ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

REGULAMENTAÇÃO DA COMUNICAÇÃO EM FACE DA PROTEÇÃO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

COMMUNICATION'S REGULATION IN FRONT THE PROTECTION OF CHILDHOOD AND YOUTH

Kelsiane de Medeiros Lima *
Veruska Sayonara de Góis **

RESUMO: O Estado projetado pela Constituição, para além do sistema legal, implica a constitucionalização das regras básicas da administração pública, ultrapassando os limites do Estado mínimo e exigindo a criação de órgãos que cumpram o desiderato constitucional. Tem-se a ampliação do papel regulador e mediador entre várias instâncias e a Constituição delineia um quadro tendente a realizar o princípio democrático por meio da comunicação social. A constitucionalização do direito à comunicação coexiste com a obrigação da proteção da criança e do adolescente e boa parte do desenho normativo é feita por meio de princípios. Pesquisa-se, no presente trabalho, se as restrições à publicidade infantil são constitucionais, bem como se os princípios relativos à comunicação social são diretamente aplicáveis. Por meio de pesquisa exploratória com base bibliográfica, tem-se que as normas principiológicas gozam de *status* de direitos fundamentais, possuindo, portanto, aplicabilidade, mesmo que passível de mitigação.
Palavras-chave: Regulamentação da comunicação. Normas principiológicas. Proteção da infância e juventude.

ABSTRACT: The State designed by the Constitution, beyond the legal system, implies the constitutionalization of basic rules of the Public Administration, surpassing the limits of minimal State and requiring the creation of organs that comply the constitutional desideratum. It has been a bigger regulatory role and mediator between multiple instances and the Constitution outlines a framework to realize the democratic principle through social communications. The constitutionalization of the right to communication coexists with the obligation to protect the child and adolescent, and much of the normative design is done by means of principles. It is researched, in this work, whether the restrictions on children's advertising are constitutional as well as the principles on social communication are

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professora da mesma universidade. Advogada. Currais Novos – Rio Grande do Norte – Brasil.
** Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professora da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Advogada. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

directly applicable. Through exploratory bibliographic research, it is noticed that principle norms possess fundamental rights's stature, therefore having applicability, even if subjected to mitigation.
Keywords: Communication's regulation. Principle Norms. Protection of children and youth.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ESTADO, CONSTITUIÇÃO E REGULAÇÃO; 3 A DISCIPLINA JURÍDICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL; 3.1 ACERCA DA APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS RELATIVOS À COMUNICAÇÃO SOCIAL; **4 A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE EM FACE DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

A ordem social, em sentido amplo, constitui um dos temas de mais alta importância dentro das indagações constitucionais contemporâneas. Em um país como o Brasil, o tema tem rendido milhares de artigos e livros publicados. Entre as temáticas trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), estão duas de peso, que, neste artigo, são utilizadas para um contraponto: a liberdade de comunicação e a proteção aos direitos da infância e juventude.

O presente estudo busca realizar uma análise das relações entre essas duas temáticas à luz da teoria da Constituição, bem como aliá-la a uma perspectiva pragmática das nuanças e dos efeitos desses dois princípios constitucionais, tendo em vista a efetivação dos direitos fundamentais. Em um primeiro momento, procura-se realizar uma análise sobre a evolução da formação do Estado como perspectiva de sua organização dentro do contexto constitucional, bem como das legislações ordinária e regulamentar, com vistas à garantia dos interesses das partes supradelineadas.

Tendo a disciplina jurídica da comunicação social no Brasil atingido seu máximo desenvolvimento constitucional na Lei Suprema em vigor, dedica-se o segundo momento do estudo à análise de seus dispositivos, em consonância com a patente posição de caráter público da imprensa, que deve necessariamente conjugar a rentabilidade e sobrevivência comercial, tento em vista as funções de educar, entreter e informar.

A partir de então, inicia-se uma abordagem voltada à proteção dos direitos da infância e juventude no Brasil, com fulcro na análise das principais tentativas de implementação de uma mídia globalizada de grande poder econômico. A análise deságua, por fim, em conclusões acerca da liberdade de comunicação em face da proteção da infância e juventude como direito fundamental e em reflexões acerca da sua concretização em um mundo globalizado. Nesse passo, questiona-se se as restrições à publicidade infantil são constitucionais, perguntando, especificamente: a) se os princípios relativos à comunicação social, previstos nos arts. 220 e 221 da CRFB/88, são diretamente aplicáveis, inclusive à publicidade infantil; e b) se as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (art. 76 da Lei nº 8.069/1990) são constitucionais.

É certo que a exposição que segue está longe de esgotar os aspectos abordados, mas é capaz de fornecer um panorama sucinto da questão da ordem social – comunicação social e infância e juventude – no seio constitucional, assim como suas reais tentativas de concretização.

2 ESTADO, CONSTITUIÇÃO E REGULAÇÃO

A partir do momento em que o homem partilha interesses e vida gregária, abdica de sua liberdade individual natural e passa a viver a liberdade civil e coletiva, irrompendo a ideia da natureza política. Trava, então, múltiplas relações tendentes à satisfação de suas necessidades materiais e espirituais. Paradoxalmente, a vida em sociedade traz benefícios e, ao mesmo tempo, favorece limitações que afetam a liberdade humana. Sendo assim, normas e regras de conduta tornam-se necessárias, com o intuito de direcionar o comportamento de toda a coletividade, potencializando e harmonizando as relações sociais e fixando as bases da sociedade política, visando a eliminar os possíveis conflitos existentes e, assim, alcançar a paz, a justiça e o bem-estar social.

Com vistas a concretizar essa finalidade, a sociedade vale-se de um ente fictício que representa a sociedade política: o Estado, uma superestrutura de poder que representa a conciliação dos diversos interesses e detém

o monopólio de criação e imposição de normas sobre as condutas dos indivíduos, ainda que coativamente. Conceituá-lo é complexo, visto que pode ser abordado sob diversos pontos de vista, de acordo com sua forma ou própria natureza, bem como é difícil de quantificá-lo subjetivamente, em virtude da enorme variedade de sentidos. Dessa forma, o Estado não tem uma continuidade evolutiva que o levaria ao aperfeiçoamento. São os aspectos e condições econômicas, sociais, políticas etc., que fazem emergir a forma de dominação apta a atender aos interesses da coletividade, o que acaba interferindo num determinado tipo de Estado (STRECK; MORAIS, 2003).

Nesse sentido, a teoria contratualista é relevante para o entendimento da trajetória de formação do Estado e seus contornos no caminhar desses séculos. Passa, então, o Estado a tornar-se o ente institucionalizador da organização da sociedade política nas mais diversas áreas, sendo tal função empenhada a partir do estabelecimento de normas jurídicas, que visam a criar, estruturar, constituir, corporificar e fazer cumprir, com o fim de legitimar a manifestação de seu poder sobre os outros.

A estrutura básica do contratualismo moderno tem como função explicar/justificar, de forma abstrata, a situação pré-social, na qual os indivíduos existiam isoladamente, como também esclarecer que o Estado é um fenômeno original e histórico de dominação, criação do homem, ser eminentemente social, dando-se pela contraposição do "estado de natureza" para o "estado civil", mediada pelo contrato ou pacto social. Dessa forma, seu pensamento tenta estabelecer a origem do Estado e seu fundamento político.

A ideia moderna de Estado Democrático tem como ponto de partida a afirmação das liberdades individuais, implicando valores fundamentais da pessoa humana, bem como sua organização e funcionamento, tendo em vista a ratificação desses valores. Importa salientar essas premissas, visto que os postulados dos séculos seguintes foram no sentido de realizar as aspirações dos séculos antecedentes.

A CRFB/88, chamada Constituição Cidadã, consagrou em seu texto os preceitos básicos dos direitos e garantias fundamentais, disso resultando que o intuito primeiro de suas regras é basicamente, em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado Social e Democrático

de Direito. Com efeito, isso assinala um modelo de Estado de Bem-Estar Social, que foi pego na contramão da onda neoliberal que atingiu o mundo no fim do século XX.

Nesses últimos ciclos, o Estado vem seguindo a tradição euro-americana, passando o Estado brasileiro a apresentar uma íntima relação com a economia de mercado. Na metade da década de 1990, houve uma série de reformas constitucionais e inovações legislativas, adotando-se, por meio da intervenção indireta, a técnica denominada neoliberalismo de regulação,[1] calcada no Consenso de Washington e ratificada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Mundial, que condicionaram seus empréstimos à adoção de políticas de abertura econômica, desestatização e um modelo de regulação econômica.

Como disserta Comparato (1994) acerca da organização constitucional da função planejadora, importa repensar o quadro constitucional à luz da nova exigência de programação institucional de políticas públicas, por meio da recomposição estrutural dos poderes públicos no plano da distribuição federal de competências. Disso resulta que, na realidade contemporânea, o tema de reforma da Federação em face da organização das funções estatais encontra-se num panorama distinto daquele do início do século XX, em virtude de que a realidade fática dissociou-se do mundo legislativo, produzindo uma espécie de impasse doutrinário (JUSTEN FILHO, 2002). Isso se deu em virtude da relação entre o direito e a realidade, visto não ser possível essa dissociação entre os institutos jurídicos e a realidade fática, na qual se permite interpretar a legislação preexistente à luz dos valores fundamentais da nação de modo mais adequado[2] e eficiente (JUSTEN FILHO, 2002).

Essa maior extensão dos deveres do Estado moderno, para além da ordem jurídica, exige novos poderes ou funções e a constitucionalização das regras básicas da administração pública, no intuito de coibir os poderes do

1 O liberalismo de regulação apresenta-se configurado no Brasil principalmente com a criação das agências reguladoras, entes públicos de acumulam funções técnico-setoriais de regulação no âmbito das três instâncias federativas (federal, estadual e municipal).

2 Essa adequação situa-se no fim do exercício de suas funções a tempo, devendo os meios e instrumentos ser flexíveis o bastante para prevenir e remediar as delongas dos processos legislativos tradicionais, em virtude dos problemas sociais e econômicos contemporâneos.

Executivo na manipulação dos objetivos do Estado de Direito, daí a busca pela neutralidade do aparelho estatal, como asseverava Mello (2009). Por sua vez, Souza (2002) enfatiza que os objetivos da regulação enquadram-se no mesmo sistema operacional da "intervenção", que deve conter **graus** de ação do Estado no domínio econômico, de modo a conduzir a política econômica. Já Barroso (2002), ao analisar a reforma brasileira, diz que as reformas econômicas não chegaram a produzir um modelo que pode ser identificado como estado mínimo.

Há o entendimento de que ocorreu um deslocamento da atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividade administrativa. Observa-se que foi preciso rever as posições sobre as reformas do Estado e de como essas políticas são estruturadas, tendo como inspiração as doutrinas do passado e os fenômenos recentes, bem como sua inserção nos Estados em desenvolvimento. Isso porque ora o Estado intervém com maior vigor, ora com menos, ratificando o porquê de todas essas modificações realizadas visando à resistência do sistema capitalista terem reflexos na estrutura estatal constitucionalizada.

No caso vertente, percebe-se que o Brasil, na tentativa de construção do Estado Social (BONAVIDES, 2007)[3] e Democrático de Direito, relativizou as recomendações do Consenso de Washington e tem procurado realizá-lo, sobretudo no intuito de não transformar o Estado em mínimo, mas, sim, estabelecer os fundamentos desse Estado e formular regulações que o caracterizem. Para esse desiderato, convém inicialmente conceituar a regulação dentro do sistema constitucional vigente. Entre esses fundamentos, estão o econômico, o político e o jurídico (MOREIRA NETO, 2003), em uma abordagem que conjuga o direito administrativo e a economia. Politicamente, a regulação

3 É direito que exprime com toda a força a tensão entre a norma e a realidade, entre os elementos estáticos e os elementos dinâmicos da Lei Suprema, entre a economia de mercado e a economia dirigida, entre a liberdade e a planificação, entre o consenso e o dissenso, entre a harmonia e o conflito, entre o pluralismo e o monismo, entre representação e democracia, entre legalidade e legitimidade e, até mesmo, entre partidos políticos e associações de classe, profissões ou interesses, que aparecem, invariavelmente, na crista da revolução participatória de nosso tempo.

manifesta-se pela intervenção que se afirma e logo se expande como instrumento preferencial dos Estados Democráticos de Direito.

Nos Estados Democráticos de Direito, passou a ser desnecessário que as soluções harmonizadoras fossem politicamente impostas, embora sem chegar ao ponto de relegá-las à negociação privada, sendo administrativamente negociadas e impostas – evolução em direção a um novo modelo regulatório, politicamente neutro, de solução de conflitos setoriais interprivados e com a característica híbrida de imperatividade e consensualidade (MOREIRA NETO, 2003). Outra relevante dimensão constitucional trata do reforço político do Legislativo, para dotá-lo de instrumentos para definir macropolíticas próprias, apartidárias.

A juridicidade da solução reguladora está bem mais próxima do nível que se espera de uma decisão legislativa, abstrata e geral. A decisão justa deve ser **regular** e em condições de obter a **concordância** de todos com plena consciência de suas consequências. A inovação jusmetodológica para as decisões reguladoras deve pautar-se na especificidade e mutabilidade das circunstâncias, operar em pautas principiológicas abertas, pouco necessitar de regularidade e muito exigir de concordância para se legitimar, viabilizada por meio dos instrumentos participativos.

A regulação, como novo tipo de atividade jurídica do Estado, que supera a denominada "administração burocrática", em razão da sua carência de legitimidade e eficiência, é apontada como "instituto vitorioso" disseminado pela nova proposta de Estado. É tratada como conceito de função reguladora – administrativa, normativa e judicial –, atividade dos subsistemas de harmonização que inclui um híbrido de atribuições de variada natureza. São apontadas características absolutamente novas da função compósita de regulação, com o intuito de produzir correções oportunas e flexíveis, sendo essas características mais interessantes.

Dessa forma, entende Moreira Neto (2003) que a regulação é uma função administrativa, não decorrendo, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado e uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais e efetivos. Acrescenta-se que esse espaço

é deslegalizado, para que os agentes politicamente neutros possam tomar decisões, não apenas normativas, mas executivas e judicantes, dentro de determinados limites.

3 A DISCIPLINA JURÍDICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL

Revela-se, no Texto Constitucional, que a "regra" adotada trata da exploração direta pelo Estado da atividade econômica. A competência para a "regulação" e a "fiscalização" submete todos os participantes dos negócios que as integram, não se negando o neoliberalismo, mas envolvendo-o por meio da ideologia adotada pelo constituinte, revelando-se de modo a garantir ao modelo adotado a segurança democrática e o equilíbrio entre a ação individual e a estatal, nos desdobramentos da legislação ordinária.

O processo de constitucionalização, com a ascensão burguesa (queda das aristocracias), as garantias de liberdades públicas por meio da positivação (de certo modo, legalismo) e a crescente economia de mercado (industrialização, urbanização, sociedade de massas), faz lembrar, de forma útil, os diversos contextos de regulação e suas imbricadas relações econômicas. O direito de comunicação, aduzido contemporaneamente como microssistema jurídico, tem um significado peculiar e complexo.

Atualmente, ao se falar em comunicação de massa, o termo 'imprensa' gradualmente passa a se referir aos meios de comunicação social, ou seja, veículos de grande alcance e difusão, cuja base tecnológica permite o acesso, em termos virtuais, de toda a sociedade (variante *media*, do inglês, para mídia). A mídia, ou esse conjunto de meios de comunicação, é de complexa caracterização. Esses meios aparecem "[…] *como entidades a un tiempo tecnológicas y jurídicas, com uma sustantividad propia – generalmente privadas – pero con un rol social y político fundamental dentro de la sociedad, lo cual las convierte, también, en entidades de interés e importancia publica*" (ORDOÑEZ, 1994, p. 617).

Esses meios, mesmo gozando de ampla liberdade, são submetidos a uma regulação e inspiram atenção. A comunicação social, como um processo

interativo e dialógico com a sociedade, é imbuída de uma função "social", de maneira que os meios de comunicação, mesmo tendo uma organização, em geral, privada, carregam uma dimensão social. Tal dimensão implica um viés político-jurídico, na forma de direito à comunicação social, uma vez que a mídia protagoniza um múnus organizativo do corpo social, assistindo-se à transferência da esfera pública (atos políticos, grandes debates) para o espaço midiático.

A CRFB/88 delineia, de forma expressa, **os direitos à liberdade de expressão e comunicação**: "Art. 5º. [...] IV. É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. [...] IX. É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (BRASIL, 1988). Percebe-se, no texto, que a terminologia 'liberdade de imprensa' tem caído em desuso. A Carta Magna utiliza-a apenas uma vez, quando trata do estado de sítio e elenca as possíveis restrições (art. 139, inciso III). Por sua vez, a denominação **liberdade de expressão e comunicação** passa a ser referenciada como designativo geral capaz de ancorar objetivamente a vacuidade semântica ou a multiplicidade polissêmica possível em torno das várias nomenclaturas (FARIAS, 2004).

A liberdade de expressão tem como objeto a manifestação de pensamentos, ideias, opiniões, crenças e juízos de valor. A liberdade de comunicação tem como objeto a difusão de fatos ou notícias. Tal divisão corresponde ao que comumente é designado por liberdade de opinar e liberdade de informar (FARIAS, 2004). Assim, o direito à comunicação, no uso proposto por Farias (2004), significa direito à comunicação social, em uma das classificações possíveis (MIRANDA, 2000). Ao se falar em comunicação social, demanda-se a seara pública, especificamente no cunho político. No entanto, a distinção não satisfaz, pois as esferas pública e privada imbricam-se cada vez mais. Mostra-se a comunicação social como um mosaico construído nos meios de comunicação de massa, mas com formas, vocações e interesses diversos, fragmentários e privativos.

A mídia é perpassada por marcos legais e constitutivos de um microssistema próprio, de forma que já se reclama um estatuto (não um código) autônomo para o campo do direito da comunicação (CARVALHO, 2003).

A profusão de leis e o tratamento constitucional ao longo da história revelam a estrutura política do setor da comunicação social, usada instrumentalmente a serviço dos grupos dominantes na cena do poder. Os documentos legais que dispõem sobre a comunicação social no país são, basicamente, a CRFB/88, leis esparsas que tratam das profissões de comunicador, disposições da legislação comum, como o Código Civil, além de atos normativos de atores privados, compreendendo os Códigos de Ética das profissões e o Código de Autorregulamentação Publicitária.

A Lei Suprema desenha uma moldura com regras e princípios claros, tendentes a realizar o princípio democrático por meio da comunicação social (dispositivos do art. 5º c/c arts. 220 a 224). O direito à comunicação é classificado por alguns doutrinadores como um direito de quarta geração, de titularidade difusa e aplicabilidade imediata, devido à sua "fundamentalidade". Bonavides (2007), nesse sentido, cita a concretização democrática como dependente desses direitos, fornecendo um elo importante para a ampliação do círculo de compreensão do direito à comunicação social.

Ao regular esse mosaico, aparece o exemplo constitucional da divisão da programação televisiva aberta em eixos temáticos (educação, entretenimento e informação).[4] Apesar de a concessão dos canais ser pública, a maior parte desse conteúdo é de entretenimento e publicidade. O entretenimento ocupa um razoável conteúdo dos meios de comunicação social e é voltado para o lazer, *hobby* ou ócio, o que não descaracteriza sua função informativo-cultural e sua capacidade educativa. A publicidade tem por finalidade a venda de ideias (quando geralmente é denominada conceitual ou institucional) e/ou produtos (sendo chamada promocional), consistindo na técnica de anunciar ideias, produtos e serviços, visando a informar e persuadir o público à compra. "O objetivo é estimular a circulação de bens, é persuadir, alterar comportamentos" (FERNANDES NETO, 2004, p. 51). Diferencia-se da propaganda, por esta ter cunho ideológico, mais ligado a doutrinas e ideias políticas. Ademais, a publicidade impõe-se como força motriz nos meios

4 "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**" (BRASIL, 1988, grifo nosso).

de comunicação social, considerando o grau de dependência das empresas do financiamento pelos anúncios. Misturam-se tais anúncios aos produtos midiáticos, como um de seus produtos culturais. A ideia de indústria cultural firmou-se e o conceito parece ganhar força (WARNIER, 2003).

Assim, a liberdade publicitária advém de seu poderio econômico e do *standard* da ampla liberdade de expressão. As tentativas de regulamentação – e a efetiva regulamentação – são vistas como ameaças ao pleno exercício do direito fundamental de liberdade de expressão, na vertente liberalista do "livre mercado de ideias". No caso da comunicação social, tem-se a presença midiática "objetivada" no espaço social (BRAGA, 2001), aparecendo a mídia ou imprensa como instituição ou parte da estrutura institucional de duas maneiras, pelo menos: de uma forma, existe em si como instituição protegida (prerrogativas de imprensa), de outra, penetra os demais campos institucionais (economia, política, família, educação, religião) (DEFLEUR; BALL-ROKEACH, 1993). A partir disso, forma um espaço público autonomizado, em que permanecem vigentes as máximas de liberdade e debate.

Habermas (2003) desenvolve uma teoria da mudança estrutural da esfera pública a partir da midiatização e do mercado de bens culturais, concepção que merece reparos, por basear-se excessivamente na existência de uma opinião pública de cunho liberalista. Ressalvadas as críticas, seu conceito de esfera pública auxilia na constituição de um estatuto peculiar aos meios de comunicação de massa. Assim, ao mesmo tempo que se constituem como empresas, sob fundamentos da economia de mercado, são limitados por sua função pública. Ao fim, pode-se dizer que a imprensa tem natureza publicística.

Esse caráter público deve conjugar-se com a necessidade de rentabilidade e sobrevivência comercial e envolve as funções de educar, entreter e informar. A CRFB/88 prevê um regime especial para as emissoras de rádio e TV abertas, que impõe a preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (art. 221, inciso I). Dada a natureza publicística – e por que não dizer política – de qualquer meio de comunicação social, acredita-se na possibilidade de estender esse regime a toda a mídia.

3.1 ACERCA DA APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS RELATIVOS À COMUNICAÇÃO SOCIAL

A inserção dos princípios na categoria das normas não é um aspecto tranquilo nos estudos jurídicos. A norma, como imposição, discurso constitutivo de obrigação, é contestada na sua modalidade princípio, devido à elevada carga valorativa e, ao mesmo tempo, baixa densidade normativa. No caso dos princípios constitucionais, sustentam alguns a ideia de norma-programa, com eficácia diminuída (BONAVIDES, 2007). Teriam, na verdade, função subsidiária ou supletiva. Tal postura é combatida pelos pós-positivistas, para quem é total a "hegemonia e preeminência dos princípios" (BONAVIDES, 2007, p. 294). Nessa visão, os princípios seriam subdivisões das normas, uma espécie normativa com especificidade, ao lado das regras, bem como orientadores de todo o sistema jurídico.

As normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais, doutrinariamente, podem ser classificadas de vários modos, sendo a divisão entre regras e princípios bastante recorrente (ÁVILA, 2001a). Para Ávila (2001a), a discussão sobre princípios precisa ser definida quanto a algumas prerrogativas básicas sobre seu conceito. Como pontos comuns às diferentes vertentes, cita os seguintes traços:

> Grau de abstração e generalidade da prescrição normativa, em função do qual os princípios se distinguiriam das regras por serem dirigidos a um número indeterminado de pessoas e a um número indeterminado de circunstâncias, enquanto as regras seriam menos gerais e conteriam mais elementos de concretude relativamente à conduta; e fundamento de validade, a partir do qual os princípios se distinguiriam das regras por serem dedutíveis do Estado de Direito, ao passo que as regras seriam dedutíveis de textos normativos (ÁVILA, 2001a, p. 7).

As normas podem ser divididas, ainda, quanto à eficácia, na clássica tripartição: normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia

limitada. A CRFB/88 impôs óbice a tal definição no que toca aos direitos fundamentais, pois, no art. 5º, § 1º, afirma-se que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

No caso dos princípios relativos à comunicação social, previstos no art. 221 da Carta Magna, cabe perguntar, *prima facie*, se são normas relativas a tais direitos fundamentais. Embora estejam localizados fora dos artigos expressamente destinados aos direitos fundamentais, os itens que, em sua tessitura, trazem direitos têm sido considerados insertos no catálogo destes, dada a abertura imposta no art. 5º, § 2º.[5] No entanto, a estrutura dos direitos fundamentais é complexa e, no caso dos direitos relativos à comunicação, imbrica sempre uma dimensão libertária, típica dos direitos individuais ou de primeira geração. Ademais, eles se caracterizam como direitos de quarta geração, "transindividuais, que não pertencem a uma pessoa determinada nem a um grupo claramente delimitado, mas concorrentemente a uma pluralidade de sujeitos" (TORRES, 2001, p. 298).

Admite-se, assim, que os princípios da comunicação social conduzem a direitos fundamentais, com uma estrutura híbrida, dando alento a exigências de abstenção estatal, no que toca às liberdades, e de fazer ou prestações positivas, no concernente às exigências de pluralismo e proteção da família (*status negativus* e *status positivus*) (TORRES, 2001). Leia-se o dispositivo estudado:

> 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;
> [...]
> IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (BRASIL, 1988).

Os meios eletrônicos submetem-se a um regime especial, como visto anteriormente; uma vez que as ondas radioelétricas do espectro compõem

5 "Art. 5º [...] § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL, 1988).

um recurso limitado, os serviços de radiodifusão constituem um microssistema, ao qual se submetem os serviços de transmissão de sons (rádio) ou de sons e imagens (TV), mesmo que por outra tecnologia ou recurso (TV a cabo, por exemplo).[6] Conforme o Decreto nº 52.795/1963, que aprova o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, em seu art. 67, as concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão devem observar o caráter educacional do serviço e atender às seguintes exigências:

> 1. manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a irradiação de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrários à moral familiar e aos bons costumes;
> 2. limitar a um máximo de 25% (vinte cinco por cento) pelo horário da sua programação diária, o tempo destinado à publicidade comercial;
> 3. destinar um mínimo de 5% (cinco por cento) do horário de sua programação diária para transmissão de serviço noticioso (BRASIL, 1963).

A questão que se coloca é acerca do grau de aplicabilidade ou efetividade da norma principiológica, no caso, do disposto no art. 221, sobre a obrigatoriedade de preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, como também do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, na produção e programação das emissoras de rádio e televisão.

A ideia de aplicabilidade pode ser conduzida à de geração de efeitos, de possibilidade de incidência sobre os fatos da realidade. Na classificação proposta por Silva (2006), as normas de **eficácia plena** seriam aquelas que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem da atuação do legislador ordinário para que alcancem sua plena operatividade. Surgiriam as normas de **eficácia contida**, com aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, havendo abertura para o

6 "Art. 222. [...] § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais" (BRASIL, 1988).

legislador constituinte regular os interesses relativos à determinada matéria; e, ainda, as normas de **eficácia limitada**, que se caracterizariam pela aplicabilidade indireta e reduzida, só podendo ser aplicáveis e gerar seus principais efeitos após a intervenção legislativa. A classificação é aceita e largamente utilizada, mesmo com algumas críticas, como negar normatividade às normas constitucionais.

Fala-se, em regra, no grau ou nível de eficácia da norma-princípio, sem negar que já podem surtir efeitos de imediato, seja qual for a sua classificação, inclusive no tocante à produção legislativa pelo Poder Legislativo derivado (conteúdo da atividade do poder, dimensão objetiva dos direitos fundamentais) e ao controle de constitucionalidade da lei infraconstitucional, em confronto com as disposições da norma fundamental.

A teoria geral do direito define os princípios jurídicos como normas de otimização concretizáveis em vários graus, dependendo a medida de sua concretização não somente das possibilidades fáticas, mas também daquelas jurídicas; eles permitem e necessitam de ponderação (*abwägungsfähig und -bedürftig*), porque não constituem regras prontas de comportamento, precisando, sempre, de concretização. Justamente porque consistem em normas jurídicas, ainda que carecedoras de concretização, não possuem fundamento de validade autoevidente ou meramente reconduzível ao comumente aceito; antes, decorrem da ideia de direito positivamente constituída, dos textos normativos ou do seu conjunto, ou, ainda, dos fins positivamente instituídos pelo direito (ÁVILA, 2001b).

Na questão dos veículos de comunicação eletrônicos, têm-se normas principiológicas, de caráter genérico, portanto dispondo acerca da programação. Além do problema de ordem técnica de eficácia da norma, há a discussão autônoma da regulação da comunicação social e da moral implícita no discurso constitucional. A liberdade de expressão é um ponto de partida obrigatório, quase lugar-comum, ao se tratar de comunicação social. Essa bandeira libertária serve de trincheira para evitar discutir questões como o pluralismo, a proteção de instituições como a família e a própria democratização do direito à comunicação social, que ultrapassa a passividade

de espectador. Diz mesmo respeito, tal democratização, ao direito à voz e a influenciar as políticas dos meios de comunicação.

A regulação aparece como um viés de equilíbrio nos papéis, em vez de censor tirano, como costumeiramente pintado. Sobre a realidade americana, análoga à brasileira em alguns pontos, comenta Fiss (2005, p. 29-30):

> A visão libertária – de que a Primeira Emenda é uma proteção da auto-expressão – faz um apelo para o *ethos* individualista que tanto domina nossa cultura popular e nossa cultura política. A liberdade de expressão é vista como análoga à liberdade de religião, que também é protegida pela Primeira Emenda. Todavia, essa teoria não consegue explicar por que os interesses daqueles que produzem o discurso deveriam ter prioridade sobre os interesses dos indivíduos objeto do discurso, ou dos indivíduos que devem escutar o discurso, quando esses dois conjuntos de interesse conflitam.

Pretende-se apenas ilustrar brevemente o painel da discussão, muito mais complexo do que permitem os limites do presente trabalho. A regulação vem à tona, porém, na questão proposta, se observa que a Lei Suprema estabelece uma norma de respeito à instituição familiar, infância e adolescência e, ainda mais, a obrigatoriedade de respeito a valores morais e éticos, como pertencentes a uma esfera pública.

Há de se verificar se a norma é autoaplicável ou se demanda produção legislativa que complete, delimite e regulamente o estabelecido em termos genéricos. Em primeiro lugar, admite-se a inclusão dos direitos constantes do capítulo da ordem social entre os fundamentais, embora com graus variáveis de eficácia. Para efeito didático, entende-se, no presente trabalho, que possuem tais direitos titularidade difusa, sendo o direito à comunicação social um direito de quarta geração e estrutura complexa.

Apesar da declaração de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a mera enunciação constitucional não torna autoexecutáveis todos os direitos gerados, uma vez observados os dimensionamentos políticos e o fenômeno do "inchaço dos direitos". Entende-se que a técnica legislativa

deficitária alcança a Carta Constitucional Brasileira em algumas passagens, havendo que se interpretar de forma otimizadora e normativa, porém lembrando empiricamente os direitos como opções políticas concretizáveis. Assim, deveria o direito à programação de qualidade ser baseado nos ditames do respeito ao *ethos* moral público e à instituição familiar, sem, porém, descurar do pluralismo e das liberdades individuais ou liberais, igualmente protegidos. Também, entende-se haver reserva legal para esse conteúdo, trazida pelo art. 220 da CRFB/88 e traduzida em normas de organização para o sistema de comunicação social.

> 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.
> [...]
> § 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 II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O art. 220, mesmo situado anteriormente, responde às questões levantadas e submete o direito à comunicação, visto na sua vertente de direito à programação de qualidade, à outra dimensão legislativa (DIMOULIS; MARTINS, 2008). Não se nega, entretanto, a aplicabilidade dos direitos

referidos. Apenas, consoante magistério constitucional, entende-se haver a remissão teleológica à lei regulamentadora de tais direitos.

Segundo Ferreira Filho (1992), é certo que toda norma constitucional é jurídica, não havendo disposições meramente diretivas numa Constituição contemporânea. É certo, consequentemente, que toda norma constitucional goza de um mínimo de eficácia ou aplicabilidade, sem o que não seria norma jurídica. Goza ela, pelo menos, da eficácia pelo lado negativo, na medida em que a regra que a contraria, seja constitucional, legal ou regulamentar, perde a própria eficácia em razão de sua superveniência, sendo pela norma constitucional "ab-rogada".

Em resumo, pode-se afirmar que: a) gozam tais normas principiológicas de *status* de direitos fundamentais; b) seriam direitos fundamentais da espécie direito à comunicação, de quarta dimensão; c) possuem aplicabilidade mitigada, não vigorando em sua máxima extensividade, podendo ser dependentes de conformação por lei federal, em observância a mandamento constitucional.

4 A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE EM FACE DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

Os dispositivos constitucionais que tratam da pessoa humana são por demais resguardados pela Carta Magna, que instituiu um **sistema especial de proteção** aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, que tem como características básicas: (i) conferir uma gama maior de direitos fundamentais, contemplando direitos fundamentais exclusivos desses sujeitos especiais; (ii) conformar estruturalmente os direitos fundamentais desses cidadãos especiais, de modo a gerar obrigações comissivas aos obrigados, representados no trinômio **família-sociedade-Estado**, fundamentado no *caput* do art. 227 da CRFB/88, a eles impondo de forma ampla o **dever de absoluta prioridade** de todos os direitos fundamentais de quem se encontra em condição de pessoa em desenvolvimento, tendo em vista os valores éticos, morais e sociais. "Mais do que qualquer cidadão, crianças e adolescentes devem receber tratamento prioritário em tudo o que diz respeito ao seu bem-estar e à sua felicidade" (DIAS; OPPERMANN, 2015, p. 7).

O ponto culminante que ampara essa concepção positivada trazida pelo Texto Constitucional é a compreensão de que crianças e adolescentes encontram-se em situações de maior vulnerabilidade, o que lança prioridade na concessão de um regime especial de salvaguardas, que lhes permita construir e desenvolver suas potencialidades humanas plenamente**,** em atenção ao primado *suum cuique tribuere*, que decorre do princípio da igualdade e resulta na doutrina da proteção integral.

> A teoria da proteção integral estabeleceu-se como necessário pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil contemporâneo. As transformações estruturais no universo político consolidadas no encerrar do século XX contrapuseram duas doutrinas de traço forte, denominadas da situação irregular e da proteção integral. Foi a partir desse momento que a teoria da proteção integral tornou-se referencial paradigmático para a formação de um substrato teórico constitutivo do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil (CUSTÓDIO, 2008, p. 1).

O ECA adveio do imperativo de pormenorizar a proteção da infância e juventude, razão de sua personalidade, e o fez ante sua especialidade entre os diversos diplomas legais, materiais e processuais, entre eles, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei de Ação Civil Pública etc., no intuito de resguardar, além dos direitos fundamentais, outros que devem estar sujeitos a mecanismos de controle público e social, como a informação, cultura, lazer, esportes diversos e espetáculos, bem como produtos e serviços. De tudo, é certo que não há conclusões específicas e findas sobre o assunto no Brasil que se traduzam em lei acerca da publicidade; debates existem sobre a temática, como também pressão dos especialistas, entidades ligadas à saúde, à educação e à publicidade, objetivando ver-se uma regulamentação em razão das peculiaridades da personalidade infantojuvenil.

O estatuto tratou, nas disposições preliminares gerais, de um ponto especial que o presente artigo pretende analisar pormenorizadamente; isso porque se entende que, entre os direitos fundamentais trazidos, existe um

título especial, no intuito de ver resguardados os interesses individuais e coletivos em jogo na seara da legislação infraconstitucional, no sentido do melhor interesse da criança e do adolescente.

A prevenção constitui disposição ou preparo antecipado ou preventivo. O referido princípio existe no ordenamento jurídico em dois ramos específicos, a saber: no direito infantojuvenil e no direito ambiental, mas aqui o estudo restringe-se àquele. Para o ECA, visa a prevenir danos quando as consequências da realização de determinado ato são conhecidas. Nesse caso, o nexo de causalidade entre o dano e o resultado já foi comprovado ou decorre necessariamente da lógica.[7] Em vista disso, a Lei nº 8.069/1990, em seu art. 70, diz: "É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente" (BRASIL, 1990a). O princípio, nesse caso específico, existe com o intuito de evitar danos, sendo, pois, responsabilidade de todos – pessoas físicas e jurídicas –, absoluta e indistintamente, em casos de inobservância de suas normas.

Entende-se esse título como um dos que requer maior observância, visto tratar-se de princípio que visa, acima de tudo, a antever os resultados danosos que possam advir a esses cidadãos; isso porque a lei regulamentou-o tendo em vista o interesse público geral e individual de **seres humanos em desenvolvimento**, no intuito de prevenir que fiquem na vulnerabilidade e estejam sujeitos a situações que tragam danos para sua vida e de suas famílias e, em consequência, para a própria sociedade. Assim, cuida-se de resguardar a posição da criança e do adolescente como titulares de direitos e garantias:

> O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos e garantidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como deflui do dispositivo constitucional antes mencionado, implica não apenas a sua consagração como direitos fundamentais, direitos humanos, mas a primazia de sua garantia, à medida que

7 Essa lógica constitui o fato de crianças e adolescentes, por serem vítimas de uma sociedade injusta, estarem em situações difíceis, de vulnerabilidade, de miserabilidade, de problemas físicos, ou por terem cometido algum tipo de infração, serem reiteradamente expostas pelos meios de comunicação, tornando-se alvo da curiosidade de milhões de telespectadores.

> a prioridade nessa proteção tem como corolário a valoração e a dignidade da pessoa humana, no caso, pessoas humanas especiais (QUINTANA, 2009, p. 39).

Além da prevenção geral, referido estatuto trouxe uma prevenção especial que cuida basicamente de regulamentar as condutas fáticas, por meio de órgãos competentes, podendo crianças e adolescentes ocasionalmente, na falta de acuidade de sua família, de si e do próprio Estado, estar sujeitos a situações de exposição a danos e mazelas sociais, conforme o art. 74 do ECA:

> Art. 74. O poder público, através 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. Parágrafo Único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação (BRASIL, 1990a, grifo nosso).

Cumpre frisar que a lei fala da competência de órgãos públicos virem a regulamentar os fatos sociais que ocasionam a exposição de crianças e jovens, os quais ficam sujeitos à apatia de entidades e órgãos de proteção, sendo necessário realizar debates em nível nacional entre os entes públicos, em conjunto com as Promotorias da Infância e Juventude, no intuito de alinhar informações, normas e ações conjuntas para a efetiva proteção dos interesses, segundo a aplicação dos princípios da subsidiariedade e da cooperação, com o fito de auxiliar na tarefa de formação e proteção desses cidadãos, que têm direito à atenção prioritária e absoluta.

A **prevenção especial** trazida pelo ECA trata, ainda, no art. 76, de outras formas a que o público infantojuvenil encontra-se à mercê, principalmente em vista da questão da liberdade de expressão. Percebe-se que o quadro da programação audiovisual brasileira, principalmente televisiva,

encontra-se num nível de comportamento aquém do exigido no estatuto. Segundo o texto legal:

> Art. 76. As emissoras e rádio e **televisão** somente exibirão, no **horário recomendado para o publico infanto-juvenil**, **programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas**.
> Parágrafo Único: Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua **classificação,** antes de sua transmissão, apresentação ou exibição (BRASIL, 1990a, grifo nosso).

A lei é clara quanto a essas finalidades, porém a prática constitui uma realidade repleta de reservas e acomodações; isso porque, na prática, se observa que existem estudos que ilustram essa percepção e analisam o impacto do conteúdo veiculado na mídia sobre os hábitos das crianças e dos jovens,[8] bem como a influência comercial que oferece.

Outro ponto não menos importante trata da classificação indicativa dos programas de televisão; são diretivas no intuito de prestar informações para os pais e educadores do conteúdo a ser veiculado no referido horário. Na prática, a classificação indicativa tem ocorrido por meio do Ministério da Justiça, que editou a Portaria nº 368/2014, tratando dos aspectos ligados à Lei nº 8.069/1990 (ECA) e à Lei nº 12.485/2011 (dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado). Convém dizer que isso não constitui censura, a qual não foi recepcionada pela atual Lei Suprema, pelo menos na forma proibitiva,[9] sendo livres a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo. Ademais, a liberdade de expressão encontra limites, que são consagrados constitucionalmente.

8 Um dos exemplos que se podem trazer é o Guia Médico sobre Violência na Mídia, publicação americana sobre os efeitos da violência midiática sobre a personalidade de crianças e adolescentes. Esse documento é o resultado de reuniões sobre a temática de diversas academias de medicina, entre elas, o Departamento de Psiquiatria e Medicina Legal da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que traduziu o texto para o português.

9 Cf. arts. 5º, inciso IV, e 220, § 1º e 2º, da CRFB/88.

O quadro delineado foi trazido porque, no Brasil, qualquer proposta de debate sobre o tema, seja no âmbito estatal, dos movimentos consumeristas ou de defesa dos menores, faz soar aos quatro cantos, por parte do empresariado, o alerta em defesa da liberdade de expressão acima de qualquer outro direito, tendo, inclusive, como fundamento a proposta da democracia. Em que pese o debate, existem poucas ações concretizadas em termos de política pública (como a classificação indicativa), no intuito de ver efetivadas tais ações. Isso porque, no país, o reconhecimento das normas relativas a determinados campos de incidência, sejam elas de natureza pública ou privada, em muitos casos está longe de ser efetivado, principalmente quando elas passam a interferir diretamente nos interesses dos empresários, que adotam o lema "não se metam no nosso negócio", ou mesmo no interesse dos governos, que se eximem sob a testilha da "não política".

Importante previsão consta do Decreto nº 52.795/1963, que trata do Regulamento de Serviços de Radiodifusão (no caso, tanto a transmissão de sons – radiodifusão sonora – quanto a transmissão de sons e imagens – televisão).

> Art. 67. As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, observado o caráter educacional dêsse serviço, deverão na organização dos seus programas, atender entre outras às seguintes exigências:
> [...]
> **2. limitar a um máximo de 25% (vinte cinco por cento) pelo horário da sua programação diária, o tempo destinado à publicidade comercial**; [...] (BRASIL, 1963, grifo nosso).

Tal controle, porém, mostra-se algo complicado, uma vez que a publicidade nem sempre é expressa ou autoidentificada. Os mecanismos de *merchandising* (a publicidade oculta na programação) são utilizados mesmo no jornalismo ou "jornalismo de negócios, de publicidade maquiada, que seria jurídica e moralmente aceitável se viesse identificada como informe publicitário" (FERNANDES NETO, 2004, p. 45).

O apelo ao consumismo tem sido denunciado em diversas consequências negativas, o que não deverá ser tratado aqui. O ponto fulcral da

regulamentação da publicidade direcionada ao público infantojuvenil está na falta de deferência ao art. 37 do CDC, *id est.*

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
> § 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.
> § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.
> § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (BRASIL, 1990a, grifo nosso).

A assertiva de ser abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança por si só deveria ser suficiente para coibir ações dos empresários em face desses indivíduos, que não devem ser tratados como consumidores, mas como cidadãos especiais que se encontram em desenvolvimento, não devendo ficar vulneráveis a grupos de interesses, em especial, os econômicos, que têm finalidades lucrativas.

A temática ganhou ainda mais peso quando foi apresentado o Projeto de Lei nº 5.921/2001, com a finalidade de acrescentar mais um parágrafo ao art. 37 do CDC, trazendo na proposta o seguinte: "É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas a crianças" (BRASIL, 2001).

Na fase de elaboração legislativa da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (hoje conhecida como CDC), tentou-se incluir o seguinte texto na norma em questão:

> Art. 37. [...]
> § 4º - Quando o fornecedor de produtos ou serviços se utilizar de publicidade enganosa ou abusiva, o consumidor poderá pleitear indenização por danos sofridos, bem como a abstenção da prática do ato, sob pena de execução específica, para o caso de inadimplemento, sem prejuízo da sanção pecuniária cabível e de contra-propaganda, que pode ser imposta administrativa ou judicialmente (BRASIL, 1989).

No caso vertente, a regulamentação da publicidade de produtos e serviços direcionados ao público infantojuvenil enfrentou oposição dos empresários fabricantes, que protestaram sob a alegação de que a mídia desse mercado constitui um *plus* e que traria prejuízos aos veículos de comunicação, bem como às agências publicitárias. A proposta foi vetada pelo governo, sob o seguinte argumento:

> A imposição de contra-propaganda, sem que se estabeleçam parâmetros legais precisos, pode dar ensejo a sérios abusos, que poderão redundar até mesmo na paralisação da atividade empresarial, como se vê, aliás, do disposto no § 3º do art. 60. Por outro lado, é inadmissível, na ordem federativa, atribuir a Ministro de Estado competência para apreciar em grau de recurso a legitimidade de atos de autoridade estadual ou municipal, tal como previsto no § 2º do art. 60 (BRASIL, 1990c).

Isso constitui uma ratificação de que certos interesses continuam prevalecendo culturalmente como perpetuidade, uma postura de total desrespeito às instituições democráticas. Disso resulta que o ponto fulcral ficou ainda mais tensionado acerca do vetusto debate sobre liberdade de expressão *versus* criança e adolescente, sem deixar de trazer à colação que tudo isso deságua em dois pontos fulgurais: o ECA e a lei consumerista, que requerem atenção cuidadosa, em especial, devido ao acompanhamento e controle social exercidos por campanhas de organizações não governamentais acerca do desrespeito aos direitos humanos.

Os direitos elencados são fundamentais; no entanto, a CRFB/88 afirma, em seu art. 227, que, pelo critério da razoabilidade, a decisão de proteger a criança tem como fundamento um bem jurídico, que traz mais vantagens aos interesses coletivos do que prejuízo à liberdade de expressão, que tem como fundamento os interesses de um grupo de empresários atuando com interesse privado e na esfera de liberalidade estritamente econômica. Conforme pode ser visto no Texto Constitucional:

> 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 liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O Judiciário, em suas decisões, atua levando em consideração a ponderação sobre a aplicação de um ou outro princípio e, de acordo com a conjuntura específica dos casos em apreço, a colisão de interesses dessa natureza e o que a Carta Magna prevê, reconhece ao público infantojuvenil a absoluta prioridade sobre outros direitos. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), há jurisprudência que tutela o princípio da prevenção:

> ADMINSTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ECA. ANÚNCIO DE EVENTO SEM INDICAÇÃO DOS LIMITES DE IDADE RECOMENDADOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA SEDE DA EMISORA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA RESPONSÁVEL PELA PRODUÇÃO E DIVULGAÇÃO DO EVENTO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO (STJ, 2007).

Para os publicitários, em sentido amplo, tais apreciações judiciais ainda não se concretizaram juridicamente, apesar de acreditarem que factualmente

essas adversidades não são mais impedimentos para seus negócios. Esse argumento deságua em outro ponto crucial do poder público brasileiro: processos dessa natureza demandam anos a fio para serem apreciados pela Suprema Corte, constituindo esse tempo técnica de protelação para garantir os negócios e repercutir na falta de credibilidade das instituições democráticas.

> A televisão, os jornais, a revista, o rádio, e os demais meios de comunicação, não cumprem, essa é a verdade, as disposições contidas no Estatuto e, mesmo assim, permanecem impunes, como que estivessem protegidas por um verdadeiro escudo, uma barreira instransponível e indestrutível (MENDES, 2006, p. 131).

Cumpre frisar que as duas consequências trazidas são chamadas de peso para a própria mídia, que "preocupa-se mais com as intrigas do que em buscar a verdade" (GARAPON, 2001, p. 83). Ocorre que o Judiciário também está na mídia; os juízes, hoje, são celebridades que discorrem sobre assuntos que deveriam estar restritos aos autos dos processos. Eles opinam sobre temas que deveriam fazer parte de seu íntimo, de seu múnus de julgar, visto que devem ser imparciais, regrados, cautelosos e resguardados (GARAPON, 2001).

Em vista disso, tem-se que há uma continuidade na agenda política brasileira acerca da disputa entre os interesses público e privado, com o fito de deixar mazelas sociais, enquanto prevalece a lógica de mercado de que a criança é reconhecida como consumidora, influenciadora do consumo das famílias, formada numa cultura de consumo ratificada pela mídia e formadora de uma opinião tendenciosa a ser posta à disposição de anunciantes e empresários inescrupulosos, que a ratificam sob a ilusão da democracia direita, ou seja, o sonho de um acesso à verdade, livre de qualquer mediação. Enquanto isso, não é demais insistir que "o Estado não pode esquecer que tem o dever de cumprir o preceito constitucional de dar proteção especial, com absoluta prioridade, a crianças, adolescentes e jovens" (DIAS; OPPERMANN, 2015, p. 10).

Reflete-se, no texto, acerca das particularidades dos direitos fundamentais que dificultam seu estudo. Conforme enumeram Dimoulis e

Martins (2008), são elas: abstração e generalidade; relações entre direito constitucional e infraconstitucional; e tensão entre direito, economia e política. Pensa-se que o itinerário percorrido autoriza dizer que: a) as normas principiológicas gozam de *status* de direitos fundamentais; b) as normas que constituem princípios relativos à comunicação social, previstos nos arts. 220 e 221 da CRFB/88, seriam direitos fundamentais da espécie direito à comunicação, de quarta dimensão; c) possuem, *prima facie*, aplicabilidade, não vigorando em sua máxima extensividade, por serem normas dependentes de conformação por lei federal, em observância a mandamento constitucional; d) as disposições do ECA (Capítulo II – Da Prevenção Especial; art. 76 e seguintes), por obedecerem à dicção constitucional, são constitucionais, não limitando desproporcionalmente a liberdade de comunicação social.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, pretendeu-se demonstrar, pelo menos em síntese, que novos problemas exigem novas soluções. Da mesma maneira que o tipo de Estado ocidental é mutável, as instituições jurídicas, tal como o homem, nascem, crescem e morrem e, em seu declínio, já se veem substituídas por outras mais adaptadas às realidades emergentes.

O direito está mudando. Seu **processo de constitucionalização** deve ser entendido como uma releitura e redefinição dos velhos conceitos e institutos da dogmática da disciplina sob a óptica dos princípios constitucionais, bem como dos princípios que regulamentam a ordem social em sede ampla, como a comunicação social e a proteção à infância e juventude, de forma a arvorar novos paradigmas, dotados não apenas de consistência teórica, mas também comprometidos com a democracia, os direitos fundamentais e a ética, na busca da eficiência como mola propulsora do desenvolvimento, da segurança jurídica, da solidariedade e do Estado de Direito.

A título de conclusões articuladas, elenca-se que: a) as normas principiológicas gozam de status de direitos fundamentais; b) as normas que constituem princípios relativos à comunicação social, previstos nos arts. 220 e 221 da CRFB/88, seriam direitos fundamentais da espécie direito à

comunicação, de quarta dimensão; c) possuem, *prima facie*, aplicabilidade, não vigorando em sua máxima extensividade, por serem normas dependentes de conformação por lei federal, em observância a mandamento constitucional; d) as disposições do ECA (Capítulo II – Da Prevenção Especial; art. 76 e seguintes), por obedecerem à dicção constitucional, são constitucionais, não limitando desproporcionalmente a liberdade de comunicação social.

Em suma, conclui-se que muito ainda há a ser feito, precisando-se mudar a base cultural comum de tolerância e cooperação na sociedade. Algo deve ser proposto com o intuito de unir todos num compromisso comum da tarefa do desenvolvimento, com foco nos vetores axiológicos, que fazem ruir os velhos lineamentos dogmáticos do Estado. De forma clara, a democracia é um componente inseparável dessa empresa e a ciência é um método que fará que a sociedade caminhe em busca desse objetivo comunitário.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, jul. 2001a. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, p. 1-30, out. 2001b. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **JusNavegandi**, Artigos, out. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3209/agencias-reguladoras>. Acesso em: 21 fev. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, José Luiz. Constituição do campo da comunicação. In: BRAGA, José Luiz et al. **Campo da comunicação**. João Pessoa: UFPB, 2001.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto n. 52.795, de 31 de outubro de 1963. Aprova o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 nov. 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D52795.htm>. Acesso em: 17 nov. 2014.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm?>. Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro

de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 set. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.

_____. Mensagem n. 664, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art37§4>. Acesso em: 2 mar. 2015.

_____. Ministério da Justiça. Portaria nº 368, de 11 de fevereiro de 2014. Regulamenta as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, da Lei Nº 10.359, de 27 de dezembro de 2001, e da Lei nº 12.485 de 12 de setembro de 2011, relativas ao processo de classificação indicativa. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 fev. 2014. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={-6C4030FE-0A4D-46B0-BA1F-800A22C0F642}&BrowserType=-NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B93BE2E04-D21A-44EC--A77C-3F2E5D7248B8%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. Projeto de Lei n. 5.921, de 12 de dezembro de 2001. Acrescenta parágrafo ao art. 37, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que "dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências". **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Projetos de Lei e Outras Proposições, 2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>. Acesso em: mar. 2015.

_____. **Projeto de Lei n. 97**. 1989. Disponível em: <file:///D:/%C3%81rea%20de%20Trabalho/T%20-%20Vota%C3%A7%C3%A3o%20em%20turno%20%C3%BAnico%20do%20Veto%20Parcial.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2015.

CARVALHO, Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 8, p. 12-23, 1994.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). **Código de autorregulamentação publicitária**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: mar. 2015.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22-43, 2008.

DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra. **Teorias da comunicação de massa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. **Adoção e o direito constitucional ao afeto**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ado%E7%E3o_e_o_direito_constitucional_ao_afeto_-_marta.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicabilidade das normas constitucionais. In: SARAIVA, Paulo Lopo (Coord.). **Antologia luso-brasileira de direito constitucional**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1992.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à Lei 8.069/90**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 4.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**: uma alternativa participativa e flexível de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ORDOÑEZ, Jaime. Periodismo, derechos humanos y control del poder político. In: _____ et al. **Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centro América**. San José: IIDH, 1994.

QUINTANA, Rosanna Marzulo. **Proteção jurídica da criança e do adolescente conforme o artigo 1638 do Código Civil de 2002**. 2009. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial n. 621.906/RJ. Relatora: Ministra Denise Arruda. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 23 abr. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2847767&sReg=200302193048&sData=20070423&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 11 ago. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____ (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WARNIER, Jean-Pierre. **A mundialização da cultura**. Bauru: Edusc, 2003.

Correspondência / Correspondence:

Kelsiane de Medeiros Lima
Rua Bevenuto Pereira, 22, Bairro JK, CEP 59.380-000. Currais Novos, RN, Brasil.
Fone: (84) 9962-9981.
Email: kelsianelima@uol.com.br

Recebido: 14/10/2014.
Aprovado: 29/01/2015.

Nota referencial:

LIMA, Kelsiane de Medeiros; GÓIS, Veruska Sayonara de. Regulamentação da comunicação em face da proteção da infância e juventude. **Revista Direito e Liberdade,** Natal, v. 17, n. 1, p. 173-207, jan./abr. 2015. Quadrimestral.