

LIMITAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR: uma análise a partir da liberdade de expressão e da proteção integral do menor

Carla Piffer¹

Rafael Niebuhr Maia de Oliveira²

Rafael Francisco Dominoni³

RESUMO: Objetiva-se analisar a possibilidade da limitação da publicidade infantil no âmbito do Direito do Consumidor, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis. Por meio de pesquisa qualitativa, utilizando-se do método indutivo, operacionalizado pela técnica de revisão bibliográfica em fontes doutrinárias, em leis e projetos de leis, confrontou-se os princípios da liberdade de expressão, no contexto da publicidade infantil, com a proteção integral da criança e adolescente, pelo que se pôde concluir a liberdade de expressão deve, nesse caso, ceder em favor da proteção aos menores, que se mostram vulneráveis ao arcabouço midiático que lhes é imposto, com o claro intuito de vender, ao invés de informar. Constatou-se, por fim, que a sociedade brasileira carece de regramento específico para esse problema, o que vem abrindo espaço para que outros poderes usurpem a função do Poder Legislativo, gerando assim, ou o ativismo jurídico ou o império dos decretos e medidas provisórias

PALAVRAS- CHAVE: Antinomia real. Liberdade de expressão. Limitação de direitos. Proteção integral da criança e adolescente. Publicidade infantil.

ABSTRACT: The objective is to analyze the possibility of limiting children's advertising in the scope of Consumer Law, in light of the applicable constitutional principles. Through a qualitative research, using the inductive method, operationalized by the technique of bibliographical revision in doctrinal sources, laws and draft laws, the principles of freedom of expression were confronted in the context of children's advertising, with integral protection of the child and adolescent, so that freedom of expression could be concluded, in this case, to give in favor of the protection of minors, who are vulnerable to the media framework imposed on them, with the clear intention of selling, instead of informing. Finally, it was verified that Brazilian society lacks a specific rule for this problem, which has opened space for other powers to usurp the function of the Legislative Power, thus generating either legal activism or the rule of provisional decrees and measures

KEYWORDS: Real antinomy. Freedom of expression. Limitation of rights. Comprehensive protection of children and adolescents. Children's advertising.

¹Pós-doutora pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi de Perugia - Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI - Bolsista do Programa Nacional de Pós-Doutorado - PNPd da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior - CAPES.

² Especialista em Direito Processual pela UNIDERP.; Professor das Disciplinas de Processo Constitucional, Direito Eleitoral e Direito do Trabalho da UNIFEBE – Brusque/SC. Professor de Pós-Graduação (MBA) na UNIVALI da Disciplina de Contratos Agrários. Professor de Pós-Graduação (MBA) no INPG da Disciplina de Direito Empresarial e Contratos. Coordenador da Especialização em Direito do Trabalho e Previdenciário – UNIFEBE. Advogado inscrito nos quadros da OAB/SC sob o n. 25.993.

³ Especialista em Direito Civil e do Consumidor pela FURB. Advogado inscrito nos quadros da OAB/SC sob o n. 19.073.

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objetivo central analisar a possibilidade da limitação da publicidade infantil no âmbito do Direito do Consumidor, com espeque nos princípios constitucionais e consumeristas. Para tanto, buscar-se-á confrontar dois direitos fundamentais: a liberdade de expressão e a proteção integral do menor e adolescente. Pretende-se entender, qual deles deve sobressair na hermenêutica jurídica que deve ser realizada quando, por meio da liberdade de informar, os anúncios publicitários, acabam por causar danos aos infantes. Desta forma, objetiva-se a partir de uma análise prévia teórica-hermenêutica estabelecer um arcabouço conceitual suficiente a analisar de forma crítica o projeto de lei n. 5921/2001 que busca alterar o Código de Defesa do Consumidor, para implantar mecanismos jurídicos de defesa aos menores e, que ao mesmo tempo, limitam a liberdade de expressão do mercado publicitário dedicado a este setor de mercado. Assim, pretende-se responder se o legislador deu adequada proteção ou se exagerou na medida, ferindo assim de forma desproporcional um direito constitucional fundamental a pretexto de proteger outro. No desenvolvimento desta pesquisa qualitativa, serão utilizados o método indutivo e as técnicas da pesquisa bibliográfica em fontes legais e em doutrinas constitucionais e civis brasileiras.

TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR E ADOLESCENTE

Como ponto de partida para a análise proposta, deve-se compreender a proteção que a Constituição Federal conferiu às crianças e adolescentes a partir de sua promulgação, a qual pode ser observada no seu artigo 227 que instituiu a chamada teoria da proteção integral ao menor e adolescente. Compreende-se que assim definindo, o Constituinte migrou da teoria de situação irregular contemplado no antigo Código de Menores (Lei 6.697/79), passando a adotar o que a doutrina denomina de “teoria da proteção integral”, quando se coloca o menor em posição absoluta prioridade em relação aos direitos individuais e sociais⁴. Citada teoria passa a ser ainda mais evidente no direito brasileiro com o advento, dois anos depois da promulgação da Constituição, do Estatuto da Criança e

⁴ SILVA, Gustavo de Melo. *Adolescente em conflito com a lei no Brasil: da situação irregular à proteção integral*. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*.

do Adolescente, criado a partir da Lei 8.069/90, que mantem o compromisso do Estado brasileiro com a proteção integral às crianças e adolescentes, uma vez que além de reproduzir na íntegra o art. 227 da Carta Magna junto ao seu artigo 4º, ainda especifica, em rol não taxativo⁵, de que forma a proteção deve ser exercida:

Ferrão, Zappe e Dias⁶ observam que o principal escopo desta nova ordem jurídica em relação aos menores é “assegurar que sejam mantidas condições adequadas ao pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, independente de sua situação jurídica, superando assim o viés estigmatizante da legislação anterior” Ao tratar da terminologia ora analisada, Fonseca⁷ observa o conceito de “absoluta prioridade” como um verdadeiro princípio norteador para a efetivação das garantias das crianças e adolescentes, sendo um princípio que distingue as garantias da criança e do adolescente, daquelas conferidas aos adultos. Além de se tratar de norma positivada tanto no texto constitucional, quanto na legislação especializada, pode-se dizer que a teoria da proteção integral foi elevada à condição de princípio estruturante – conforme a definição principiológica de Humberto Ávila⁸ –, devendo assim orientar a organização e atuação do Estado tendo em vista à sua efetivação, não admitindo-se seu afastamento, senão em choque com outro princípio da mesma grandeza.

Quanto a isto, o ensinamento de Ávila é muito claro, ao afirmar que em havendo regra constitucional merecedora de proteção privilegiada “[...] há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de uma regra que não pode simplesmente desprezada pelo legislador, ainda que haja internamente alguma margem de indeterminação para a definição do seu sentido”.⁹ Assim, compreendendo-se que, a partir da Constituição Federal de 1988, a proteção integral à criança e ao adolescente foi elevada ao *status* de princípio estruturante do Estado Democrático brasileiro, não resta aos operadores do direito outra opção senão a sua estrita observância, tanto na produção de normas, quanto na interpretação das normas existentes, de forma que o seu afastamento só seria cabível em caso de choque inafastável com princípio de mesma grandeza, o que possibilitaria, conforme o caso específico, a utilização da teoria da antinomia real de Alexy. Todavia, conforme destacam Ferrão, Zappe

⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da Criança e do Adolescente*. p.17.

⁶ FERRÃO, Iara da Silva; ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. *O olhar de socioeducadores de uma unidade de internação sobre a efetivação da doutrina da proteção integral*. p.42-55.

⁷ FONSECA, Antonio. *Direitos da Criança e do Adolescente*. p. 18.

⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p.135.

⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p.140.

e Dias¹⁰, em que pesem as quase três décadas de vigência da teoria da proteção integral, ainda é possível verificar a sua aplicabilidade prática no âmbito das políticas públicas, muito em razão da herança cultural advinda da Doutrina de Situação Irregular, o que demanda “um grande esforço por parte de alguns segmentos desta, no sentido de romper com a dimensão cultural da Doutrina da Situação Irregular e implementar uma nova doutrina”. Desta forma, a atividade legislativa pode e deve dar sua contribuição nesta comunhão de esforços no sentido da efetivação da doutrina da proteção integral na sociedade brasileira.

EFEITOS DA PROPAGANDA AO PÚBLICO INFANTIL

Conforme apresentado no ponto anterior, a liberdade de expressão deixou de ser um direito individual para alcançar *status* de direito coletivo e difuso, e a análise dos alcances e limites deste direito devem ser observados por esta mesma ótica plural, ou seja, se deve considerar tanto os interesses do informante, representado pelos atores envolvidos no mercado publicitário, quanto os interesses dos informados, sujeitos que forma a audiência para a qual se dirige a propaganda. A partir deste posicionamento é que nasce a preocupação com o efeito da publicidade sobre a sociedade, por ser esta cada vez mais incapaz de responder de forma autônoma aos impulsos consumistas provocados pelas publicidades cada vez mais exponenciais, ao passo que as resistências individuais aos estímulos dos indivíduos parecem reduzir. E esta preocupação é ainda maior quando se trata do público infantil, que por óbvio é mais vulnerável aos incentivos desta natureza.

Assim, o tema ganha ainda mais importância face a inegável influência da publicidade na vida social. Ante ao indiscutível fato de vivermos em uma sociedade de consumo, o investimento em publicidade é indispensável para as empresas se destacarem no mercado e alcançarem sucesso. Ocorre que tanto a disputa do mercado, quanto os investimentos cada vez maiores em publicidade, acirram naturalmente a competitividade, o que resulta em propagandas dos mais diversos temas, estilos e formas, sendo por vezes “impróprias”, ou “inadequadas”.

E com o mercado infantil não é diferente. Há por vezes publicidades “inadequadas”, e assim, tal como as propagandas destinadas ao público adulto - que

¹⁰ FERRÃO, Iara da Silva; ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. O olhar de socioeducadores de

também possuem limites que se sobrepõe a liberdade de expressão, como a licitude de produto, não ofensa à etnias ou opção sexual, entre outras-, a publicidade infantil deve ser regulada a fim de atender aos interesses dos menores, de forma a não prejudicar sua formação educacional, psicologia, moral e também não permitir que este seja alvo de uma indevida influência e exploração publicitária abusiva. Assim, deve-se perquirir quais são os efeitos da publicidade sobre o público infantil, para então, com tal informação, analisar a legislação que pretende regular e evitar eventuais abusos.

obre a demanda que não mais antecede a oferta de novos produtos e tecnologias, Baumann e May¹¹ destacam que “as novas tecnologias não são mera resposta a uma necessidade: de modo algum sua aparição foi determinada pela demanda popular. Trata-se antes de demanda determinada pela disponibilidade de nova tecnologia.” de modo que a propaganda se mostra ferramenta indispensável neste processo, uma vez que “Hoje, nada no desejo de influenciar os consumidores é deixando ao sabor da sorte”.¹² Os dados estatísticos apontam para um crescente aumento no tempo em que o público infantil passa em frente à televisão e internet, o que os torna cada vez mais expostos às mais variadas publicidades, e por óbvio, também a publicidade infantil. Segundo dados divulgados no site do “Projeto Criança e Consumo/ Instituto Alana”¹³:

O tempo médio por dia que **crianças e adolescentes** passam em frente à **televisão** tem subido constantemente, em 10 anos (entre 2004 e 2014) foi registrado um aumento de 52 minutos. Os dados fazem parte do **Painel Nacional de Televisão, do Ibope Media**, que registra a evolução do tempo dedicado à TV (canais abertos e fechados, não inclui os programas assistidos sob demanda) por crianças e adolescentes entre 4 e 17 anos de todas as classes sociais. O tempo foi contabilizado diariamente por meio do people meter em 15 regiões metropolitanas do Brasil. Em 2004 o tempo médio por dia de exposição à TV foi de 4h43, ao longo dos anos esse número aumentou e em 2014 chegou a 5h35, mais tempo que uma criança passa por dia na escola que é cerca de 3h15, segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas de 2006. Os dados coletados em 2015 indicam que a tendência do tempo de exposição à TV é de subir ainda mais, até 27 de maio deste ano foram registrados 5h35, o mesmo tempo obtido no ano inteiro de 2014. (grifou-se)

Além do fato da exposição da criança à publicidade infantil estar crescendo, este público, em regra, é mais suscetível à propaganda. Conforme sustenta Corrêa¹⁴ as crianças

uma unidade de internação sobre a efetivação da doutrina da proteção integral. *Barbarói*. p. 42-55.

¹¹ BAUMANN, Zygmunt. MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. p. 240

¹² BAUMANN, Zygmunt. MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. p. 236

¹³ CRIANÇA E CONSUMO. *Tempo de crianças e adolescentes assistindo TV aumenta em 10 anos*.

¹⁴ CORRÊA, Gisleine Bartolomei Fregoneze. *Contribuições ao estudo da adoção de produtos/marcas por meio de comportamentos*

de apenas três anos já conseguem conhecer produtos, e nas escola pré-primária já lembram e identificam anúncios na televisão. Afirma assim Corrêa¹⁵:

Crianças são geralmente mais suscetíveis a anúncios do que pessoas de outras faixas etárias (Macklin, 1985 apud Braun-Latour; Latour, 2004), e pesquisas logo buscaram protegê-las. Thorson, 1990 apud Braun-Latour; Latour, 2004, conclui a revisão do estudo sobre a influência da propaganda em consumidores infantis afirmando que muito do impacto da propaganda pode vir da acumulação em longo prazo das centenas ou milhares de anúncios aos quais nós somos expostos. Assim há poucas pesquisas que examinam a tarefa de localizar os consumidores de uma idade jovem com uma mensagem que pretendeu influenciar o comportamento posterior em sua vida (MIZERSKI, 1995 apud BRAUN-LATOURE; LATOUR, 2004).

Com tais informações, a publicidade busca fazer uso de mensagens diretas e também subliminares para vender o produto ou a sensação por meio da propaganda. Tal objetivo é comum à publicidade voltada para os adultos, porém o público infantil não consegue entender o objetivo da propaganda, que é vender o produto, tomando toda a informação, em regra, como verdadeira e sem qualquer filtro. Sendo assim, diante da evidente ausência de “crítica” à propaganda pelo público infantil, a publicidade voltada à criança deve ser mais criteriosa e respeitar as características do público para o qual se dirige. Contudo, Corrêa¹⁶ expõe que apesar da inegável influência da publicidade no público infantil, é possível desenvolver uma propaganda que seja eficaz, mas que também respeite os direitos do público alvo, isto pois os resultados de sua pesquisa indicam que a propaganda pode promover aprendizado sobre cultura e contribuir para o desenvolvimento do menor. Desta forma, pode-se dizer que ainda que haja consenso quanto a influência da propaganda no público infantil, e sejam evidentes as possibilidades desta influência ser negativa - explorando de modo indevido a violência, sexualidade, maus hábitos ou vender uma sessão irreal de poder, felicidade ou até incentivar comportamentos inadequados -, a propaganda destinada à criança, pode, por outro lado, ser eficiente e além de própria ser lúdica e educativa, tornando-se pois relevante e adequada aos princípios previsto na legislação pátria (mormente na Constituição Federal), a aprovação de normas a fim de regular e garantir os direitos deste público.

imitativos: uma investigação com o consumidor infantil. p.101.

¹⁵ CORRÊA, Gisleine Bartolomei Fregoneze. *Contribuições ao estudo da adoção de produtos/marcas por meio de comportamentos imitativos: uma investigação com o consumidor infantil.* p.101-102

¹⁶ CORRÊA, Gisleine Bartolomei Fregoneze. *Contribuições ao estudo da adoção de produtos/marcas por*

O PROJETO DE LEI 5921/2001 E A LIMITAÇÃO À PUBLICIDADE INFANTIL

Conforme já mencionado, a publicidade infantil, realizada sem qualquer limitação, pode acarretar em graves danos aos infantes, o que demanda a atuação estatal nesta seara. Todavia, o vácuo legislativo nesta matéria deixa um rastro de insegurança jurídica tanto para os publicitários quanto para os pais, que não sabem quais os limites de suas atuações e proteções. Neste sentido, afim de regular (dirigir) uma necessidade social decorrente da crescente influência da publicidade sobre o público infantil, surge o Projeto de Lei 5921, com a intenção de acrescer o Código de Defesa do Consumidor, no que concerne à regulação da publicidade infantil, com o escopo de tentar evitar a publicidade nociva que venha a ferir os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes. Trata-se do exemplo clássico do citado nos tópicos anteriores, onde o direito privado, e a liberdade de expressão são “relativizados” em decorrência de conflito com princípios maiores e específicos, materializados na proteção à criança e ao adolescente, bem como os direitos sociais e difusos. Cabe salientar, de início, que mesmo o texto original do Código de Defesa do consumidor de 1990, prevê no artigo 37, §2º limitações a publicidade¹⁷:

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

Tal artigo deixa claro que desde o texto original do Código de Defesa do Consumidor já havia uma preocupação com a publicidade discriminatória, violenta ou que explore o medo e deficiência de julgamento da criança. Porém, em face da evolução da mídia e do contato cada vez mais intenso do público infantil com os mais diversos tipos de propagandas de diversos meios de comunicação, surgiu a necessidade de uma regulação mais específica e rigorosa, e é justamente o que se pretende com o projeto de lei que visa alterar/acrescer o Código de Defesa do Consumidor.

O referido Projeto de Lei data do ano de 2001, foi apresentado pelo deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR), sob o nº 5921/2001, e tinha/tem por objetivo criar regras cristalinas para a propaganda dirigida ao público de até 12 (doze) anos de idade. Porém,

meio de comportamentos imitativos: uma investigação com o consumidor infantil. p. 240-245.

apesar de tramitar desde o ano de 2001, referido Projeto de Lei ainda segue seu trâmite na Câmara Federal. Desde então, diversos foram as alterações e polêmicas, entretanto ainda sem conclusão, de modo que seu texto tornou-se mais “brando” após tantos anos de tramitação¹⁸:

Dois textos substitutivos já foram aprovados – um na Comissão de Defesa do Consumidor (CDC), em 2008; e outro na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), em 2009. Esse último também foi aprovado em 2013 na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI). Entretanto, o texto aprovado na CCTCI, de autoria do deputado Osório Adriano (DEM-DF), muda muito pouco o que já temos hoje na legislação: inclui apenas duas frases no Artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, considerando abusiva “a publicidade que seja capaz de induzir a criança a desprezitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família e que estimule o consumo excessivo”.

Denota-se, que se trata de matéria polêmica, pois em que pese os interesses das crianças e dos adolescentes serem protegidos pelo Estado e pelos princípios constitucionais, de outro lado existe evidente pressão do setor produtivo/comercial, que teme pela limitação ou proibição da propaganda infantil. Tanto assim que o Projeto de Lei 5.921/2001, arrasta-se por todos esses anos sem uma definição, além do que, segundo o Instituto Alana (especializado na publicidade infantil), o texto atual não representa o melhor conteúdo já proposto no referido Projeto de Lei, a fim de proteger os interesses da criança e do adolescente¹⁹:

O Instituto Alana entende que o texto aprovado pela CDC em 2008, de autoria da então deputada Maria do Carmo Lara (PT-MG), é o que melhor protege a criança brasileira. Ele prevê a regulação de qualquer comunicação mercadológica dirigida ao público com menos de 12 anos. Esse texto é bastante detalhado e define por comunicação mercadológica toda atividade de comunicação comercial para divulgação de produtos e serviços em qualquer suporte (comerciais televisivos, banners e sites na internet, embalagens, promoções, merchandising etc).

Em maio de 2015, com o intuito de discutir o tema, realizou-se audiência pública, para discutir junto à comissão responsável pelo Projeto de Lei 5921/2001, por representantes de algumas entidades o Projeto de Lei. Porém, até o presente momento o texto não restou aprovado. A par do Projeto de Lei 5921/2001, o CONANDA – Conselho

¹⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*.

¹⁸ PUBLICIDADE INFANTIL. *Criança e consumo, instituto Alana. PL 5921*.

¹⁹ PUBLICIDADE INFANTIL. *Criança e consumo, instituto Alana. PL 5921*.

Nacional dos Direitos da criança e do Adolescente, no ano de 2014, publicou a Resolução 163 que, ante a não aprovação do Projeto de Lei, buscou regular e limitar a publicidade infantil, o que na visão de Schmitt²⁰, representa um esforço a fim de conter a publicidade infantil.

Soma-se aos esforços de contenção da publicidade infantil, a Resolução nº163, do CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da criança e do Adolescente, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos, de abril de 2014, dispondo sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. No art. 2º da referida resolução, consta que será reputada abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos: I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; V - personagens ou apresentadores infantis; VI - desenho animado ou de animação; VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes; IX - promoção com competições ou jogos.

Enfim, clara é tendência da legislação regular e até proibir a publicidade infantil, ao se levar em conta os estudo que comprovam o potencial nocivo de certo tipo de propaganda destinada à criança, bem como diante da evolução dos direitos sociais e difusos. Neste contexto o Projeto de Lei 5921/2001, apesar de ainda não ter sido aprovado e haver críticas quando a sua abrangência ou limitação, segue a tendência de ampliar e resguardar os interesses da criança e do adolescente, limitando assim, o direito de informar (inerente a publicidade e propaganda) em nome dos interesses dos menores e adolescentes, não obstante as pressões do setor produtivo/comercial em sentido contrário com o claro afã de resguardar para si, de forma livre, essa fatia de mercado.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O DIRIGISMO CONTRATUAL

A aplicação de princípios e direitos coletivos para limitar a liberdade de contratar (Estado Liberal), trata-se de uma ideia recente, fruto de uma construção/evolução histórica. Isto pois, desde a Revolução Francesa, os Estados Democráticos ocidentais passaram a ostentar uma forma de jurisdição em torno da ideia do Estado Liberal.

²⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Publicidade infantil: proibição definitiva?*

Todavia, a partir da ideia de Estado Social no ano de 1848, seguida pelo surgimento do Direito do Trabalho no início do século XX, se inicia uma fase que volta sua atenção para outra gama de direitos, os quais são tratados por Pilati²¹ como coletivos que não se enquadram no figurino tradicional, e, portanto, denominados transindividuais, como é o caso do Direito do Consumidor.

Assim pode-se afirmar que “O negócio jurídico bilateral, regido pelos valores do Estado liberal, passou para a tutela do Estado social, fenômeno denominado de dirigismo contratual, no momento em que os excessos do capitalismo passaram a ser configurados como danos à parte mais fraca da relação contratual.”²² Não se nega, com isso, o fato de que os princípios tradicionais liberais continuam a vigor, e mais, representam a base do sistema jurídica brasileiro, como é o caso da liberdade de contratar, baseada na autonomia da vontade e do princípio do *pacta sunt servanda*, que são a base fundamental de qualquer estado capitalista moderno, sem o qual não seria possível a manutenção da paz social neste sistema. Todavia, ao longo dos anos, vem se percebendo que a liberdade de contratar pode ser utilizada de forma inversa àquela para a qual foi criada, sempre que algum contrato é produzido de má-fé, ou quando a igualdade das partes não existe em sua formação, momento em que se produzem cláusulas socialmente inaceitáveis, e se faz com que a justiça seja deixada de lado em prol do direito, em nome do cumprimento do princípio clássico de que os contratos foram feitos para serem cumpridos.

Nesse contexto, Bobbio²³ manifesta sua opinião, no sentido de que com o surgimento do Estado de Direito o indivíduo passou a ter não apenas direitos privados, mas também as ser titular na aquisição de direitos públicos. E é nesse sentido que o direito começa a evoluir, já que o Estado não pode formar e sustentar regras com o único intuito de garantir a manutenção de situações que beneficiem pequena parte da sociedade, em detrimento da ampla maioria da coletividade.

Isto porque o que se percebe em qualquer democracia liberal é que a liberdade, quando utilizada de forma absoluta e sem admitir qualquer controle social, tende a servir ao aumento das desigualdades, na medida em que a liberdade será, em geral, exercida na

²¹ PILATI, José Issac. *Audiência Pública na Justiça do Trabalho*. p. 91.

²² OLIVEIRA, Dulce Donaire de Mello; DINIZ, Maria Helena. *Função social do contrato: enfoque à luz dos princípios contratuais no contexto social*. Data de defesa: 26 set. 2007. Tese. PUC-SP. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7667>>

²³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 61.

proporção do poderio econômico de cada cidadão, numa equação de quanto mais poder tem um cidadão, mais livre ele se torna. E, em sendo mais livre, o indivíduo com mais poder tem a possibilidade de se utilizar das regras positivas para a manutenção de sua condição de superioridade social, em detrimento daqueles que não possuem iguais oportunidades. Dessa maneira, tende a produzir obrigações que trazem muito mais benefícios ao primeiro do que ao segundo, o que faz aumentar a desigualdade social em progressão geométrica.

Com efeito, no que tange à atividade empresarial, principalmente quanto às grandes corporações, a desigualdade está muito mais a seu favor em relação às demais camadas sociais, permitindo-lhe um poder excessivo e que muitas vezes pode ser nocivo aos interesses sociais, como alega Bakan²⁴: “A corporação, como eles dizem, é deliberadamente programada, na verdade legalmente obrigada, a externalizar custos sem se preocupar com o prejuízo que possa causar a pessoas, comunidades e ao meio ambiente”. Neste viés é que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 instala-se no Brasil um Estado Social, que além de romper com a ditadura militar que o antecedeu, começa a mitigar princípios do direito privado herdados do direito francês, que privilegiavam a liberdade de contratar e a autonomia da vontade privada em detrimento de qualquer ideia de justiça social.

E é neste contexto que o direito brasileiro sofre profundas modificações, com o advento da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e do Código Civil de 2002. Se antes imperava uma visão patrimonial e individualista dos contratos, sobretudo em relação ao seu descumprimento, a nova legislação trouxe a inclusão de direitos coletivos e difusos que se contrapõem aos interesses individuais. Essas normas são de extrema importância na medida em que trazem ao direito privado os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, os quais inauguram a possibilidade de mitigação dos princípios clássicos do direito contratual, ao permitir que situações de desequilíbrio contratual e/ou social, sejam relativizadas, ainda que livremente pactuadas.

Tal entendimento é ratificado por Almeida²⁵, que sustenta que a influência da Constituição Federal nas relações particulares é direta, não mais deixando que as relações

²⁴ BAKAN, Joel. *A corporação, a busca patológica por lucro e poder*. p. 86.

²⁵ ALMEIDA, Felipe Cunha de. *A Valorização da Origem Constitucional do Código de Defesa do Consumidor*.

sejam fruto apenas das vontades das partes, tal como ocorre no direito do consumidor cujo conteúdo permite que quando necessário o Estado possa intervir nas relações privadas. Pertinente ponderar, de outra parte, que a intervenção do Estado deve sempre ser vista com cautela, sob pena de se correr o risco de retorno à situação pré-Revolução Francesa, quando a limitação às liberdades era tamanha que causava uma situação de ditadura do Estado sobre os indivíduos.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Em contraponto ao direito do menor e do adolescente, protegido constitucionalmente pelo princípio da proteção integral, conforme demonstrado no item anterior, tem-se a liberdade de expressão, que segundo aqueles que se opõe à regulação do conteúdo da atividade publicitária pelo Estado, estar-se-ia desrespeitando. De início, cumpre destacar que para os fins do presente artigo, utiliza-se para o signo liberdade o conceito, como um estado ou condição em que o indivíduo se encontra sempre submisso à lei para exercer sua própria escolha, levando em consideração a vontade do indivíduo e sua liberdade em se definir baseada em sua força e capacidade.²⁶ Jabour²⁷ destaca a importância da liberdade de expressão, entendendo-a como postulado diretamente ligado ao direito de liberdade de pensamento, uma vez que liberdade de pensamento sem liberdade de expressão é de pouquíssima valia para o homem e nenhuma para a sociedade. Martins²⁸ explica sua estrita ligação com a liberdade de pensamento quando assevera que “toda vez que uma informação de um fato puder ser atribuída a um posicionamento (político-ideológico) daquele que se expressa, estar-se-á diante da expressão do pensamento no sentido do art. 5º, IV, da CF”.

Obtempera, contudo, o autor que “não fazem parte da área de proteção, sendo desde o início excluídas, as afirmações comprovadamente inverídicas, quando aquele que se expressa estiver consciente do caráter não verídico da afirmação.”²⁹ Verifica-se que o

Revista Jurídica. p. 16.

²⁶ OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. ET AL. *Desafios para o direito empresarial*. p. 207

²⁷ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: Conflitos entre direitos da personalidade*. p. 155.

²⁸ MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico—dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. p. 215.

²⁹ MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico—dogmática de uma complexa* vol. 7, num. 22, 2017

autor adota posicionamento semelhante ao inaugurado pela Suprema Corte Americana, quando do julgamento do paradigmático caso *Sullivan x The New York Times*³⁰, decidiu que, ainda que para que reste caracterizado o abuso na liberdade de expressão, não basta a inveracidade da informação, devendo-se comprovar que quem a divulgou sabia o ser, e mesmo assim, a divulgou. Lara³¹, ao utilizar como base os artigos 10º e 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, demonstra a importância conferida a liberdade de expressão, ao destacar que por advir de um rompimento contra o Estado absolutista, advindo do movimento liberal, tal liberdade foi concebida de forma negativa, ou seja, sem interferência externa.

Ao longo da história, especialmente após o longo período de censura de diversas ordens e naturezas, a liberdade de expressão passa a receber *status* de direito e garantia fundamental, mostrando-se presente não apenas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como já mencionado, mas também na Convenção Americana de Direitos Humanos, possuindo ainda, papel central em quase todas as constituições democráticas. O Brasil, após um “hiato” de direitos e garantias constitucionais durante a ditadura militar, a liberdade de expressão, volta como três dos incisos do art. 5º - incisos IV, IX e XIV -, que inclui como cláusula pétrea, direitos de liberdade ligados a livre expressão. Além das previsões constantes do artigo 5º, a Constituição Federal deu um tratamento específico à comunicação social, no capítulo V da Seção III do Título VIII (Da Ordem Social), presentes nos artigos 220 e seguintes da Constituição Federal³², abrindo o capítulo garantindo que às liberdades de expressão, informação, criação e manifestação do pensamento, não sofrerão restrições. Deve-se destacar o § 1º do referido artigo 220³³, que reforça ainda mais a proteção da liberdade de imprensa, na qual determina que:

§ 1ºNenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto nos art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar os dispositivos acima mencionados, deixa claro seu entendimento pelo qual deve prevalecer a liberdade de

relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. p. 215.

³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMERICAN. Suprema Corte. *Sullivan x The New York Times*. 1964.

³¹ LARA, Glauciene. *Liberdade de expressão versus direito à comunicação: a regulação da comunicação audiovisual na Argentina*. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. p. 137-172

³² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

expressão sem qualquer tipo de censura prévia³⁴. E tamanha proteção faz razão de ser, não apenas pelo contexto histórico libertador de um período ditatorial, mas porque a liberdade de expressão do pensamento deve ser considerada como requisito para a própria evolução humana, tanto individual quanto socialmente, não devendo pois, ser tolhida em nome de interesses menores. Neste contexto, Hijaz³⁵ chama a atenção para a relação de interdependência entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, ao destacar que “a possibilidade de cada um de exprimir as próprias ideias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa e o que sente, é dimensão essencial da dignidade humana.”

No que tange à forma de expressão, Martins³⁶ assevera que como a Constituição não especificou nenhuma forma de expressão do pensamento, o indivíduo pode optar livremente pela forma que pretende expressá-lo, assim como o é, a opinião em si. Ainda sob outra ótica, Godoy³⁷ traz importante reflexão quando destaca que a liberdade de expressão visa proteger não apenas o direito daquele que informa, mas também o direito dos demais a serem informados e/ou passarem a conhecer as ideias ou opiniões daquele que pretende se expressar, seja esta expressão da natureza que for, verbal, escrita, artística, visual, dentre tantas outras. Neste sentido, Silva³⁸ acrescenta que de acordo com as ideias acima expostas, a liberdade de expressão deixa de ser um direito meramente individual, passando a ter interesse público e social, o que justifica ainda mais a necessidade de sua proteção pelo Estado.

LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Bonavides trata o direito de liberdade como direito de primeira geração, de titularidade do indivíduo, que “oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico;

³³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

³⁴ BRASIL STJ. *ADPF 130*. Rel. Min. Ayres Britto, voto do Min. Celso de Mello, 30 abr. 2009.

³⁵ HIJAZ, Tailine Fátima. *Discurso do Ódio Racial como Limitação à Liberdade de Expressão no Brasil: o Caso das Bandas White Power*. *Revista Brasileira de Direito* p. 15 -32.

³⁶ MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico—dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. p. 216.

³⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. p. 58

³⁸ SILVA, José Afonso da apud GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. p.59.

enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”³⁹ Deste modo, conforme entendimento de Canotilho⁴⁰, estar-se-á diante de um concorrência de direitos fundamentais, sempre que:

[...] a mesma pretensão subjectiva ou o mesmo comportamento individual, apresentando-se enquanto procedimento de vida unitários, são simultaneamente subsumíveis em duas ou mais normas de direitos fundamentais, na medida em que, na sua totalidade ou em algum dos seus segmentos, preenchem, indiferentemente, os pressupostos das respectivas previsões normativas.

Martins⁴¹, por sua vez, conceitua essa situação de concorrência ideal, na qual “o objeto de controle de constitucionalidade deve passar pelo crivo sucessivo de cada direito fundamental supostamente atingido e violado”. Diante dessa possibilidade, Bulos⁴² defende a relatividade dos direitos e garantias fundamentais, o que o faz com base no princípio da convivência entre liberdades, segundo o qual “nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem *limitações* de ordem ético-jurídica.” Por essas limitação busca-se, “de um lado, tutelar a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a convivência harmônica das liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre elas.”, no afã de evitar que um “direito ou garantia seja exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”⁴³

Diante destes conflitos aparentes entre dois direitos de mesma grandeza, recomenda-se que se recorra à ponderação de direitos fundamentais, a partir e uma análise casuística, na qual, para aquele caso, e não para outro, um prevalecerá sobre o outro apenas para a solução da lide posta à julgamento, sem que isso signifique o abandono absoluto de um direito em detrimento do outro, de modo que em uma nova situação, o resultado dessa ponderação pode, sem qualquer impedimento, ser inverso ao obtido na primeira oportunidade. A limitação de direitos fundamentais, a partir da teoria

³⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. – 25^a ed. atual. – São Paulo. Malheiros Editores, 2010. P. 563-564.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1268.

⁴¹ MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico—dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais.* p. 213.

⁴² BULOS, Uadi Lâamego. *Curso de direito constitucional.* 3. ed., rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 434.

⁴³ BULOS, Uadi Lâamego. *Curso de direito constitucional.* 3. ed., rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 434.

hermenêutica de Alexy⁴⁴ parece ganhar destaque em discussões acadêmicas e sociais, uma vez que segundo o autor, a opção entre um ou outro princípio deve se dar de maneira casuística, de forma que não se abandone um princípio, em nome do outro de forma estanque, mas apenas para a solução daquele conflito analisado naquele momento e naquela situação. Para demarcar a extensão dos limites à liberdade religiosa, a teoria de Alexy⁴⁵ se mostra a mais eficaz, dividindo-se em duas teorias capazes de manter a ordem ao bem comum, sendo elas: a externa e a interna:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa. Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.

Esta teoria serve como base para solucionar conflitos existentes na esfera jurídica, mais precisamente quando da colisão entre princípios, desta forma destaca Silva⁴⁶:

É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque é somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu exercício, que se pode sustentar que, em uma colisão de princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, a sua extensão *prima facie*. A não atenção a essa simples distinção pode ser fonte de algumas incompreensões teóricas. (SILVA, 2006, p. 39)

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 277.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. p. 39.

Todavia, ao observar-se a teoria interna, não se encontram direitos e restrições, mas apenas o direito servindo como norte, onde o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele, dispondo assim, Alexy⁴⁷:

Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da teoria interna. Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em “restrições imanentes”.

Independentemente da teoria que se busque para solucionar a ordem controversa, deverá se analisar o suporte fático do direito fundamental em questão, definindo este suporte, conforme Silva⁴⁸, “em uma definição ainda preliminar, é possível dizer que o preenchimento do suporte fático de uma norma é a condição para que a sua consequência jurídica possa ocorrer”. Faleiros⁴⁹ nessa perspectiva argumenta que a limitação de direitos de liberdade se faz necessária, com vistas a proporcionar “o ajustamento necessário à coexistência pacífica e dignificante”. Até porque, como já mencionei outrora⁵⁰, não há como se admitir direitos absolutos, ainda que estes se tratem de princípios basilares do Estado Democrático de Direito, uma vez que o absolutismo do liberalismo pode ser tão cruel e maléfico quanto o absolutismo do controle estatal.

Assim, a análise axiológica dos princípios e direitos fundamentais ganha força, na medida em que se necessita demonstrar a sua força normativa-social com vistas a sobrepô-lo a outro princípio fundamental. Faleiros⁵¹, neste sentido, alerta para os perigos inerentes a esta análise essencialmente subjetiva e axiológica, e que em razão desta natureza está sujeita a um certo grau de solipsismo do julgador, razão pela qual defende que “determinados tipos de controle devem ser abolidos, sob pena de redundar em tirania, autoritarismo, prepotência, por isso devem ser eles saudáveis e dentro de princípios democráticos, sem ferir a garantia aos direitos individuais.”

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 277-278.

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. p. 29.

⁴⁹ FALEIROS, José Anchieta. *Liberdade, igualdade e fraternidade*. p. 38.

⁵⁰ OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. ET AL. *Desafios para o direito empresarial*. p. 207

Tal análise não é diferente no que tange ao exame da limitação do direito à liberdade de expressão, de forma que é fácil encontrar seus defensores e opositores, por uma série de motivos. Da banda dos opositores de sua limitação, pode-se citar Castro⁵² quando este afirma que a liberdade de imprensa não pode ser limitada, “senão na medida estritamente necessária para salvaguardar o direito alheio ou proteger outros bens jurídicos, cuja garantia exija inescusavelmente essa limitação”. Como salienta Guareschi⁵³, a comunicação não pode ser entendida como uma entidade isolada, com vida própria, uma vez que inserida em um contexto específico, é porá este condicionada.

De forma mais radical, Constant *apud* Lara⁵⁴, expressa sua preocupação com o tema, chamando atenção para as funções da liberdade de expressão, que segundo ele além de propiciar o direito a se expressar livremente, é também um mecanismo com o qual a sociedade moderna pode controlar as ações do Estado, razão pela qual tal direito deve ser tido como inalienável. Pode-se verificar a fundada preocupação dos autores com a decisão subjetiva dos julgadores, que a optarem entre um preceito fundamental em nome de outro, ao invés de exercerem uma análise hermenêutica pura e simples, se exerceria um ato de discricionariedade, que não lhes é lícito, sob pena de infringir ao importante princípio democrático da separação dos poderes, como por exemplo, destaca Grau⁵⁵ ao explicar o que chama de tirania dos valores.

Por outro lado, expressam outros autores a preocupação com outra forma de tirania, que pode ocorrer pela aplicação ilimitada dos direitos de liberdade, conforme declinam Silva, Oliveira e Rabelo⁵⁶, alertando que não pode haver liberdade absoluta, sob pena de ser resultar “em casos, onde outros valores como justiça, felicidade, segurança e a própria liberdade, correriam riscos perenes pelo exercício desenfreado da liberdade.” Gomes⁵⁷, compartilha do mesmo ponto de vista, observa que os direitos fundamentais devem ser observados “em consonância com os anseios e realidades axiológicas da

⁵¹ FALEIROS, José Anchieta. *Liberdade, igualdade e fraternidade*. p. 38.

⁵² CASTRO, Mônica Neves de Aguiar da Silva. *Honra Imagem, Vida Privada e Intimidade em Colisão com outros Direitos*. p. 108

⁵³ GUARESCHI, Pedrinho A. *O direito humano à comunicação: pela democratização da mídia*. p. 57.

⁵⁴ LARA, Glauciene. *Liberdade de expressão versus direito à comunicação: a regulação da comunicação audiovisual na Argentina*. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. p. 137-172.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes*. p. 24.

⁵⁶ SILVA, Adrian Barbosa e; OLIVEIRA, Felipe Guimarães de; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. *A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no supremo tribunal federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger*. *Estudios Constitucionales*. p. 771 - 790.

⁵⁷ GOMES, Mariana Pereira Manoel. *A liberdade de expressão no estado democrático de direito:*

sociedade brasileira, de tal sorte que não sejam alguns preteridos e outros desproporcionalmente favorecidos, mas que haja o equilíbrio necessário para que a universalidade dos direitos fundamentais logre sua mais ampla eficácia.”

Pilati⁵⁸, demonstra sua preocupação com a sustentabilidade econômica da sociedade, chama a atenção para a necessidade de limitação de certos direitos, sob pena de permitir a crescente acumulação de riquezas e desigualdade social decorrentes de um Estado inerte e ineficiente, que deixa de intervir nos casos onde sua atuação se mostra necessária. Este tema, que pulsa nos debates doutrinários, também já foi o centro de alguns debates acalorados no plenário do Supremo Tribunal Federal, pelo que se busca aqui discutir alguns casos que ganharam repercussão social, nos quais a liberdade de expressão foi oposta a outros direitos igualmente fundamentais. Gomes⁵⁹, por exemplo, cita o caso da ADPF 187/DF, no qual a Suprema Corte decidiu a favor do direito de liberdade de expressão dos manifestantes a favor da liberação do uso de maconha, quando se questionou se a chamada marca da maconha não deveria ser proibida por se traduzir em apologia ao crime. Naquele caso, conforme a autora, a Corte decidiu que “os princípios que com ele conflitam não gozam de força suficiente para poderem se sobrepor a ele, até porque o conflito é presumido (não se pode afirmar em absoluto que de ouvir falas e protestos em favor da maconha a população passará a se drogar de forma indiscriminada ou cultivá-la em seus jardins.”

Por outro lado, Silva, Oliveiro e Rabelo⁶⁰ (citar fonte?) chamam atenção ao Habeas Corpus 82.424/2003-RS, conhecido como caso Sigfried Ellwanger, no qual o STF negou o pedido de liberdade ao paciente que criou, editou e disseminou obras anti-semitas. Naquele caso, por maioria de votos, “O Supremo entendeu por maioria dos votos que a prática dos atos do paciente tinha caráter predominantemente racista” o que fez com que o direito de liberdade de expressão fosse limitado em nome da dignidade humana. Por sua vez, Hijaz⁶¹ cita o caso da Banda White Power, no qual novamente se decidiu pela limitação

ponderações sobre a repressão estatal aos direitos fundamentais e a ADPF 187.

⁵⁸ PILATI, José Issac. *Audiência Pública na Justiça do Trabalho*. p. 51.

⁵⁹ GOMES, Mariana Pereira Manoel. *A liberdade de expressão no estado democrático de direito: ponderações sobre a repressão estatal aos direitos fundamentais e a ADPF 187.*

⁶⁰ SILVA, Adrian Barbosa e; OLIVEIRA, Felipe Guimarães de; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. *A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no supremo tribunal federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger. Estudios Constitucionales*. p. 784.

⁶¹ HIJAZ, Tailine Fátima. *Discurso do Ódio Racial como Limitação à Liberdade de Expressão no Brasil: o Caso das Bandas White Power. Revista Brasileira de Direito*. p. 15 -32.

da liberdade de expressão em nome da dignidade humana, eis que ao se analisar as letras das músicas de autoria do citado grupo musical não deveriam alcançar a proteção constitucional, por não atingirem nenhuma das finalidades da liberdade de expressão, “...porque não postulam afirmar uma verdade ou aperfeiçoar o conhecimento, não promovem o funcionamento da democracia, não são essenciais à autonomia e à dignidade individuais e não se conciliam com o merecimento da tolerância”

Em análise aos casos exemplificados pelos autores acima mencionados, pode-se verificar que todos eles tem um traço em comum, porquanto buscam confrontar a liberdade de expressão com o princípio da dignidade humana, o qual aparentemente vem sendo utilizado como paradigma para decisões desta natureza. Neste sentido Reale⁶² se posiciona, ao citar o voto do então Ministro do STF Carlos Velloso: “A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.” Comunga desta mesma visão, Silva, Oliveira e Rabelo⁶³ fazem contudo um alerta, quando assevera que “Deve haver um equilíbrio na atividade intervencionista: não se pode pender ao excesso, pois estar-se-ia tratando de um Estado totalitário; e, não se pode pender à ausência, pois estar-se-ia tratando de um Estado absenteísta.”

Em síntese, embora o direito à liberdade de expressão seja um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, este não pode ser encarado como direito absoluto e inatingível, de modo que direitos de valoração superior pela sociedade, segundo a o análise do caso concreto, não podem ser deixados de lado, em nome de uma liberdade pura e simples, de forma que a dignidade humana parece ser o melhor parâmetro para esta análise.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os elementos apresentados neste estudo, observou-se que a legislação pátria, a partir da Constituição Federal de 1988, concedeu à proteção integral à criança e ao adolescente o *status* de princípio estruturante do Estado Democrático

⁶² REALE JUNIOR, Miguel. *Limites à liberdade de expressão. Espaço Jurídico*. p. 374-401.

⁶³ SILVA, Adrian Barbosa E; OLIVEIRA, Felipe Guimarães de; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. *A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no supremo tribunal federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger*. *Estudios Constitucionales*. p. 771 - 790.

brasileiro. Deste modo, verificou-se que tal princípio não pode ser sobrepujado pela liberdade de expressão, uma vez que a propaganda destinada ao público infantil possui comprovadamente grande alcance e influência, merecendo limitação por princípios e direitos fundamentais, a fim de que a publicidade infantil seja adequada aos interesses dos menores. E neste sentido, afim de regular (dirigir) uma necessidade social, decorrente da crescente influência da publicidade sobre o público infantil, surgiu o Projeto de Lei 5.921, com a intenção de acrescentar o Código de Defesa do Consumidor, no que concerne a regulação da publicidade infantil. Pôde-se demonstrar que, embora em trâmite desde 2001, após ter passado por inúmeras emendas e retrocessos, que desvirtuaram em grande parte a proposta e abrangência do projeto, este ainda encontra entrave semelhante a outras tantas demandas de caráter social junto ao Poder Legislativo, com seu ritmo lento, o que propicia a continuidade deste vácuo legislativo, do qual, geralmente se locupleta o grande poder econômico e onde impera a insegurança jurídica.

Ao se aplicar a teoria da ponderação entre a liberdade de expressão manifesta por meio dos informes publicitários e a proteção integral da criança, ambos os preceitos constitucionalmente previstos, pôde-se concluir que a liberdade de expressão deve, nesse caso, ceder em favor da proteção aos menores, que se mostram vulneráveis ao arcabouço midiático que lhes é imposto, com o claro intuito de vender, ao invés de informar. Destarte, ante os pressupostos encontrados nesta pesquisa, pode-se afirmar que a sociedade necessita de respostas para este problema, resposta esta que seria melhor que brotasse do Poder Legislativo, evitando que outros Poderes usurpem sua precípua função de ditar as regras de convívio social, gerando assim, ou o ativismo jurídico ou o império dos decretos e medidas provisórias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. A Valorização da Origem Constitucional do Código de Defesa do Consumidor **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 64, nº 463. São Paulo: Sage/Síntese, 2016.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: < <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em 29 jun. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013

BAKAN, Joel. **A corporação, a busca patológica por lucro e poder**. Tradução por Camila Werner. São Paulo: Novo Conceito Editora, 2008.

BAUMANN, Zygmunt. MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. – 25ª ed. atual. – São Paulo. Malheiros Editores, 2010. P. 563-564.

BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil*. Brasília, DF: Senado: 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 25 maio 2016.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao091.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 04 maio 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: jul.

2016.

BRASIL. STJ. **ADPF 130** . Rel. Min. Ayres Britto, voto do Min. Celso de Mello, 30 abr. 2009. Plenário, *DJE* de 6-11-2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201976>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BULOS, Uadi Lâamego. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 434.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1268.

CASTRO, Mônica Neves de Aguiar da Silva. **Honra Imagem, Vida Privada e Intimidade em Colisão com outros Direitos**. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 108]

CORRÊA, Gisleine Bartolomei Fregoneze. **Contribuições ao estudo da adoção de produtos/marcas por meio de comportamentos imitativos: uma investigação com o consumidor infantil** . São Paulo, 2009. 282 p.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICAN. **Suprema Corte. Sullivan x The New York Times**. 1964. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/376/254>. Acesso em 13. nov. 2017.

FALEIROS, José Anchieta. **Liberdade, igualdade e fraternidade**. São Paulo: Palas Athena do Brasil, 1987.

FERRÃO, Iara da Silva; ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. O olhar de socioeducadores de uma unidade de internação sobre a efetivação da doutrina da proteção integral. **Barbarói**. N. 36. Ed. especial, 2012.

FONSECA, Antonio. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Mariana Pereira Manoel. A liberdade de expressão no estado democrático de direito: ponderações sobre a repressão estatal aos direitos fundamentais e a ADPF 187. **Direito e Práxis**. vol. 04, n. 01, Rio de Janeiro, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**. 6º ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2014.

GUARESCHI. Pedrinho A. **O direito humano à comunicação: pela democratização da mídia**. Petrópolis, RJ: Voxes, 2013.

HIJAZ, Tailine Fátima. Discurso do Ódio Racial como Limitação à Liberdade de Expressão no Brasil: o Caso das Bandas White Power. **Revista Brasileira de Direito** [2238-0604].

vol. 7, num. 22, 2017

vol. 10. n. 1. 2014 p. 15 -32.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: Conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LARA, Glauciene. Liberdade de expressão versus direito à comunicação: a regulação da comunicação audiovisual na Argentina. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 4, n. 1. Brasília, 2012. p. 137-172

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 3^a. Ed. São Paulo: Editora Rideel, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo código civil**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos>. Acesso em: 17 mar. 2016.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico—dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Dulce Donaire de Mello; DINIZ, Maria Helena. **Função social do contrato: enfoque à luz dos princípios contratuais no contexto social**. Data de defesa: 26 set. 2007. Tese. PUC-SP. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7667>>

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. ET AL. **Desafios para o direito empresarial**. Blumenau: Legere, 2014.

PILATI, José Issac. **Audiência Pública na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PUBLICIDADE INFANTIL. **CRIANÇA E CONSUMO, INSTITUTO ALAMA. PL 5921**. Disponível em: <http://publicidadeinfantilnao.org.br/2015/06/07/publicidade-infantil/>. Acesso em: jul. 2016.

REALE JUNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico**. v. 11, n. 2, Joaçaba, jul./dez. 2010, p. 374-401.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Publicidade infantil: proibição definitiva?** Disponível em:<http://www.atualizacaocdc.com/2016/03/publicidade-infantil-proibicao.html>. Acesso em: 20 jul. 2016.

SILVA, Adrian Barbosa E; OLIVEIRA, Felipe Guimarães de; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no supremo tribunal federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger. **Estudios Constitucionales**. Vol. 9, nº 2. Santiago, 2011, p. 771 - 790.

SILVA, Gustavo de Melo. Adolescente em conflito com a lei no Brasil: da situação irregular à proteção integral. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**. v. 3, n. 5, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo, 4 (2006): 23-51, Revista de Direito do Estado, 2006.