasileira, reafirmando a responsabilidade do Estado quanto a esse elemento.”¹²¹

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins¹²² salientam que “a referência à dignidade humana parece englobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social”. José Afonso da Silva, nesse mesmo sentido, expõe sobre o princípio da dignidade humana que “se é fundamento é porque se constituiu num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio de ordem jurídica, mas o é também de ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”¹²³. Ainda, referido autor expõe:

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 37.

¹²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006, 7º ed., p. 48

¹²¹ TAVARES, André Ramos. **Os princípios fundamentais na Constituição de 1988, estudo de sua evolução em 20 anos**. Coordenação Ives Gandra Martins, Francisco Rezek.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU – Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 16.

¹²² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, Vol. 1, p. 425.

¹²³ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 38.

“Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), á educação, ao desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como mero enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.”¹²⁴

Alexandre Moraes¹²⁵ afirma que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana apresenta uma dupla concepção, quais sejam: direito individual protetivo (em relação ao próprio Estado e em relação aos demais indivíduos) e dever fundamental de tratamento igualitário entre os próprios semelhantes.

Quanto à dignidade humana ser um direito individual protetivo em relação ao próprio Estado, Edílson Pereira de Farias¹²⁶ expõe que:

“ Vale dizer: que o respeito da dignidade da pessoa humana constitui em um dos elementos imprescindíveis para a legitimação da atuação do Estado brasileiro. Qualquer ação do Poder Público e seus órgãos não poderá jamais, sob pena de ser acoimada de ilegítima e declarada inconstitucional, restringir de forma intolerável ou injustificável a dignidade da pessoa. Esta só poderá sofrer constrição para salvaguardar outros valores constitucionais”

Já em relação ao dever de igualdade, tem-se que a consagração da dignidade da pessoa humana implica considerar o homem como o centro do universo jurídico, e assim, esse reconhecimento abrange todos os seres humanos e cada um destes individualmente considerados, o que faz com que os efeitos irradiados pela ordem jurídica não se manifestem de modo diverso entre duas pessoas.¹²⁷

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 38.

¹²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006, 7º ed., p. 48-49.

¹²⁶ FARIAS, Edilson Pereira de - **Colisão de Direitos**. Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 51.

¹²⁷ NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O Direito Brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito Administrativo, Volume 219: I-IV, jan/mar 2000, fls. 237/251, p. 241.

Elimar Szaniawski¹²⁸ expõe que “o princípio da dignidade da pessoa humana consiste, pois, no ponto nuclear em que se desdobram todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público como um todo, bem como os particulares, pessoas naturais ou jurídicas”. Importante destacar que para este autor o conceito de dignidade da pessoa humana é facilmente confundido com o próprio conceito de personalidade¹²⁹, nos seguintes termos:

“Um conceito exato de *dignidade* que expresse todo o seu significado é difícil, senão impossível. O conceito de *dignidade* é fluido, multifacetário e multidisciplinar. O conceito de *dignidade* da pessoa humana, é freqüentemente, confundido com o próprio conceito de personalidade. Assim, a *dignidade* da pessoa humana, sob o ponto de vista jurídico, tem sido definida como um atributo da pessoa humana, o “fundamento primeiro e a finalidade última, de toda a atuação estatal e mesmo particular”, o núcleo essencial dos direitos humanos”

Tal confusão é justificável na medida em que a Constituição de 1988 ao cuidar da tutela da personalidade humana, o fez por meio de uma cláusula geral, consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal) como princípio informador matriz, sendo que o artigo 5º da Constituição Federal especificou alguns dos direitos da personalidade, os quais possuem o objetivo de fortalecer a tutela da personalidade humana.¹³⁰ Nesse mesmo sentido, Edílson Pereira Nobre Junior¹³¹ expõe que conatural ao reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana decorre a salvaguarda dos direitos da personalidade, por serem estes um conteúdo mínimo e imprescindível a esfera jurídica de cada pessoa, incidentes sobre sua vida, saúde, integridade física, liberdade física e psicológica entre outras.

Ainda, ao se analisar o conceito de dignidade da pessoa humana formulado por Ingo Wolfgang Sarlet¹³², verifica-se que a efetivação da dignidade da pessoa humana implica um grande número de direitos e deveres fundamentais que asseguram à pessoa humana um

¹²⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2º ed. rev., 2005, p. 142.

¹²⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2º ed. rev., 2005, p. 141.

¹³⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2º ed. rev., 2005, p. 144.

¹³¹ NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O Direito Brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito Administrativo, Volume 219: I-IV, jan/mar 2000, fls. 237/251, p. 247.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

mínimo existencial capaz de lhe garantir as condições para o desenvolvimento pleno de sua personalidade. Transcreve-se o conceito de referido autor, que adotar-se-á neste trabalho:

“Assim, sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Assim, para melhor compreender a abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio informador matriz, cláusula geral da tutela da personalidade humana, importante se estudar os direitos da personalidade para se demonstrar a característica informadora do princípio da dignidade da pessoa humana, da qual se desdobram vários princípios e garantias.

5.1.1.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Carlos Alberto Bittar¹³³, ao delimitar o tema dos direitos da personalidade, expõe que “consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”. Ainda, referido autor após apresentar os conceitos positivistas e naturalistas sobre os direitos da personalidade¹³⁴ menciona que se situa entre os naturalistas, tecendo o seguinte conceito sobre os direitos da personalidade:

“Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta – cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro

¹³³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2. ed., 1995, p. 01.

¹³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2. ed., 1995, p. 07-08. Cita Carlos Alberto Bittar que para os autores positivistas os direitos da personalidade constituem uma *mínimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo, constituindo-se em direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto. Contudo, expõe que para esses autores somente devem ser incluídos como direitos da personalidade apenas os conhecidos pelo Estado. Ainda, aduz que para os autores naturalistas os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercidas normalmente pelo homem, sendo direitos que se relacionam a atributos inerentes à condição de pessoa humana.

plano do direito positivo – a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária - e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares”.¹³⁵

Os direitos da personalidade apresentam as seguintes características: possuem natureza extrapatrimonial; são direitos absolutos com eficácia *erga omnes*; são irrenunciáveis e são intransmissíveis.¹³⁶ São extrapatrimoniais, pois além de não serem patrimoniais, podem ser classificados como direitos pessoais devido ao fato de estarem ligados diretamente à pessoa de seu titular; são absolutos, porque não existe um dever jurídico para uma pessoa determinada e sim um dever de ordem geral oponível a qualquer pessoa; são irrenunciáveis e intransmissíveis pois os direitos da personalidade enquadram-se como essenciais, sendo que sem esses direitos a condição de pessoa humana acabaria limitada e prejudicada, além de que são indisponíveis na medida em que não se pode renunciar a uma característica que *de per se* integra o todo da condição de pessoa humana¹³⁷.

Pontes de Miranda¹³⁸, em obra datada de 1956, aduz que os principais direitos da personalidade são: o direito à vida; o direito à integridade física; o direito à integridade psíquica; o direito à liberdade; o direito à verdade; o direito à igualdade formal (isonomia); o direito à igualdade material, que esteja na Constituição; o direito de ter nome e o direito ao nome; o direito à honra ; o direito autoral da personalidade.

Como dito acima, a partir da Constituição de 1988, em que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser o princípio informador, verifica-se que o texto constitucional no artigo 5º, caput, e incisos traz expressamente uma série de garantias fundamentais que fortalecem a proteção aos direitos à personalidade. Elimar Szaniawski¹³⁹ expõe diversos direitos da personalidade constantes no texto constitucional, transcreve-se:

¹³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2. ed., 1995, p. 07.

¹³⁶ NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O Direito Brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito Administrativo, Volume 219: I-IV, jan/mar 2000, fls. 237/251, p. 246.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada, construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 63-64.

¹³⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Civil, parte especial, Tomo VII, Direito da Personalidade, Direito de Família: Direito Matrimonial (Existência e validade do casamento)**, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 2º ed., 1956, p.08.

¹³⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2º ed. rev., 2005, p. 144.

”O artigo 5º, da Constituição de 1988, arrola diversos direitos especiais de personalidade, tipificando-os em seu *caput* e, esparsamente, nos diversos incisos do artigo. Destacam-se o direito à vida, à liberdade; à igualdade; à segurança e à propriedade. No inciso III, do mesmo artigo, garante a Carta Magna o direito à integridade psico-física; no inciso V, o direito de resposta e à imagem; no inciso IV, garante a Constituição o direito à livre manifestação do pensamento; no inciso IX, é garantido o direito à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; o inciso X, expressamente garante o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito à honra e o direito à própria imagem da pessoa; no inciso XI, está garantido o direito à inviolabilidade de moradia, no inciso XII, está expresso o direito ao segredo epistolar, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados. Os incisos XIII, XV, XVI e XVII explicitam diversas modalidades de liberdade, tutelada como um todo no *caput* do art. 5º, consoante foi anteriormente informado. Os incisos XXVII, XXVIII, alíneas “a” e “b”, e XXXV contemplam o direito de todo o indivíduo de acesso à justiça”.

Contudo, os direitos especiais da personalidade não se encontram apenas descritos no artigo 5º da Constituição Federal, também se encontram em outros artigos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, como o artigo 170 da Constituição Federal que estabelece os princípios da ordem econômica, os artigos 194 e 195 que tutelam a seguridade social, o artigo 201 que dispõe sobre a previdência social.¹⁴⁰

Edílson Pereira Nobre Junior¹⁴¹ expõe que a existência digna implica também cumprimento de prestações positivas, como a realização de ações integradas para a implementação da seguridade social (artigo 194 da Constituição Federal), destinadas a assegurar a prestação de direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social. Ainda, argumenta que os parâmetros protetivos constitucionais não se exaurem na esfera das relações Estado e indivíduo, e sim, que avançam suas fronteiras, abarcando as relações de indivíduos, de sorte a evitar o empobrecimento sem causa por ato atribuível ao particular, dando como exemplo o respeito à defesa do consumidor nos vínculos contratuais em massa (artigo 5º, XXXII, e 170, V da Constituição Federal). Também menciona que a ordem econômica está calcada no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁴² Como exemplo do que até agora foi exposto, analisar-se-á o artigo 170 da Constituição Federal que dispõe:

“Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

¹⁴⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2º ed. rev., 2005, p. 144-145.

¹⁴¹ NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O Direito Brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito Administrativo, Volume 219: I-IV, jan/mar 2000, fls. 237/251, p. 248-249.

¹⁴² NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O Direito Brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito Administrativo, Volume 219: I-IV, jan/mar 2000, fls. 237/251, p. 248-249.

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

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

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

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

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

Da análise desse artigo percebe-se que o maior valor buscado pela ordem econômica é a dignidade da pessoa humana, constante na expressão: “**tem por fim assegurar a todos existência digna**”. Este artigo está em consonância com o capítulo I, “Dos Princípios Fundamentais”, artigo 1º, inciso III do próprio texto constitucional brasileiro que estipula que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da Constituição Federal, portanto consagrando-o como o princípio de maior relevância.

Logo, pelo que foi exposto, verifica-se o caráter de princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como diretriz hermenêutica que emana para o conjunto das relações entre indivíduos e Estado, indivíduos e indivíduos e indivíduos e empresas.¹⁴³ Ainda, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana irradia-se para os direitos da personalidade e toda e qualquer garantia positivada e até mesmo não positivada que garantam a integridade física, psíquica, de consciência, bem como toda a prerrogativa que garanta ao ser humano a sua completa realização e desenvolvimento (valores inatos ao homem).

¹⁴³ NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. O Direito Brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Administrativo, Volume 219: I-IV, jan/mar 2000, fls. 237/251, p. 249.

5.1.1.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Comenta Simone Hegele Bolson¹⁴⁴ que os direitos do consumidor são direitos humanos de terceira geração, embora também sejam direitos sociais típicos, e que ultrapassam a classificação de direitos de segunda geração em razão do caráter de solidariedade que apresentam, por meio dos quais pobres e ricos se igualam. Ainda, enfatiza tal classificação aduzindo que os direitos do consumidor são direitos humanos de terceira geração objetivados na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, argumentando que a necessidade de proteção jurídica dos direitos do consumidor tornou-os direitos fundamentais impondo uma vinculação ao Estado e aos particulares na tutela das relações de consumo.¹⁴⁵

Cláudia Lima Marques¹⁴⁶ expõe que:

“Efetivamente, direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social e econômico positivado em muitas constituições, inclusive na brasileira (artigo 5º, XXXII, da CF/88)”

Assim, ao se constatar que o direito do consumidor é um direito fundamental, tem-se que a ofensa a esses direitos pode gerar ofensa à dignidade da pessoa humana, visto que tais violações ferem principalmente os direitos da personalidade do consumidor como o direito à honra, à intimidade, à integridade física e psíquica entre outros¹⁴⁷.

Os direitos da personalidade no Código de Defesa do Consumidor encontram-se dispostos nos artigos 6º, em particular no inciso I; no artigo 8º como complementação do

¹⁴⁴ BOLSON, Simone Hegele. **O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.46, p.265-290, abril/junho, 2003, p. 267.

¹⁴⁵ BOLSON, Simone Hegele. **O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.46, p.265-290, abril/junho, 2003, p. 269.

¹⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)**. Revista Jurídica, Porto-Alegre: nº 268, fev. 2000. p. 47.

¹⁴⁷ BOLSON, Simone Hegele. **O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.46, p.265-290, abril/junho, 2003, p. 279.

artigo 6º; nos artigos 42, 71 e 73¹⁴⁸. Exemplifica-se: o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor dispõe que são direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

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

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

Nota-se que o artigo acima transcrito protege uma série de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física e mental, a intimidade, a liberdade, a honra, a intelectualidade, o seu direito de se defender entre outros. Por conseguinte, ao se atingir um direito da personalidade estará se atingindo a dignidade da pessoa humana. Simone Hegele Bolson¹⁴⁹ assim expõe:

¹⁴⁸ BOLSON, Simone Hegele. **O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.46, p.265-290, abril/junho, 2003, p. 279.

¹⁴⁹ BOLSON, Simone Hegele. **O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.46, p.265-290, abril/junho, 2003, p. 281.

“Nosso entendimento é que, violados os direitos da personalidade do homem consumidor (não só, mas principalmente), violada também foi a dignidade da pessoa – consumidor.”

Para chegar a essa conclusão referida autora baseia-se no entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵⁰, o qual expõe que:

“A relação entre a dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode, portanto, ser corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico jurídico, de cunho subsidiário, mas sim, caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais. É neste contexto que se poderá afirmar, na esteira de Geddert-Steinacher, que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *suigeneres*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.”

Portanto, o direito do consumidor está enquadrado dentro da categoria de direito fundamental, assumindo o princípio da dignidade da pessoa humana a função de elemento e medida deste, sendo que a violação aos direitos do consumidor pode gerar violação à dignidade da pessoa humana, sempre que atingir os direitos da personalidade. Assim, apesar de a publicidade estar regulada de forma espreiada em nosso ordenamento, o Código de Defesa do Consumidor, traz um regramento sobre a publicidade ilícita (enganosa e abusiva), que quando configurada atinge os consumidores e em muitas vezes atinge os direitos da personalidade destes e, por conseqüência, fere o princípio da dignidade da pessoa humana. Passa-se agora a analisar a publicidade ilícita e a sua ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

5.2 PUBLICIDADE ILÍCITA E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Cláudia Lima Marques¹⁵¹ destaca que a ordem jurídica passou a se interessar pela publicidade devido a esta ser um método comercial de incitamento ao consumo de cunho finalístico e que tem o poder de efetivamente perturbar a ordem harmônica do mercado, podendo violar direitos de informação, de reflexão, de inviolabilidade moral e cultural dos consumidores e causar sérios e difusos danos econômicos a estes. Argumenta que em razão

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 103-104.

¹⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.10, p.9-20, abr.1994, p. 18.

dessa potencialidade deve a publicidade seguir certos parâmetros éticos, atingir certo grau de transparência e lealdade e que para se conseguir tais condutas o ordenamento jurídico impõe deveres àqueles que se utilizam da publicidade e direitos àqueles expostos à publicidade.

Ainda, referida autora expõe que:

“As regras presentes no CDC proibindo a vinculação de publicidade enganosa e publicidade abusiva, como verdadeiros atos ilícitos, parecem reforçar o já mencionado regime ético da publicidade, estabelecidos pelos art. 30, 35, 36 e 38 do CDC. Para que tais publicidades sejam consideradas abusivas ou enganosas não é necessária a vontade específica dolosa ou que a aproximação entre fornecedor e consumidor tenha sido com o intuito direto de vender, de comerciar, de concluir contratos, basta a atividade. Basta a atividade da publicidade, como determinação soberana e profissional do fornecedor e sob o risco profissional deste, em caso de falha, erro, ou culpa de terceiro da cadeia organizada ou contratada por ele próprio de fornecedores-auxiliares.^{152,}”

Ainda, dentre as práticas ilícitas na publicidade pode-se citar o rol exemplificativo das práticas abusivas descritas no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁵³ Importante frisar que o referido artigo, ao vedar ao fornecedor de produtos e serviços uma série de situações, emprega a expressão “dentre outras práticas abusivas”. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim¹⁵⁴ argumenta que esta expressão autoriza o administrador e o juiz a combater as práticas abusivas não expressadamente listadas no artigo 39 do Código, mas que não obstante, violem os padrões ético-constitucionais de convivência no mercado de consumo ou que contrariem o próprio sistema difuso de normas, legais e regulamentares, de proteção do consumidor. Ainda, expõe que:

“Tomando por guia os valores resguardados pela Constituição Federal – mas é bom também não esquecer as Constituições estaduais – são abusivas as práticas que atentem, já aludimos, contra a dignidade da pessoa humana (artigo 1, inc.III), a igualdade de origem, raça, sexo, cor e idade (artigo 3, inc. IV), os direitos humanos (art. 3º, inc. II), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (artigo 5º, inc. X)¹⁵⁵.”

¹⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.10, p.9-20, abr.1994, p. 18.

¹⁵³ AMATRUDO, Rosângela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, fls. 181. Rosângela Amatrudo expõe que Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim classifica a publicidade abusiva como espécie do gênero práticas abusivas, bem como considera espécie desta as cláusulas constantes no artigo 39 do CDC.

¹⁵⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, 9 ed., p. 378.

¹⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, 9 ed., p. 378.

Rosângela Amatrudo¹⁵⁶ tece o seguinte comentário ao justificar a ilicitude das práticas abusivas:

“Todo e qualquer comércio possui suas regras empresariais, podendo algumas delas estarem implícitas no momento da venda de algum produto ou serviço. No momento em que o consumidor se sente atraído pelas condições de um serviço ou por um produto em promoção que há muito tempo almejava, este é capaz de se submeter a determinadas condições que podem levá-lo a uma onerosidade excessiva, ou seja, a uma negociação desvantajosa. Este tipo de conduta praticada pelo comércio recebe o nome de prática abusiva elencada no rol do artigo 39 do CDC “o código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim, como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor, para ele vige presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação como também alheias a esta, seja, mediante a utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de suas dívidas””.

Pelo exposto acima, tem-se que tanto as práticas abusivas bem como a publicidade enganosa e abusiva classificam-se como ilícitos de consumo ou atos ilícitos.¹⁵⁷

Silvio Rodrigues¹⁵⁸ expõe que o ato ilícito é aquele que colide com a lei, com a moral ou com os bons costumes e, por isso, gera outros efeitos que não queridos pelo seu autor. Define o ato ilícito como aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem.¹⁵⁹ O regramento legal que rege a matéria (conceito e elementos estruturais) está contido no artigo 186 do Código Civil, que assim dispõe:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Também é ato ilícito o abuso de direito.¹⁶⁰ Dispõe o artigo 187 do Código Civil que:

“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁵⁶ AMATRUDO, Rosângela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, p. 182.

¹⁵⁷ AMATRUDO, Rosângela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, fls. 191.

¹⁵⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2007, 34º ed., p.307.

¹⁵⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2007, 34º ed., p.308.

¹⁶⁰ AMARAL, Franciso. **Direito Civil, Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 552.

Assim, as publicidades que acabam por ser consideradas abusivas e enganosas, são atos ilícitos por apresentarem infração a um dever legal que causam prejuízos a outrem. Também é ilícito, o caso de publicidades que excedem manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ao se confrontar os dispositivos atinentes aos atos ilícitos (artigo 186 e 187 do Código Civil) com o Código de Defesa do Consumidor no que diz respeito aos direitos da personalidade, pode-se entender que as publicidades abusivas e em alguns casos as publicidades enganosas, que ferem os direitos da personalidade, atingem o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Rosangela Armatrudo¹⁶¹ comenta que:

“Inegavelmente as publicidades que acabam por serem consideradas abusivas e em alguns casos enganosas, são atos ilícitos cometidos por seus responsáveis que por serem fatos concretos, acabam lesivamente ferindo os direitos da personalidade, bem como o supremo valor afiançado pela nossa Constituição Federal, ou seja, princípio da dignidade da pessoa humana expressamente previsto no artigo 1º, III, do texto constitucional”.

Desse modo, constatado que a publicidade enganosa ou a publicidade abusiva ferem os direitos da personalidade do consumidor (como o direito à honra, à intimidade, à integridade física e psíquica entre outros), tem-se por consequência que é atingido o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Rosangela Armatrudo¹⁶² comenta que a ilicitude das publicidades por vezes é de fácil constatação, contudo expõe que há uma certa problemática quando a ilicitude se encontra na subjetividade do tema. Ainda, referida autora salienta que há ofensa aos direitos da personalidade quando as publicidades coisificam o consumidor como mero “objeto” destinado a comprar ou adquirir produtos ou serviços por meio de técnicas persuasivas que se preocupam em agradar ainda que ilusoriamente o consumidor para que este não tenha qualquer dúvida e por um simples impulso adquira o produto anunciado esquecendo-se de que *“do outro lado estão não apenas “objetos” de seus interesses, mas sim, pessoas dotadas de direitos e que, portanto, devem ser respeitadas indistintamente por*

¹⁶¹ AMATRUDO, Rosangela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, p. 191.

¹⁶² AMATRUDO, Rosangela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, p. 193.

todos da coletividade. Observados todos os princípios legais dispostos na legislação, pela proteção do bem jurídico”.¹⁶³

Ainda, faz-se importante destacar que o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo tem entre seus objetivos o respeito à dignidade dos consumidores, que somente conseguirá ser efetivado quando resguardados os bens jurídicos que ingressam como objetos no cenário dos direitos da personalidade, os quais são de várias ordens: psíquicos (como: as liberdades de expressão, culto e credo e a higidez psíquica) e morais (como a dignidade pessoal).¹⁶⁴

Assim, as publicidades ilícitas ferem o princípio da dignidade da pessoa humana sempre que desrespeitam os bens jurídicos tutelados pelos direitos da personalidade, principalmente quando tratam o consumidor como mero objeto esquecendo-se do respeito ao mínimo essencial que deve ser respeitado em todo o ser humano.

Com o estudo desenvolvido até o presente capítulo pode-se ir adentrando ao item final desta dissertação, em que se tratará da publicidade abusiva que afeta a dignidade da pessoa humana e da família e as formas de proteção.

5.2.1 PUBLICIDADE ABUSIVA QUE AFETA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FAMÍLIA.

Já fora exposto no item “2.2.2.3” desta dissertação que a definição exata de publicidade abusiva apresenta uma grande dificuldade, pois sendo ela um desrespeito aos valores sociais incorporados pela média das pessoas e, portanto, valores não econômicos, tem-se como primeiro desafio em sua classificação entender e classificar quais seriam estes valores.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁶⁵ expõe que:

“O Direito, como já observado, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação de abusividade. Trata-se de uma noção plástica, em formação. Por um critério residual, em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e

¹⁶³ AMATRUDO, Rosangela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004, p. 193.

¹⁶⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 60.

¹⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, 9 ed., p. 351.

das Leis, não seja enganoso. O Supremo Tribunal Federal americano tentou – sem muito sucesso – fixar alguns parâmetros esclarecedores. Abusivo seria aquilo que ofende a ordem pública (*public policy*), o que não é ético ou o que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores.

São esses novos valores que dão contorno próprio à publicidade abusiva, distinto do traço da *enganosidade* da publicidade enganosa.”

Ainda, referido autor ressalta que o artigo 37, parágrafo segundo, traz uma mera indicação enumerativa dos casos de publicidade abusiva, cabendo aos aplicadores da lei (administradores e juízes), adaptarem o texto legal às práticas multifacetárias do mercado. Também menciona que no Código de Defesa do Consumidor, a abusividade foi tratada pelo legislador como um conceito jurídico indeterminado, que deve ser construído a partir do caso concreto devendo levar em conta para a sua formação, os valores constitucionais básicos da vida, exemplificando com os seguintes: dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), do trabalho (CF, art. 1º, V), do pluralismo político (CF, art. 1º, V), da solidariedade (CF, art. 3º, I), do repúdio à violência (CF, art. 4º, VI e art. 227, caput), e a qualquer comportamento discriminatório de origem, raça, sexo, cor, idade (CF, art. 3º, IV), da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas (CF, art. 5º, X), da valorização da família (CF, art. 226), da proteção ampla à criança, ao adolescente (CF, art. 227) e ao idoso (CF, art. 230), da tutela enérgica da saúde (CF, art. 196), do meio ambiente (CF, art. 225), do patrimônio histórico e cultural (CF, art. 216).¹⁶⁶

Neste trabalho, interessa o estudo das publicidades abusivas que afetam os valores da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da valorização da família (CF, art. 226), da proteção ampla à criança e ao adolescente (CF, art. 227).

5.2.1.1 PUBLICIDADE ABUSIVA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Novamente remete-se ao item “1.2.2.2 Publicidade Abusiva” no qual mencionou-se que da leitura do artigo 37, parágrafo segundo, do Código de Defesa do Consumidor se verifica que o principal foco da proteção ante a abusividade da publicidade são os valores sociais.

¹⁶⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, 9 ed., p. 352.

A dificuldade na conceituação da publicidade abusiva reside justamente nessa sua característica de afronta a valores sociais, visto que a sociedade está sempre em constante evolução. Assim, além rol exemplificativo do artigo 37, parágrafo segundo, do Código de Defesa do Consumidor, pode-se utilizar como parâmetro para classificar uma publicidade como abusiva se esta atinge a dignidade da pessoa humana.

Vale lembrar que o conceito de dignidade de pessoa humana¹⁶⁷ implica, entre outros fatores, na efetivação de um grande número de direitos e deveres fundamentais que asseguram ao sujeito um mínimo existencial capaz de lhe garantir as condições para o desenvolvimento pleno de sua personalidade, assegurando à pessoa a proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante, bem como garantindo as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria vida e na comunhão com os demais seres humanos.

Desse modo, a publicidade abusiva ferirá a dignidade da pessoa humana sempre que vier revestida de atos de cunhos degradantes ou desumanos, como a exploração da miséria, e exposição ao ridículo de pessoas, quando violarem os direitos da personalidade, e os valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade. Também, é abusiva a publicidade que “coisifique” a pessoa humana como um mero produto, a exemplo da utilização do apelo erótico. Como dito no item acima, citando-se Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin¹⁶⁸, o conceito de publicidade abusiva deve ser construído a partir do caso concreto devendo levar em conta para a sua formação, os valores constitucionais básicos da vida.

5.2.1.2 PUBLICIDADE ABUSIVA E FAMÍLIA

Alexandre de Moraes¹⁶⁹ afirma que a família é a base da sociedade tendo especial proteção do Estado, tanto legalmente quanto constitucionalmente, nos seguintes termos:

¹⁶⁷ Ressalta-se que conforme exposto no item “5.1.1” desta dissertação o conceito de dignidade humana utilizado neste trabalho é aquele formulado por Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62).

¹⁶⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, 9 ed., p. 352.

¹⁶⁹ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 7º ed., 2007, p. 2204.

“A família é a base da sociedade e, constitucionalmente e legalmente, tem especial proteção do Estado, pois, como ressalta Pinto Ferreira, “é incontestável, na sociedade contemporânea, e bem assim em todas as épocas, a influência decisiva da família, que parece de fato como um grupo social fundamental ou primário, atuando profundamente sobre o comportamento humano pela atuação capital exercida na educação dos filhos e na perpetuação da herança cultural”.

José Afonso da Silva¹⁷⁰ expõe sobre o tema família que:

“A *família* é afirmada como base da sociedade e tem especial proteção do Estado, mediante assistência na pessoa de cada um dos que a integram e criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não é mais só pelo casamento que se constitui a *entidade familiar*. Entende-se também como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e, para efeito de proteção do Estado, também, a *união estável* entre homem e mulher, cumprindo à lei facilitar sua conversão em casamento (cf. Lei 9.278, de 10.5.96). Em qualquer destes casos, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, especificando aqui o direito de igualdade entre ambos, já consignado no artigo 5º, I (art. 226).”

A Constituição de 1988 definiu três espécies de entidades familiares, quais sejam: a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (art. 226, parágrafo primeiro e segundo da CF); a constituída pela união estável entre o homem e a mulher devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, parágrafo terceiro) e a constituída por uma comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes¹⁷¹.

Como observado pelos autores acima citados, a entidade familiar recebeu especial proteção legal e constitucional, valendo destacar o artigo 226 da Constituição Federal que trata especificamente sobre a família como base da sociedade, nos seguintes termos:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 30º ed., 2007, p. 850.

¹⁷¹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 15º ed., 2004, p. 706.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A família é considerada constitucionalmente como a base da sociedade, e tal atribuição constitucional reside no fato de que a *“família é o espaço indispensável para a garantia da sobrevivência do desenvolvimento e da proteção integral dos filhos e demais membros, independentemente do arranjo familiar ou da forma como vêm se estruturando. É a família que propicia os aportes afetivos e sobretudo materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar de seus componentes. Ela desempenha um papel decisivo na educação formal e informal, em seu espaço são absorvidos os valores éticos e humanitários e se aprofundam os laços de solidariedade. É também em seu interior que se constróem as marcas entre as gerações e são observados valores culturais”*¹⁷².

Assim, a família é o suporte para o indivíduo poder livremente desenvolver a sua personalidade e se formar como pessoa. Com base nesta característica é que dentro do sistema normativo brasileiro se reconhece o princípio da autonomia familiar indentificado nos mecanismos legais que reconhecem o poder dos pais sobre os filhos. Nesse sentido, Antônio Jorge Pereira Junior¹⁷³ dispõe que:

“O princípio da autonomia familiar pode ser percebido no sistema normativo brasileiro por meio de diversos dispositivos que reconhecem aos pais o poder familiar sobre os filhos, bem como nas normas que tratam da competência dos pais em sua gestão (especialmente: CF, art. 229; CC, arts.1.630, 1.634, 1.689; ECA, arts.19, 21 e 22). Os pais perdem a imunidade no gerenciamento do poder familiar quando se omitem ou abusam do poder. Para esses casos se fez

¹⁷² SILVEIRA, Maria Lucia da. **Família: conceitos sócio-antropológicos básicos para o trabalho em saúde.** Fam. Saúde Desenv., Curitiba, v.2, n.2, p.58-64, jul./dez. 2000. Disponível no site <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/refased/article/view/4927/3751>> . Acesso em: 10.12.2008.

¹⁷³ PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. **Direito de formação da criança e do adolescente em face da TV comercial aberta no Brasil: o exercício do poder-dever de educar diante da programação televisiva.** Tese apresentada à Comissão de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como condição parcial para obtenção do título de Doutor, sob orientação do Professor Associado Carlos Alberto Dabus Maluf, do Departamento de Direito Civil. 2006, p. 143.

constar da CF o art. 226, § 8º, pelo qual se garante proteção à família na pessoa de cada um de seus membros.”

Nota-se que a redação do artigo 229 da Constituição Federal é bem clara quanto ao dever dos pais em “*assistir, criar e educar os filhos menores*”¹⁷⁴. Esse dever está intimamente ligado à possibilidade de pleno desenvolvimento da criança e do adolescente que devem encontrar na sua família um real lugar para a sua plena felicidade e desenvolvimento. José Afonso da Silva¹⁷⁵ afirma que:

“a família, que recebe a proteção estatal, não tem só direitos. Tem o grave dever, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente enumerados no artigo 227 (...).”

Assim, verifica-se que este dever não é somente dos pais, tendo responsabilidade o próprio Estado de proteger os pais dos abusos de outras entidades, situações e fatos que possam interferir na formação de seus filhos, a exemplo da publicidade, como bem ressalta Antonio Jorge Pereira Junior¹⁷⁶ ao falar sobre a comunicação social televisiva:

“Cabe também ao Estado proteger os pais de abusos de outras entidades que poderiam interferir abusivamente na formação de seus filhos, especialmente quando tais entidades se ocupam de serviços públicos, como as escolas públicas e a comunicação social televisiva. Na atualidade, a TV faz parte da cultura de formação de crianças e adolescentes e incide sobre sua formação moral. A TV aberta é serviço público de comunicação social audiovisual. A entidade concessionária tem o dever de cingir-se às exigências e princípios da Carta Magna. A entidade concedente deve fiscalizar o serviço e garantir sua adequação às finalidades previstas. Os capítulos V e VII, “da comunicação social” e “da família, da criança, do adolescente e do idoso”, compõem o título VIII da Constituição Federal, “da ordem social”. Neste título se encontra o princípio subordinante de absoluta prioridade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art.227 da CF).”

¹⁷⁴ Referido artigo possui a seguinte redação:

“Art. 229 da Constituição Federal - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 30º ed., 2007, p. 851.

¹⁷⁶ PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. **Direito de formação da criança e do adolescente em face da TV comercial aberta no Brasil: o exercício do poder-dever de educar diante da programação televisiva**. Tese apresentada à Comissão de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como condição parcial para obtenção do título de Doutor, sob orientação do Professor Associado Carlos Alberto Dabus Maluf, do Departamento de Direito Civil. 2006, p. 143.

Assim, quando se fala em publicidade abusiva que afeta a família e seus valores, está-se tratando de uma espécie de violência, que deve ser efetivamente fiscalizada e que possui proteção do Estado tanto constitucionalmente como legalmente.

Embora, possa se entender que o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família estão ainda no plano de normas programáticas à espera de regulamentação, tem-se que essa proteção pode ser alcançada no plano infraconstitucional quando a publicidade afronta os direitos da personalidade e por conseqüência à dignidade da pessoa humana, bem como em normas como o Estatuto da Criança e do Adolescente . Antônio Jorge Pereira Junior¹⁷⁷, nesse sentido, argumenta que:

“Para proteger a dignidade humana e seus reflexos imediatos (direito à vida, à liberdade, propriedade, igualdade, etc), existem instrumentos que se encontram entre as garantias constitucionais, além de outros disseminados nos diversos setores específicos do direito: civil, penal, trabalhista, etc. Todavia, uma vez que qualquer bem pode ser relacionado à dignidade humana, por força da dignidade de seu titular, os meios de proteção constitucionais integram subsidiariamente todas as situações jurídicas. O objeto imediato das garantias constitucionais não é um direito disponível no âmbito, mas um bem indisponível do titular - sua dignidade e reflexos imediatos -, ou um interesse social. Os deveres dos pais, da sociedade civil e do Estado com relação à pessoa menor de idade podem ser exigidos diretamente sob a perspectiva dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (CF e ECA), ou podem ser exigidos a partir dos deveres imputados às entidades em outros diplomas, como se poderá verificar no caso da televisão (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Código Brasileiro de Telecomunicações, Decreto n. 75.795). Podem ser exigidos cumulativamente.”

Assim, os membros da família encontram proteção legal e constitucional para se proteger de publicidades abusivas que afrontem o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da entidade familiar. Também, podem buscar proteção amparando-se nos direitos fundamentais da criança e do adolescente disciplinados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal disciplina no artigo 227 que:

“Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

¹⁷⁷ PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. **Direito de formação da criança e do adolescente em face da TV comercial aberta no Brasil: o exercício do poder-dever de educar diante da programação televisiva.** Tese apresentada à Comissão de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como condição parcial para obtenção do título de Doutor, sob orientação do Professor Associado Carlos Alberto Dabus Maluf, do Departamento de Direito Civil. 2006, p. 107.

liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida à participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no Art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no Art. 204.”

Alexandre de Moraes¹⁷⁸ expõe comentando referido artigo que “é dever constitucional da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Já José Afonso da Silva argumenta que a “Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças e adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como direitos previdenciários e trabalhistas (...)”.

Destaca-se o fato que a proteção à infância e à adolescência é norma obrigatória e não meramente programática¹⁷⁹, fato este que possibilita a aplicação direta dos dispositivos constitucionais ao caso concreto, principalmente quando se verificado que a publicidade abusiva atinge os direitos postos no artigo 227 da Constituição Federal.

Ainda, como já exposto no item “2.4” deste trabalho, o Estatuto da Criança e do Adolescente busca proteger a criança e o adolescente de situações que desrespeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como de situações que sejam nocivas a sua integridade física, psíquica e moral.

Também, restou exposto que apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente não dispor expressamente sobre a publicidade abusiva e enganosa que este tem por objetivo prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (artigo 70, ECA), enquadrando-se a publicidade abusiva como uma violação desses direitos.

Assim, qualquer publicidade que possa afetar a dignidade da criança e do adolescente, sua integridade física, psíquica e moral ou até mesmo expô-los a qualquer espécie de tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor deverá ser coibida pela sociedade, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente dispositivos legais para essa proteção. Nesse sentido, Antônio Jorge Pereira Junior¹⁸⁰ expõe:

¹⁷⁸ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 7º ed., 2007, p. 2221.

¹⁷⁹ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 7º ed., 2007, p. 2221.

¹⁸⁰ PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. **Direito de formação da criança e do adolescente em face da TV comercial aberta no Brasil: o exercício do poder-dever de educar diante da programação televisiva**. Tese apresentada à Comissão de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como

“Quando trata do direito à dignidade e à liberdade, o ECA assegura à criança e ao adolescente a inviolabilidade da integridade física, *psíquica e moral* devendo-se preservar-lhes a imagem, a identidade, a autonomia, os valores, idéias e crenças, os espaços e objetos pessoais (art.16). Estabelece como dever de *todos* “velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (art.17). Mais uma vez convoca toda a sociedade e lhe atribui dever coletivo.”

Portanto, verifica-se que a publicidade abusiva que afeta a família, a criança e a adolescência, encontra barreiras legais e constitucionais, sendo dever de todos resguardar os valores sociais e a proteção da entidade familiar, principalmente, quando a ofensa à família resulta em algum tipo de agressão à criança e ao adolescente.

CONCLUSÃO

A publicidade, por ser uma ferramenta de formação do consentimento do consumidor é capaz de movimentar grandes quantias econômicas e criar várias expectativas aos indivíduos como, por exemplo, a felicidade na compra de um produto, desempenhando, assim, um papel fundamental na economia, na sociedade, na cultura e no direito, sendo que o seu potencial de criar necessidades pode ser utilizado em detrimento da verdade, dos valores sociais e da vulnerabilidade do consumidor.¹⁸¹

Quando ocorrem essas ofensas, não é raro se verificar que as publicidades ilícitas ferem o princípio da dignidade da pessoa humana sempre que desrespeitam os bens jurídicos tutelados pelos direitos da personalidade, principalmente, quando tratam o consumidor como mero objeto, esquecendo-se do mínimo essencial que deve ser respeitado em todo o ser humano.

Como visto no decorrer deste trabalho, para proteger o consumidor das publicidades ilícitas, adotou-se no Brasil entre três formas existentes para a regulação da publicidade, a forma mista, que além de ser constituída de regras legais e constitucionais, conta com a auto-regulação do próprio setor publicitário, cujas normas possuem força contratual aos aderentes desse tipo de regulação.

Contudo, embora exista uma regulação e uma auto-regulação relativa à matéria publicitária, constata-se na realidade diária a falta de um controle eficaz que proteja as famílias e a sociedade contra as publicidades ilícitas, principalmente as abusivas.

Necessário considerar que há uma proteção metaindividual contra as publicidades ilícitas, que perpassa o âmbito individual. Quando uma publicidade enganosa é veiculada, é possível ao consumidor se defender de várias formas, com as prerrogativas constantes no ordenamento legal e constitucional, em especial as contantes no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, pois apesar de a publicidade enganosa atingir a um direito difuso, tem-se que de um mesmo fato pode surgir tanto pretensões difusas, coletivas como individuais, guardando a devida ressalva às ações cujos interesses são indisponíveis, cuja legitimidade para a propositura da ação passa a ser do Ministério Público.

¹⁸¹ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 9, p. 25-57, jan. 1994, p.25-29.

Já quando a questão é referente às publicidades abusivas em que não se discutem valores econômicos e sim a ofensa a valores sociais e à vulnerabilidade do consumidor, e que costumeiramente o simples fato de se veicular a publicidade gera violação aos direitos da personalidade (valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física e mental, a intimidade, a liberdade, a honra, a intelectualidade etc) e por conseqüência a dignidade da pessoa humana, tem-se que o titular para propor a demanda é o Ministério Público.

Nota-se que tanto a regulação como a auto-regulação do setor publicitário não são preventivas, restando ao consumidor ou ao Ministério Público ingressar com as devidas medidas legais quando violado o direito do consumidor ante a constatação da publicidade ilícita, fato este prejudicial à família, visto que muitas publicidades abusivas geram ofensa aos direitos da personalidade, às vezes causando danos irreparáveis às crianças e aos adolescentes, por exemplo.

Não se está aqui propondo uma censura à publicidade e sim discutindo-se uma forma de prevenir que as publicidades ilícitas após veiculadas gerem danos irreparáveis à família, à infância e à adolescência. Como já mencionado no decorrer desta dissertação, a liberdade de expressão não é um valor intocável dentro do texto constitucional, uma vez que a própria Constituição Federal estabelece limites à comunicação social, a exemplo, do parágrafo 3º e incisos do artigo 220, em que o texto constitucional determina, entre outras providências, que a lei federal respaldará valores sociais como a família e a higidez mental de crianças e adolescentes.

Ao se verificar que o texto constitucional dispõe que a programação dos meios de comunicação deve observar certos princípios, possuindo um conteúdo, preferencialmente, educativo, artístico, cultural, informativo e que respeite os valores éticos e sociais da pessoa e da família, tem-se que a publicidade, ao ser veiculada pelos mesmos veículos de comunicação, também deve seguir a estes parâmetros constitucionais limitadores da total liberdade de expressão.

Assim, como medida de proteção e resguardo aos valores da família, da infância e da adolescência deveria se aplicar à matéria publicitária disposições legais como as contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente que disciplina nos artigos 74 a 80 que o Poder Público, por meio do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e

horários em que sua apresentação se mostre inadequada. Destaca-se nesse estatuto que o artigo 76 restringe a exibição pelas emissoras de rádio e televisão de qualquer programação, somente podendo ser exibido no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Portanto, embora não haja regulação legal sobre os dispositivos constitucionais que protegem a família por meio de uma lei específica, tem-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente pode muito bem ser usado para a proteção da família contra as publicidades abusivas que por sua própria natureza acabam por afetar a dignidade da pessoa humana.

Ainda, por analogia, poderia se restringir o horário de exibição das publicidades, conforme a Lei número 9294, de 15 de julho de 1996, que regula o uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas, visto que o artigo 4º restringe o horário de exibição da publicidade de bebidas alcoólicas nas emissoras de rádio e televisão entre as vinte e uma e as seis horas. Ora, como o principal fundamento da Lei número 9294, de 15 de julho de 1996, é impedir que a publicidade seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde, a aplicação analógica desta lei às publicidades de uma forma geral geraria a necessária proteção à família, à infância e à adolescência quanto à exposição nos horários em que a família está mais sujeita a presenciar estas publicidades.

Portanto, constata-se que apesar de existirem dispositivos legais e constitucionais que protegem a família das publicidades ilícitas, bem como a existência da auto-regulação do setor publicitário, ainda não existe um conjunto de medidas capazes de proteger antes da veiculação publicitária, a família, a criança e o adolescente das práticas ilícitas e principalmente abusivas das publicidades, fato este que torna o princípio da dignidade da pessoa humana exposto à vontade dos responsáveis pela criação, comercialização e divulgação da publicidade em preservar ou não tal princípio e com ele os direitos da personalidade.

Dentro das medidas possíveis a serem adotadas na prevenção contra as publicidades ilícitas que afetem a família, a criança e os adolescentes, além da possibilidade da aplicação analógica dos artigos já existentes em nosso ordenamento jurídico, assunto já abordado nessa conclusão, seria necessária a implementação mais eficaz de mecanismos

como a contrapropaganda e, principalmente, a conscientização das próprias famílias para denunciarem publicidades abusivas e enganosas junto ao Ministério Público e ao Conar.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Antonio José. **Publicidade e defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , n. 21 , p. 105-111, janeiro/março 1997.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Conceito de Publicidade**. in Boletim do Ministério da Justiça, nº 349, outubro de 1985.
- AMARAL, Franciso. **Direito Civil, Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMATRUDO, Rosangela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , n. 52 , p. 163-221, out. 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, Vol. 1.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , n. 9, p. 25-57, jan. 1994.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2. ed., 1995.
- BOENING, Evelena. **Porque o CONAR**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 4 , p. 201-224, nov. 1992.
- BOLSON, Simone Hegele. **O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.46, p.265-290 , abril/junho, 2003.
- CHAMBERLAIN, Marize M Cavalcanti. **Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação** in Direitos metaindividuais/ Carlos Henrique Bezerra Leite (coordenador). São Paulo: LTr, 2004.
- COSTA, Henrique Araújo e COSTA, Alexandre Araújo. **Direito da Publicidade**. Disponível no site <<http://www.arcos.adv.br/livros/direito-da-publicidade/capitulo-i-o-setor-de-publicidade/3-o-setor-de-publicidade-no-brasil/#topo>>, 2008. Acesso em: 16.11.2008.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2º ed., 2001.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S. A. 13º ed., 2001.

DURIGAN, P.L. **Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência**. Curitiba, 2007, p. 268. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdades Integradas Curitiba. Disponível em <<http://www.apriori.com.br/artigos/publicidadecomparativa.pdf>>, fls. 115. Acesso em: 15.11.2008.

FADEL, Marcelo Costa. **Breves comentários ao código de auto-regulamentação publicitária do Conar**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , v. 50 , p. 153-170, abr. 2004.

FARIAS, Edilsom. **Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988**. Disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2195>, (Texto publicado na Revista da Justiça Federal do Piauí nº 1, vol. 1, jul/dez 2000). Acesso em 15.11.2008.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo, EditorA Revista dos Tribunais, 2004.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Direitos difusos e coletivos**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.

FROTA, Mario. **Auto-Regulação: Vantagens e Desvantagens**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , v. 4 , p. 43-51, nov. 1992.

GRINBERG, Rosana. **O Judiciário e os Direitos Individuais e Coletivos**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.27, p.49-57 , julho de 1998.

GUERRA, Beth. **Deslize erótico da C&A**. Redação Gazeta Rádios e Internet, junho/2008. Esta matéria está disponível no site: <http://www.bichodegoiaba.com.br/2008/06/09/deslize-erotico-da-ca/>

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

JORGE, Flávio Cheim. **Responsabilidade civil por danos difusos e coletivos sob a ótica do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n. 17, p. 97-138 , janeiro de 1996, fls.98.

KANT, I. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceitros e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2 ed. rev. e atual., 1991.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor, o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. **Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)**. Revista Jurídica, Porto-Alegre: n° 268, p. 39-71, fev. 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.10, p.9-20, abr.1994, fls. 18.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 13° ed., 2000, p. 132.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **Prevenção de riscos no controle da Publicidade Abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.35, p.123-131, jul./set.2000, fls. 126.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Civil, parte especial, Tomo VII, Direito da Personalidade, Direito de Família: Direito Matrimonial (Existência e validade do casamento)**, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 2° ed., 1956.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 15° ed., 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo, Atlas, 7° ed., 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1° a 5° da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006, 7° ed.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulamentação profissional e Administração Pública**. Coimbra, Almedina, 1997.

NASCIMENTO, Salete Fatima. **Publicidade enganosa nos títulos de capitalização**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.16, n.63, p.330-350, jul./set.2007.

NETO, Floriano de Azevedo Neto. **Limites a abrangência e à intensidade da regulação estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 4, nov/dez de 2005/ jan de 2006, disponível no site: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005FLORIANO_AZEVEDO.pdf>>, p. 3. Acesso em 11.11.2008.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O Direito Brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Revista de Direito Administrativo, Volume 219: I-IV, jan/mar 2000, fls. 237/251.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material (arts. 1 a 54).** São Paulo: Saraiva, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. **Direito de formação da criança e do adolescente em face da TV comercial aberta no Brasil: o exercício do poder-dever de educar diante da programação televisiva.** Tese apresentada à Comissão de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como condição parcial para obtenção do título de Doutor, sob orientação do Professor Associado Carlos Alberto Dabus Maluf, do Departamento de Direito Civil. 2006.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. Limites constitucionais à liberdade de expressão e os deveres da televisão em face do telespectador infante juvenil in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. Coordenação Ives Gandra Martins, Francisco Rezek.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU – Centro de Extensão Universitária, 2008.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem; Textos Filosóficos.** Edições 70, 1989.

RIVABEN, Fernanda Schaefer. Dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. Disponível no site <<<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7004/4982>>>, fls. 5/6, consultado em 02.12.2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2007, 34° ed.

SANTOS, João Marcelo Máximo R. dos. **Visão jurídica da Auto-Regulação no Mercado de Seguros.** Revista Brasileira de Risco e Seguro. Volume I, Número I, Abril/Julho de 2005; disponível no site <<http://www.rbrs.com.br/paper/download/RBRS2_2%20%20Jo%C3%A3o%20Marcelo.pdf>>, p. 02. Acesso em 10.11.2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada, construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Editora Malheiros, 30 ed., 2008.

SILVEIRA, Maria Lucia da. **Família: conceitos sócio-antropológicos básicos para o trabalho em saúde**. Fam. Saúde Desenv., Curitiba, v.2, n.2, p.58-64, jul./dez. 2000. Disponível no site <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/refased/article/view/4927/3751>>. Acesso em: 10.12.2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**. São Paulo, Editora Atlas, 3 ed., 1999.

SPODE, Guinther. **O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.11, n.43, p.178-191, jul./set.2002.

SOUZA, Motaury Cioccheti de. **Interesses Difusos em espécie: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa**. Saraiva, São Paulo, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2º ed. rev., 2005.

TAVARES, André Ramos. **Os princípios fundamentais na Constituição de 1988, estudo de sua evolução em 20 anos**. Coordenação Ives Gandra Martins, Francisco Rezek.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU – Centro de Extensão Universitária, 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil Pública**. Editora Atlas, São Paulo, 2 ed., 1988.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)