

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

Rita de Cássia Curvo Leite

**Direito à Prevenção Especial da Criança na
Classificação Indicativa**

DOCTORADO EM DIREITO

**São Paulo
2016**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

Rita de Cássia Curvo Leite

**Direito à Prevenção Especial da Criança na
Classificação Indicativa**

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura

**São Paulo
2016**

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

O elo que liga crianças e adultos a seus pais é perene
e se estende mesmo quando a presença física é substituída pela espiritual.
À minha eterna e amada mãe que, num suspiro, deixou a vida terrena,
mas, cujas lições de coragem, de disciplina e de bondade continuam norteando meu caminho.
A meu pai, amigo e Mestre por me ensinar a percorrer as trilhas do Direito e da Justiça,
concedendo-me hoje a enorme felicidade de compartilhar comigo mais essa conquista.

AGRADECIMENTOS

Sou feliz hoje por ter tanto a agradecer e muito pouco a pedir.

Agradeço por ter uma família unida, verdadeiro refúgio para os momentos de aflição e dúvida e o faço em nome de meu pai, Nicola, irmãos, Rosângela e Cássio, cunhada, Cecília e sobrinhas, Rebeca, Paloma e Izabela. Agradeço as orientações, sugestões e toda a compreensão e apoio.

Agradeço às minhas irmãs de coração, que conheci nos bancos desta Universidade, e que, desde então, acompanham minha trajetória sempre com tanto estímulo e carinho, mui especialmente, Miriam Endo, Lucinéia Rosa dos Santos e Lia Mara Orlando que me ajudaram com as pesquisas para concretizar este trabalho, foram ouvidos atentos às minhas palavras e mão segura na hora das mais árduas decisões.

Agradeço às orientações e a paciência com que meu orientador, Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura, auxiliou-me na condução deste trabalho, e as muitas horas em que ele, diante de meu desânimo e angústia, ajudou-me a recobrar minhas forças e seguir adiante.

Agradeço por ter conquistado tantos amigos que, com seu carinho fraterno, tanto contribuíram para que esse trabalho fosse concretizado, em especial, Adriano Ferriani, Cintia Antonelo Andrade, Arlete Inês Aurelli e Anselmo Prieto Alvarez.

Agradeço aos meus Mestres, que com simplicidade e elegância, conseguiram não só construir boa parte do meu pensamento jurídico como instigar-me à reflexão séria e pertinente do Direito, em particular os Professores Doutores Paulo de Barros Carvalho e Nelson Nery Júnior, bem assim seus respectivos assistentes, tenazes na condução das aulas do curso de Doutorado na PUC/SP, Professores Doutores Robson Maia Lins e Georges Abboud.

Obrigada por tudo

*“A criança é a nossa mais rica matéria-prima.
Abandoná-la à sua própria sorte ou desassisti-la em suas
necessidades de proteção e amparo
é crime de lesa-pátria”.*

(Tancredo Neves – Frase inaugural da exposição de motivos do ECA).

RESUMO

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Direito à Prevenção Especial da Criança na Classificação Indicativa*. 2016. Tese de Doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo, 2016.

No presente estudo, defende-se, fundamentalmente, que o sistema de classificação indicativa é um eficiente interlocutor do princípio da prevenção especial consagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, artigos 74 a 80), evitando a exposição infantil a conteúdos audiovisuais inapropriados. Regulado por Portarias do Ministério da Justiça e da Secretaria Nacional de Justiça, o sistema classificatório caminhou a passos largos para se aproximar do modelo de correção, por meio do qual a sociedade, no exercício regular da cidadania, é convidada a participar da classificação das obras, dando maior transparência e liberdade ao sistema. A fim de identificar os impactos negativos no desenvolvimento infantil decorrentes do consumo inadequado à sua faixa etária, especialmente no ambiente da cultura, do lazer e do entretenimento, discorrer-se-á, em primeiro plano, acerca dos princípios que norteiam a legislação infantojuvenil, partindo-se da doutrina (ou, como se adotará neste trabalho), do sobreprincípio da proteção integral. Ao se reconhecer que a criança é uma pessoa (sujeito de direitos), a quem deve o Estado, a família e a sociedade dedicar cuidado, zelo e atenção, fundada na reconhecida vulnerabilidade e hipossuficiência de que é portadora, prima-se por valores como o da dignidade da pessoa humana que, inegavelmente, protege em particular a criança, a fim de garantir-lhe a preservação de seu bem-estar, respeitar-lhe sua integridade física, mental e moral e atender, enfim, a seu melhor interesse. Examinar-se-á, a partir daí, o cerne (a *ratio* e a prospecção) da prevenção especial, a qual será considerada, em nossa hipótese, subclasse da prevenção geral. A indústria do entretenimento infantil (como sói acontecer com os programas televisivos e espetáculos públicos em geral, incluindo-se os cinematográficos), a publicidade, o uso de mídias eletrônicas, a disponibilização de jogos (inclusive de interpretação – RPG) estão a merecer atenção redobrada dos adultos, principalmente diante da velocidade com que as informações provenientes desses meios atingem a criança. Nesse sentido, as reflexões contidas neste estudo não escaparão ao enfrentamento de temas polêmicos e correlatos à matéria central, tais como o aparente conflito entre a liberdade de expressão e a manifestação do pensamento e o controle destes por meio do sistema de classificação indicativa. Para tanto, serão examinadas algumas decisões pretorianas, sem se olvidar a apreciação técnica da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 2404, que tramita desde 2001 no Supremo Tribunal Federal (STF). Por fim, examinar-se-á a extensão do sistema de classificação indicativa, ousando-se sugerir possa ele ser estendido a outras formas de comunicação hoje não catalogadas pelo modelo classificatório em vigor.

Palavras-chave: Criança. Prevenção Geral e Especial. Princípios e Sobreprincípios em destaque no Estatuto da Criança e do Adolescente. Consumo infantil no ambiente do entretenimento, da publicidade, das mídias eletrônicas, jogos e RPG. Classificação indicativa. Liberdade de expressão. Censura.

ABSTRACT

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Right to Special Prevention of Child in the Rating System*. 2016. Doctoral Thesis in Law - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo, 2016.

In this study, we intend to ascertain, essentially, that the indicative rating system is an effective interlocutor of the principle of special prevention enshrined in the Statute of Children and Adolescents (Law n° 8.069/90, articles 74-80), avoiding exposure children to inappropriate audiovisual content. Regulated by Ordinance of the Ministry of Justice and the National Secretariat of Justice, the classificatory system strode to approach the co-regulation model, through which the society in the regular exercise of citizenship, is invited to participate in the classification of works giving greater transparency and freedom to the system. In order to identify the negative impacts on child development arising from inadequate intake for their age group especially in the cultural environment, leisure and entertainment, discourse shall be in the foreground, on the principles that guide the novel juvenile law, starting the doctrine (or, as it will adopt in this paper), the overprinciple of full protection. Recognizing that the child is a person (subject of rights), to whom should the state, the family and society devote attention, care and zeal, based on recognized vulnerability and underprivilege, one could end up excelling by values, such as dignity of the human person undeniably serves in particular the child, in order to ensure to preserve his/her well-being, respect his physical, mental and moral integrity and meet at last, at its best interest. Shall be to examine, from there, the heart (the ratio and prospecting) of special prevention, which will be considered, in our case, subclass of general prevention. The children's entertainment industry (as often happens with television and public spectacles in general, including cinematograph), advertising, the use of electronic media, the availability of games (including interpretation - RPG) are that deserve increased attention from adults, especially given the speed with which information from these means reach the child. In this sense, the reflections contained in our study did not escape the confrontation of controversial and related issues to the central area, such as the apparent conflict between freedom of speech and the expression of thought and control these through the parental rating system regulated by Justice Ministry. To this end, some praetorian decisions will be examined, without forgetting the technical assessment of the ADI (direct action of unconstitutionality) 2404 which is being processed since 2001 in the Supreme Court. Finally, it will examine the extent of the indicative classification system, daring to suggest it can be extended to other forms of communication today not cataloged by the classification model in place.

Keywords: Child. General and Special Prevention. Principles and overprinciple highlighted the Statute of Children and Adolescents. Children's consumption in the entertainment environment, the advertising, the electronic media, games and RPG. Parental rating. Freedom of expression. Censorship.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia Geral da União
ALERJ	Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANDI	Agência de Notícias dos Direitos da Infância
APAS	Associação Paulista de Supermercados
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEO	Chief Executive Officer
CF	Constituição Federal
CONANDA	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
CPC	Código de Processo Civil
DEJUS	Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
DVD	Digital Versatile Disc
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBOPE	Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística
IMDb	International Movie Database
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia
MJ	Ministério da Justiça

MMA	Mixed Martial Arts
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
OSCIPS	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PL	Projeto de Lei
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PPS	Partido Popular Socialista
PROCON	Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor
PSB	Partido Socialista Brasileiro
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
REsp	Recurso Especial
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RPG	Role-playing game
SeAC	Serviço audiovisual de acesso condicionado
SNJ	Secretaria Nacional de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TNS	Transglobal Research
UFC	Ultimate Fighting Championship
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
UPF	Utilidade Pública Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS	15
I.1. Normas: Normas Jurídicas	15
I.2. Princípios	21
I.2.1. Reflexões e teorias em torno dos “princípios”	23
I.2.2. Princípios e Sobreprincípios.....	29
I.2.3. A distinção entre princípios e regras	32
CAPÍTULO II – PRINCIPIOLOGIA APLICADA NO CONTEXTO DA PREVENÇÃO ESPECIAL DA CRIANÇA	37
II.1. Princípios em destaque no Direito da Criança e do Adolescente fundados na doutrina (ou sobreprincípio da proteção integral)	37
II.1.1.Princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF/88 c.c. artigo 3º da Lei nº 8.069/90).....	42
II.1.2. Princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (artigo 6º e 71 do ECA)	45
II.1.3. Princípio da prioridade absoluta (artigo 227, CF/88 e 4º, <i>caput</i> e parágrafo único, “a” <i>usque</i> “d”, do Estatuto da Criança e do Adolescente)	52
II.1.4. Princípio do melhor interesse da criança.....	55
II.1.5. Princípio da brevidade e excepcionalidade (art. 227, § 3º, CF).....	60
CAPÍTULO III – DIREITO DA CRIANÇA À PREVENÇÃO ESPECIAL	65
III.1. Cenário atual: foco da problematização em torno da prevenção especial infantil	65
III.2. Destinatários da prevenção especial: diretos e indiretos.....	69
III.3. A relevância da prevenção especial no ambiente infantil	77
CAPÍTULO IV – CONTEÚDO E ABRANGÊNCIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	103
IV.1. Prevenção Geral e Especial e a Teoria das Classes.....	103
IV.2. Prevenção e Precaução	106
IV.3. A prevenção geral no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	111
IV.4. A prevenção especial no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	117
IV.4.1.O que evitar para garantir o direito à prevenção especial.....	130
IV.4.1.1. Extensão e Conteúdo da expressão “mensagens pornográficas ou obscenas” (artigo 78, parágrafo único, ECA).....	130
IV.4.1.2. “Bebidas alcoólicas e armas” (artigos 79 e 81, I, II e III, ECA): a prevenção especial incide qualquer que seja a dosagem alcoólica e mesmo se a arma for de brinquedo?.....	135
IV.4.1.3. “Fogos de estampido e de artifício” (artigo 81, inciso IV, ECA): é possível responsabilizar o fabricante?	143
CAPÍTULO V – A UTILIZAÇÃO DO MODELO DE CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA COMO FORMA DE PREVENÇÃO ESPECIAL À CRIANÇA ..	146
V.1. Da Classificação indicativa	146
V.1.1. Breve resenha cronológica do tratamento regulatório alusivo à classificação indicativa.....	149
V.1.2. Definição: compreendendo a classificação indicativa	162
V.1.3. Fundamentos legal e teórico favoráveis à classificação indicativa.....	175
V.1.3.1. Teoria Autonomista (Libertária).....	181
V.1.3.2. Teoria Protecionista (Conservadora)	184

V.1.3.3. Teoria Eclética (Terceira Abordagem)	186
V.1.4. Critérios Temáticos para a classificação indicativa: eleição apoiada em aspectos sócio-culturais e psicológicos.....	191
V.1.4.1. Sexo e nudez	194
V.1.4.2. Violência.....	199
V.1.4.3. Drogas.....	207
V.1.5. O Dilema instalado: garantir a Liberdade de Expressão ou dar Proteção Integral à Criança?	212
V.1.5.1 Classificação indicativa: forma de censura?.....	217
V.1.6. Limites impostos à classificação indicativa.....	225
V.1.6.1. Serviços condicionados por acesso e TV Interativa	225
V.1.6.2. A classificação indicativa no ambiente virtual (inclusive internet móvel)	229
V.1.6.3. Campanhas publicitárias: adoção de um marco regulatório à semelhança da classificação indicativa?.....	235
V.1.6.4. Exibições ou apresentações ao vivo: obediência à classificação indicativa fundada no dever de prevenção especial.....	244
V.1.6.5. Competições esportivas, programas e propagandas eleitorais e programas jornalísticos	248
CONCLUSÃO	252

INTRODUÇÃO

Há pouco mais de 25 anos, o Brasil comemorava a entrada em vigor da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ingressando para um seleto grupo de países que, finalmente, reconhecia a necessidade de priorizar políticas públicas em prol de garantir direitos a esse grupo social que fora secularmente desprestigiado e subjugado entre nós.

Trata-se de microssistema com reconhecidas qualidades especialmente voltadas a dar consistência a valores e princípios constitucionais inspirados, sobretudo, na doutrina da proteção integral, por meio da qual crianças e adolescentes deixam de ser objeto de proteção assistencial e passam a ser titulares de direitos subjetivos.

A partir desse novo modelo, democrático e participativo, que se instalou em nosso território, família, sociedade e Estado passaram a ser cogestores em prol da infância, sem que houvesse qualquer discriminação ou privilégio entre pobres ou ricos, brancos ou negros.

O Estatuto da Criança e do Adolescente preocupou-se, também, em atuar preventivamente com o fito de evitar que determinados danos sequer fossem alardeados, minimizando a incidência de tutelas repressivas quase sempre densas e delongadas.

Foi aplaudido, laureado, comentado a quatro ventos.

Passados os primeiros tempos de júbilo e encantamento, porém, é chegada a hora de se admitir que a novel legislação está sendo subtratada tanto pela sociedade, como, infelizmente, pelo Poder Judiciário. Imensos são os desafios impostos à sua efetivação.

É nesse ponto que se chama a atenção para a maneira pela qual certos setores da sociedade, especialmente aqueles envolvidos com os meios de comunicação de massa, vêm fazendo a leitura dos dispositivos estatutários relacionados ao entretenimento infantil. A referência é a dos artigos insertos no Título III – Da Prevenção – Capítulo II – Da Prevenção Especial – Seção I – Da informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos.

Nesse contexto, destaca-se o sistema da classificação indicativa, que é apontado como sendo de informação obrigatória em diversos artigos daquele aludido

Capítulo II (de se notar a redação dos artigos 74 e parágrafo único, 75, *caput*, 76, parágrafo único, 77, *caput* e parágrafo único, 78 e 80) e que, uma vez desrespeitada pelos veículos de comunicação e entretenimento, constitui infração administrativa (artigo 254 do mesmo Estatuto).

Consiste a classificação indicativa, como se examinará no decorrer do presente estudo, em mecanismo orientador das famílias e da sociedade em geral quanto ao conteúdo das programações televisivas, cinematográficas e, ainda, dos mercados de vídeo, jogos eletrônicos e jogos de interpretação – RPG, de modo a esclarecer-lhes se as imagens, sons e mensagens inseridas nos respectivos programas, jogos, livros e ambientes são recomendáveis ao público infantojuvenil. Para isso, o sistema classificatório se espelha, no âmbito normativo, na Constituição Federal (CF/88), no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, como se disse, nas Portarias n^{os} 368/2014, do Ministério da Justiça (MJ) e 26/2014, da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), bem assim no Novo Manual da Classificação Indicativa organizado pela Secretaria Nacional de Justiça e pelo Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação (DEJUS).

Entretanto, a despeito do sistema classificatório ser sério, muito bem orquestrado, comprovadamente aplaudido por organizações engajadas na defesa dos direitos da criança e do adolescente sobre revelar-se forma eficiente e orientadora das famílias e da sociedade em geral no combate à exposição infantil inadequada (e inaceitável) a uma plêiade de informações (imagens, sinais, sons e textos), tem sido ele mal interpretado mui especialmente pelas empresas de comunicação de massa, patrocinadores e distribuidores de filmes e espetáculos públicos ao argumento de que as restrições impostas pelo aludido modelo classificatório àqueles veículos representaria um retrocesso à liberdade de expressão, constituindo verdadeira censura.

O que pretende tal segmento é ver declarada a inconstitucionalidade do referido artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente quanto à expressão “diverso do autorizado” que nele se contém.

A polêmica é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n^o 2404, distribuída em 2001 ao Supremo Tribunal Federal (STF), e que permanece indefinida, muito embora quatro Ministros já tenham declarado voto.

É com tristeza e grande preocupação que se constata estar aquela Corte caminhando na contramão do melhor interesse da criança e do adolescente quando tergiversa sobre a proteção integral infantojuvenil e sugere não deverem sofrer qualquer sanção as emissoras, distribuidoras ou produtoras que deixem de observar a classificação indicativa e transmitam ou veiculem programações ou espetáculos em horário diverso do autorizado e sem aviso de classificação, pois esta – a classificação – é indicativa e não obrigatória. Nesse sentido, não ficam sujeitos esses agentes a obtenção de uma licença prévia para exibirem determinados conteúdos audiovisuais, pois, se assim fosse, haveria nítido controle do Estado a reviver os tenebrosos anos de ditadura militar.

Procurar-se-á demonstrar, efetivamente, que a classificação indicativa longe está de representar sequer um sopro na direção da reinstalação da censura prévia. Muito pelo contrário, é um processo democrático, dividido entre o Estado, as empresas de entretenimento e a sociedade, com o objetivo de informar às famílias brasileiras a faixa etária para a qual não se recomendam diversões públicas e deve ser respeitado, tanto mais quanto o Brasil se aproximou a partir da vigência das citadas Portarias n^{os} 368/2014, do MJ e 26/2014, da SNJ, da sistemática de classificação indicativa calcada na correção que combina elementos de autorregulação com os da regulação pública, num verdadeiro sinal de exercício da cidadania.

Conclamou-se a sociedade, principalmente com a entrada em vigor daquelas mencionadas Portarias, para uma participação mais ativa, tendo sido instituído o Cadastro Nacional de Classificadores Externos da Classificação Indicativa – Projeto Classifique – com os seguintes objetivos: promover a participação e o controle social no processo de classificação indicativa, ampliar a transparência e a prestação de contas da política de classificação indicativa e ampliar a participação da sociedade na classificação indicativa, por meio de apoio ao monitoramento de jogos e aplicativos digitais e de programas exibidos no âmbito nacional ou regional nas televisões aberta e fechada, além da classificação prévia de obras audiovisuais.

Não se pode simplesmente ignorar a importante função social desempenhada pela classificação indicativa para, subliminarmente, fazer imperar necessidades comerciais sobre o interesse público de dar prioridade absoluta à infância.

Por essa razão, defender-se-á, neste trabalho, que o sistema de classificação indicativa deva ser continuamente analisado e que se pense em estendê-lo para outros segmentos hoje dele desalojados.

Para tanto, interessante lembrar que 25 anos também completou, em 2015, o não menos comentado e festejado Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

No ambiente consumerista, destacam-se as inúmeras propagandas e campanhas publicitárias que, com o objetivo estritamente mercadológico, não raras vezes acabam por desrespeitar e agredir os consumidores mirins mediante a exposição precoce de crianças a imagens, sons e textos que os incitam a criar hábitos e desenvolver atitudes perniciosas para o seu desenvolvimento sadio e que deviam ser igualmente catalogadas por faixa etária ou, simplesmente, retiradas de circulação, cabendo aos seus idealizadores e divulgadores maior responsabilidade.

Eis o desafio que se enfrentará: a defesa da classificação indicativa como símbolo da visibilidade e aplicabilidade da prevenção especial à criança nos meios de comunicação e congêneres.

CAPÍTULO I – NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS

I.1. Normas: Normas Jurídicas

Ao se cogitar sobre a norma, em sentido amplo, a ela associam-se formulações de modelos ou padrões em diversos campos de atuação. Assim, são normas as que selecionam e organizam dados e informações para o bom funcionamento de um aparelho (normas técnicas), da mesma forma que são normas aquelas que orientam comportamentos humanos no ambiente social (normas de etiqueta), ou ainda as que direcionam percursos e sinalizam caminhos (normas de trânsito), ou, finalmente, as que avaliam a satisfação do consumidor (normas de qualidade).

Pois bem, chamam-se normas, os mandamentos constitutivos de ordenações normativas, qualquer que seja a coletividade e o nível social em que surgirem, ou o setor de atividade em que imperarem. As normas são concepções ideais de procedimentos e de estados usuais e comuns, ou de procedimentos e estados que se quer sejam usuais e comuns¹.

Quando se volta o olhar para o ambiente jurídico, diz-se que as normas tendem a regular, direta ou indiretamente, o comportamento dos particulares, das comunidades, dos governantes, do Estado. Corresponde a um comando que orienta a conduta de cada um. É a manifestação de um ato de vontade do poder, por meio do qual uma conduta humana é obrigatória, permitida ou proibida (modais deônticos).

Mas, de nada adiantariam as normas se fossem formuladas apenas para existir no mundo ideal e imaginário. Ao contrário disso, devem ser aplicadas no mundo real.

Isso significa dizer que as normas, independentemente de sua natureza (religiosas, morais ou jurídicas), são criadas para serem cumpridas. Não existe norma que não implique certa obediência, um mínimo de respeito a determinado padrão.

¹TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva, “Iniciação na Ciência do Direito”. São Paulo:Editora Saraiva, 2001, p. 21; TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva, “O Direito Quântico. Ensaio sobre O Fundamento da Ordem Jurídica”, 5ª edição revista e aumentada. São Paulo:Editora Max Limonad, 1980, p. 255.

A norma jurídica – gênero que engloba os princípios e as regras– afirma Sérgio Shimura², “constitui-se em um comando às ações das pessoas, que tem por finalidade regular a sua conduta em suas relações sociais”.

Encerra, portanto, um imperativo, como todas as demais normas de comportamento, ao regular o agir do ser humano e orientá-lo para suas finalidades.

Sendo a imperatividade atributo que está presente na norma jurídica, mas também em outros modelos normativos, qual seria, portanto, a essência específica da norma jurídica?

Na lição de Goffredo da Silva Telles Júnior³ “uma qualidade notabilíssima das normas jurídicas as diferencia das normas não jurídicas. Essa qualidade, que lhe é própria, e delas exclusiva, é a que o adjetivo *autorizante* designa”.

Nesse sentido, afirma o autor que a norma jurídica é um imperativo autorizante, sendo aquele o gênero próximo e esta a diferença específica.

A norma jurídica é *autorizante* porque ela *autoriza* que o lesado pela sua violação exija seu cumprimento ou a reparação do mal causado, ou, ainda, a cominação da pena ao delinquente. Se a norma violada não for jurídica, ninguém terá essa autorização.

Goffredo Telles identificou a norma jurídica, portanto, a partir da análise de seus atributos.

Sérgio Shimura⁴, por sua vez, decompõe os elementos constitutivos da norma jurídica a fim de reconhecê-la. A norma jurídica, segundo ele, é composta de dois enunciados: 1. norma primária (*endonorma*, preceito de conduta); 2. norma secundária (*perinorma*, consequência jurídica ou sanção). Muito embora o autor reconheça que

²SHIMURA, Sérgio Seiji, “O Princípio da Menor Gravosidade ao Executado”, in “Execução Civil e cumprimento de sentença”, vol. 2, BRUSCHI, Gilberto Gomes e SHIMURA, Sérgio (Coordenação). São Paulo:Editora Método, 2007, pp. 529-530.

³A fim de reforçar que o *autorizamento* é a nota distintiva da norma jurídica, Telles Júnior, apresenta os seguintes exemplos: “Seja, por exemplo, a norma: ‘Praticarás a caridade’. Poderá uma pessoa estar em condições de cumprir a norma citada, mas deliberadamente a viola. Prejudicados ficarão, nesta hipótese, os que a caridade daquela pessoa beneficiaria. Mas *ninguém estará autorizado* a exigir o cumprimento da norma infringida. (...) Seja, por exemplo, a norma: ‘Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro a pagar-lhe certo preço em dinheiro’. Se o vendedor não transferir o referido domínio, ou o comprador não pagar o referido preço, violada estará a norma editada. Nessa hipótese, o lesado, que tanto pode ser o vendedor como o comprador, *ficará autorizado* a exigir o cumprimento da norma infringida (a transferência do domínio, o pagamento do preço). Logo, a citada norma, diferentemente da primeira, é *autorizante*, é um *autorizamento*, e, portanto, é uma norma jurídica”. (TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva, “O Direito Quântico. Ensaio sobre O Fundamento da Ordem Jurídica”, 5ª edição revista e aumentada. São Paulo:Editora Max Limonad, 1980, pp. 356-358).

⁴SHIMURA, Sérgio Seiji, “O Princípio da Menor Gravosidade ao Executado”, in “Execução Civil e cumprimento de sentença”, vol. 2, BRUSCHI, Gilberto Gomes e SHIMURA, Sérgio (Coordenação). São Paulo:Editora Método, 2007, p. 531.

nem toda e qualquer norma jurídica seja sancionadora, nota-se que a capacidade sancionadora da norma é, para ele, importante aspecto a ser considerado.

Para logo se vê que, de qualquer ponto que se parta, uma coisa é certa: discorrer sobre a norma jurídica é tarefa difícil.

As lições de Riccardo Guastini e de Paulo de Barros Carvalho igualmente servirão de base para aclarar a dúvida.

De acordo com a lição de Riccardo Guastini⁵, pode-se chamar “disposição” a todo enunciado pertencente a uma fonte do direito; “norma”, por seu turno, ao conteúdo significativo da “disposição”, que é uma variável dependente da interpretação.

Nesse sentido, a “disposição” constitui o objeto da atividade interpretativa; a “norma” seu resultado. A disposição é um enunciado da linguagem e das fontes sujeita à interpretação e, nesse sentido, reformulada pelo intérprete: é, pois, um enunciado da linguagem e dos intérpretes.

Diz o referido autor, ainda, que, em muitos contextos, a distinção entre “disposições” e “normas” é irrelevante e pode ser ignorada sem causar problemas. Mas, em outros contextos essa distinção reveste-se de uma importância fundamental: é um instrumento conceitual indispensável seja para aclarar a natureza da atividade interpretativa, seja para esclarecer fenômenos tais como a derrogação tácita, a derrogação indeterminada, os diversos tipos de vícios das leis, as decisões interpretativas e manipulativas do Tribunal Constitucional (vale dizer, do Supremo Tribunal Federal), etc.

Nesses contextos a distinção entre “disposição” e “norma” se faz necessária pelo fato de que entre as “disposições” e as “normas” inexistir uma correspondência biunívoca, e isso por muitas razões, a saber:

1) *Disposições complexas*: em primeiro lugar, muitas “disposições” – quiçá, todas as “disposições” – têm um conteúdo significativo complexo: não expressam uma “norma” senão uma multiplicidade de normas conjuntas. Nesse sentido, uma única disposição pode corresponder a diversas normas conjuntamente. Assim, por exemplo, a “disposição” do art. 1.417 do Código Civil italiano (“*A prova por testemunhas, no caso de simulação, é admissível, sem limitação, se o pedido for proposto por credores ou*

⁵GUASTINI, Riccardo, “Distinguiendo – Estudios de teoría y metateoría del derecho”. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999, pp.100-104.

terceiros e, quando visa a fazer valer a qualidade de ilícito ao contrato dissimulado, ainda mesmo se for proposto pelas partes”) expressa pelo menos três, senão quatro, normas distintas: a) a prova testemunhal é admissível se o pedido é realizado pelos credores; b) a prova testemunhal é admissível se o pedido é realizado por terceiros; c) a prova testemunhal é admissível se o pedido é realizado pelas partes e está dirigido a fazer valer a ilicitude do contrato dissimulado; d) a prova testemunhal não é admissível se o pedido é feito pelas partes, porém não está dirigida a fazer valer a ilicitude do contrato dissimulado;

2) *Disposições ambíguas*: em segundo lugar, toda “disposição” é (mais ou menos) vaga e ambígua, de forma que tolera diversas e conflituosas atribuições de significado. Nesse sentido, uma “disposição” – ou a toda “disposição” – não corresponde a uma única “norma” senão a uma multiplicidade de normas disjuntivas. Uma única “disposição” expressa diversas normas disjuntivamente: uma ou outra norma, em função das distintas interpretações possíveis;

3) *Disposições redundantes*: em terceiro lugar, pode suceder (embora seja pouco habitual) que duas disposições sejam perfeitamente sinônimas, que uma seja uma mera repetição de outra: nesses casos, a duas disposições corresponde uma única norma. Também pode suceder (e esta hipótese é mais frequente) que duas disposições não sejam perfeitamente senão parcialmente sinônimas, no sentido de que expressam dois conjuntos de normas que em parte se sobrepõem;

4) *Normas sem disposição*: em quarto lugar, segundo uma opinião (discutível, porém) absolutamente pacífica entre os juristas, o sistema jurídico não contém unicamente normas das quais é possível extrair, mediante a interpretação, das disposições contidas nas fontes: está também repleto de outras normas privadas de disposição. Fazendo uma abstração das normas de fonte consuetudinária, uma norma está privada de disposição quando não pode ser identificada como significado de um preciso enunciado das fontes.

Ensina Paulo de Barros Carvalho⁶, por seu turno, que uma coisa são os *enunciados prescritivos*, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras, as *normas jurídicas*, como significações construídas a partir dos textos

⁶CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”. São Paulo: Editora Noeses, 3ª edição, 2009, pp. 127-131.

positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas. Toma a norma, portanto, como construção “a partir dos enunciados” e não “contida ou involucrada nos enunciados”. Assim, conclui Paulo de Barros, a expressão “o intérprete produz a norma” cai como uma luva ao sentido que outorga às unidades normativas. O intérprete produz a norma na acepção de que, posto o enunciado pela autoridade competente, ele, intérprete, passa a construir a norma de direito.

Para suplantar a ambiguidade da expressão “normas jurídicas”, clássica vem a ser a distinção entre “sentido amplo” e “sentido estrito”. Assim como as normas em geral podem ser tomadas em “sentido amplo”, também a norma jurídica o será.

Assim que, (i) “normas jurídicas em sentido amplo” designam tanto as frases, enquanto suporte físico do direito posto, ou os textos de lei, quanto os conteúdos significativos isolados destas; e (ii) “normas jurídicas em sentido estrito” para aludir à composição articulada das significações, construídas a partir dos enunciados do direito positivo, na forma hipotético-condicional ($H \rightarrow C$), de tal sorte que produza mensagens com sentido deontico-jurídico completo.

O termo “normas jurídicas em sentido amplo” alude aos conteúdos significativos das frases do direito posto, vale dizer, aos enunciados prescritivos, não enquanto manifestações empíricas do ordenamento, mas como significações que seriam construídas pelo intérprete. Ao mesmo tempo, a composição articulada dessas significações, de tal sorte que produza mensagens com sentido deontico-jurídico completo, receberia o nome de “normas jurídicas em sentido estrito”.

A norma jurídica é a significação que se colhe da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que é produzido na mente do intérprete, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. Tomem-se os símbolos linguísticos marcados no papel. Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, por meio do qual as ideias ou noções são associadas para formar um juízo, que se apresenta, finalmente, como proposição.

Dito de outro modo, experimentam-se as sensações visuais, auditivas, tácteis, que suscitam noções. Essas, agrupadas no intelecto humano, fazem surgir os juízos ou pensamentos que, por sua vez, se exprimem verbalmente como proposições. A

proposição aparece como o enunciado de um juízo, da mesma maneira que o termo expressa uma ideia ou noção.

A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca no espírito humano. Basta isso para concluir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador. Ao enunciar os juízos, expedindo as respectivas proposições, ficarão registradas as discrepâncias de entendimento dos sujeitos, a propósito dos termos utilizados.

Por analogia aos símbolos linguísticos quaisquer, pode-se dizer que o texto escrito está para a norma jurídica tal qual o vocábulo está para sua significação. Nas duas situações, encontram-se o *suporte físico* que se refere a algum objeto do mundo (*significado*) e do qual se extrai um conceito ou juízo (*significação*).

Pois bem, nessa estrutura triádica ou trilateral, o conjunto dos textos do direito posto ocupa o tópico de suporte físico, repertório das significações que o jurista extrai, compondo juízos lógicos, e que se reporta ao comportamento humano, no quadro de suas relações intersubjetivas (significado)⁷.

No cenário jurídico, por outro lado, costuma-se associar à ideia de norma os conteúdos legais. Quase sempre são usadas, indiscriminadamente, as palavras “norma” e “lei”, como sinônimas.

Entretanto, norma jurídica não se confunde com lei (em sentido estrito). Há leis que não são normas. A norma jurídica estabelece um padrão de conduta e organização, escrita ou não, imposta pelo Estado por intermédio de lei ou de costume. A lei, por sua vez, é a reunião das normas escritas e elaboradas conforme o processo legislativo estabelecido na Constituição Federal.

⁷CARVALHO, Paulo de Barros, “Curso de Direito Tributário”, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1986, p. 6. Seguindo a mesma orientação, Tércio Sampaio Ferraz Júnior assevera que “as normas jurídicas não são textos ou conjuntos deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, “Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático” in FERRAZ, Sérgio [Coord.], “A norma jurídica”. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1980, p. 22). Assim também Humberto Ávila ao definir a norma como “resultado da interpretação sistemática de textos normativos, sejam estes princípios ou regras. Corresponde, assim, ao *produto* obtido a partir de um comando deontológico (dispositivo) que é submetido à interpretação e que será aplicado diante do caso concreto” (ÁVILA, Humberto Bergmann, “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 30).

Sendo objetivo do presente estudo o exame dos enunciados prescritivos (norma jurídica em sentido amplo) inseridos no Estatuto da Criança e do Adolescente (especialmente os alinhados na Seção I, Capítulo II, Título III), quer-se saber, afinal: o ECA é lei ou é norma jurídica?

Partindo da análise desenvolvida até aqui, pode-se inferir ser o Estatuto da Criança e do Adolescente verdadeira lei, que contém normas, princípios e regras. Corresponde, assim, a autêntica norma jurídica (como “gênero”) dentro da qual se inserem os princípios, que, por sua vez, alimentam as regras, e é, portanto, um *imperativo autorizante*. Não fosse assim, de nada adiantariam as normas jurídicas estatutárias.

Acudir a criança e o adolescente é o substrato lógico-deontico que se extrai da legislação estatutária e que deve estar presente na mente do intérprete ao atribuir-lhe significação. A falta de cuidado e amparo às pessoas ali protegidas integralmente merece punição decorrente da própria essência da norma jurídica.

Reforça, ainda mais, o raciocínio até aqui desenvolvido, o fato de que a norma estatutária está imantada por alguns princípios que revelam, a um só tempo, a necessidade de dar prioridade no tratamento à criança e ao adolescente repudiando os atos contrários a tal normalidade. Destacam-se nesse contexto, a *prevenção geral* e a *especial*, princípios que correspondem à norma jurídica de posição privilegiada, portadora de valor expressivo (*prevenção geral*), sem olvidar que, no âmbito da *prevenção especial*, estipulam, ademais, limites objetivos, estabelecendo regras protecionistas a serem obedecidas por todos os envolvidos, como se verá.

I.2. Princípios

O termo princípio⁸ padece do vício da polissemia, podendo ser empregado em distintas situações, com variados significados⁹. No entanto, pode-se afirmar que o

⁸“Seja como for, os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença”. (CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”, 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2009, p. 262). Princípio. 1. *Filosofia geral*. a) Origem ou causa da ação (Pascal); causa primária; b) o que contém ou faz compreender as propriedades ou caracteres essenciais da coisa (Lalande); c) cada uma das proposições diretivas ou características a que se subordina o desenvolvimento de uma ciência (Leibniz, Descartes, Newton e Spencer); regras fundamentais de qualquer ciência ou arte; d) norma de ação enunciada por

princípio é o ponto de partida e, nesse sentido, é o primeiro passo para uma interpretação mais segura.

No direito, ele nada mais é do que uma linguagem que traduz para o mundo jurídico-prescritivo, não o real, mas um ponto de vista sobre o real, caracterizado segundo os padrões de valores daquele que o interpreta. É lícito asseverar a existência de “princípios jurídicos” em todos os setores da investigação do direito¹⁰, sendo tema obrigatório no estudo de qualquer teoria com pretensões científicas.

É inegável que, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, intensificaram-se os estudos e as pesquisas referentes aos princípios do direito, especialmente em razão de haver referida Carta elencado uma série deles¹¹.

Como o tema central do presente estudo pretende identificar se o assim denominado *princípio da prevenção (especial)* tem simplesmente a natureza principiológica, optou-se por selecionar alguns posicionamentos que irão nutrir as conclusões a serem alcançadas.

Para tal fim, serão tomadas, precipuamente, as lições alienígenas de Robert Alexy, Ronald Dworkin e José Joaquim Gomes Canotilho, e, as nacionais, de Luis Virgílio Afonso da Silva, Celso Antônio Bandeira de Mello, Sérgio Shimura, Nelson Nery Junior e Paulo de Barros Carvalho.

uma fórmula (Fouillée); e) fundamento; f) o que contém em si a razão de alguma coisa (Christian Wolff); g) proposição geral que resulta da indução da experiência para servir de premissa maior ou silogismo (Kant); h) aquilo do qual alguma coisa procede na ordem de existência ou do conhecimento; i) lei empírica, subtraída ao controle da experiência, que obedece a motivos de simples comodidade (Poincaré); j) característica determinante; k) agente ou força originadora ou atuante; l) proposição inicial, obtida pelo conhecimento, da qual se deduzem outras proposições. 2. Nas *linguagens jurídica e comum*, pode significar: a) preceito; norma de conduta; b) máxima; c) opinião; maneira de ver; d) parecer; e) código de boa conduta através do qual se dirigem as ações e a vida de uma pessoa; f) educação; g) doutrina dominante; h) alicerce; base (DINIZ, Maria Helena, “Dicionário Jurídico”, vol. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 717, no verbete *princípio*). Do latim *principium* significa origem, começo. É o *ponto de partida* ou fundamento ou causa de um processo (ABBAGNANO, Nicola, “Dicionário de filosofia”. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, p. 928, no verbete *princípio*).

⁹TOMÉ, Fabiana Del Padre, “A Prova no Direito Tributário”, 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2011/2012, p. 244.

¹⁰CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário Linguagem e Método”, 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2009, pp.253-4.

¹¹Lembre-se, a título de exemplo, dos princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade e resguardo da intimidade e da privacidade, da função social dos contratos e da propriedade, da boa-fé objetiva, da solidariedade familiar, da parentalidade responsável, do bem-estar do menor, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da anterioridade, da proporcionalidade, etc.

I.2.1. Reflexões e teorias em torno dos “princípios”

De acordo com Robert Alexy¹², *os princípios são normas* que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Nesse sentido, de se reconhecer, por primeiro, que a norma é gênero do qual o princípio é espécie.

É notória a lição de Alexy segundo a qual “os princípios são *mandamentos de otimização*, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e de que seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas”. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas.

Para ele, a ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis (*hard cases*). Isso porque, ainda que se restrinja a análise apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em “condições jurídicas”.

Havendo colidência entre princípios (“lei de colisão”), sugere Alexy a obediência a três etapas até que se conclua qual deles deva prevalecer, num juízo de ponderação, aplicando a proporcionalidade, a saber: (i) no primeiro momento dever ser determinada a *intensidade da intervenção*; (ii) no segundo, é tratada a *importância dos fundamentos* justificadores da intervenção; e (iii) finalmente, aplica-se a ponderação propriamente dita.

Na lição de Alexy, o *princípio* não comporta a valoração, porquanto é conceito *axiologicamente* neutro e seu uso não expressa nenhuma opção por esta ou aquela disposição fundamental; enquanto os princípios gozam de caráter deontológico, relacionando-se à ideia do “dever-ser”, os valores se situam na dimensão axiológica, ou seja, do que efetivamente “é” de acordo com um juízo do bom e do mau.

¹²ALEXY, Robert, “Três escritos sobre los derechos fundamentals y la teoria de los principios”. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá:Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 95.

Apesar de compreender referido comentário constante da teoria alexiana, sugere-se que os princípios sejam, ao contrário do que sustenta o filósofo alemão, condutores implícitos de valores. Nesse sentido, nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, foi alçado ao *status* principiológico tendo em vista o valor intrínseco que com ele carrega: o de prestigiar o ser humano em todas as suas dimensões e prolongamentos. O mesmo raciocínio, ainda, se emprega ao ser examinada a *ratio* da *prevenção especial*, no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, fundada em *valores morais e sociais* que identificam a necessidade de proteger a criança de forma mais criteriosa do que a que se protege o adulto (*bipolaridade* natural própria à teoria dos valores), e isso diante da vulnerabilidade (ou hipervulnerabilidade) e da hipossuficiência que lhes rodeiam de modo peculiar.

Os *princípios* estão, portanto, carregados de forte conotação axiológica. Nesse aspecto, discorda-se, nesta tese, da teoria alexiana.

Na obra de Ronald Dworkin¹³, os princípios em sentido amplo englobam os *principles* e as *policies*, ou seja, os *princípios* em sentido estrito, que tutelam os direitos individuais, e as *diretrizes* (ou *políticas*), que protegem situações de dimensão coletiva ou comunitária.

Os princípios, segundo Dworkin, conferem coerência e justificação ao sistema jurídico e permitem ao juiz, diante dos *hard cases* (casos difíceis), realizar a interpretação de maneira mais conforme à Constituição (*verfassungsmässige Auslegung*).

Apesar da tendência atual de adaptação do direito anglo-saxão ao modelo nacional, encontra-se certa resistência à subsunção da teoria dworkiniana entre nós, especialmente em função das ponderações distintivas entre princípios e regras apresentadas pelo referido autor, como se verá a seguir, no item I.2.3. De outra banda, acredita-se que todos os casos comportem uma natural dificuldade. Essa divisão entre *hard* (difíceis) e *easy cases* (casos fáceis) não é recepcionada de bom grado pelo direito pátrio.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁴, princípios são “*standards* juridicamente vinculantes radiados na exigência de *justiça*”. Cabe àqueles que se

¹³DWORKIN, Ronald, “Levando os direitos a sério”. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-46.

¹⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Direito Constitucional”, 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1993, p. 197.

propõem a tratar dos princípios identificarem esses “standards” ou “pensamentos diretores” no ordenamento jurídico, o que deve implicar a demonstração de sua ocorrência.

Particularmente, acredita-se que o uso da expressão “standard” não seja apropriada para falar de princípios, sobretudo porque dá-se a ideia de padronização de condutas, o que, nem de perto, é o que se extrai dos princípios de direito. Muito ao contrário disso, a aplicação principiológica requer sopesamento individual, principalmente nas situações de colidência (ou de aparente colisão) ou, simplesmente, nas hipóteses de preferência.

Luis Virgílio Afonso da Silva¹⁵, por seu turno, analisa em seu trabalho os critérios adotados por Robert Alexy, e, nesse sentido, anota que a teoria alexiana trabalha o tema dos princípios de forma bastante diferente do conceito tradicionalmente usado pela doutrina brasileira.

De acordo com referida doutrina – anota Virgílio Afonso –, “princípios” são definidos como ‘mandamentos nucleares’ ou ‘disposições fundamentais’ de um sistema, ou, ainda, como ‘núcleos de condensações’. As expressões podem variar um pouco de autor para autor – e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil –, mas a ideia costuma ser a mesma: *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema*”.

Quando houver colisão entre princípios – ou seja, quando dois princípios prevêem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – deve-se aplicar a técnica da fixação de *relações condicionadas de precedência* que, segundo Virgílio Afonso da Silva¹⁶, estará sempre vinculada à situação concreta. Nesse aspecto, Afonso da Silva não adota a técnica da ponderação ou “lei da colisão” como cunhada por Alexy.

De se notar, porém, que o comentário inicial de Virgílio da Silva tem fundamento quando aponta, genericamente, como a doutrina brasileira se comporta diante da tentativa de definir os princípios, tanto que Celso Antônio Bandeira de

¹⁵AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, in BONAVIDES, Paulo (org.), Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte:Del Rey, jan-jun/2003, p. 612.

¹⁶AFONSO DA SILVA, Virgílio, “Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia”, 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 50.

Mello¹⁷ explicita que o princípio constitui “mandamento nuclear de um sistema, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo¹⁸. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desafetação ao

¹⁷BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “Curso de direito administrativo”, 17ª edição. São Paulo:Malheiros, 2004, p. 842. Afirmo o citado autor, ainda, que “os princípios (...) constituem a matéria prima do jurista, a quem só interessam sistemas de normas e princípios encampados pela ordem jurídica, isto é, enquanto realidades desta província do conhecimento humano” (in “Elementos de Direito Administrativo”, 1ª edição, 5ª tiragem. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 7).

¹⁸Utiliza-se o termo sistema como sinônimo de ordenamento (jurídico). Todavia, como bem adverte Paulo de Barros Carvalho não são poucos os autores que insistem na distinção entre *ordenamento* e *sistema*, tendo em vista o direito positivo. Os enunciados prescritivos, assim que postos em circulação, como conjuntos de decisões emanadas das fontes de produção do direito, formariam matéria bruta a ser ordenada pelo cientista à custa de ingentes esforços de interpretação e organização das unidades normativas em escalões hierárquicos, até atingir o nível apurado de sistema, entidade que apareceria como resultado desse intenso labor estruturante, sem contradições, isento de ambiguidades e pronto para ser compreendido pelo destinatário. O ordenamento seria o texto bruto, tal como meditado pelos órgãos competentes e tomado na multiplicidade das decisões concretas em que se manifesta a autoridade de quem legisla. Melhor: seria o conjunto ou a totalidade das mensagens legisladas, que integrariam um domínio heterogêneo, uma vez que produzidas em tempos diversos e em diferentes condições de aparecimento. Observado segundo esses padrões, o direito posto não alcançaria o *status* de sistema, reservando-se o termo para designar a contribuição do cientista, a atividade do jurista que, pacientemente, compõe as partes e outorga ao conjunto o sentido superior de um todo organizado. Ordenamento e direito positivo, de um lado, sistema e Ciência do Direito, de outro, seriam binômios paralelos, em que os dois últimos termos implicam os primeiros. Para Paulo B. Carvalho, porém, não se pode negar a condição de sistema a um estrato de linguagem tal como se apresenta o direito positivo. Qualquer que seja o tecido de linguagem de que tratamos, terá ele, necessariamente, aquele mínimo de racionalidade inerente às entidades lógicas, de que o ser sistema é uma das formas. Pouco importa, aqui, se o teor da mensagem é prescritivo, interrogativo, exclamativo ou meramente descritivo. A verdade é que o material bruto dos comandos legislados, mesmo antes de receber o tratamento hermenêutico do cientista dogmático, já se afirma como expressão linguística de um ato de fala, inserido no contexto comunicacional que se instaura entre enunciador e enunciatário. E o asserto se confirma quando se sabe que o trabalho sistematizado que a doutrina elabora, em nível de sobrelinguagem, pode, perfeitamente, ser objeto de sucessivas construções hermenêuticas porque a compreensão é inesgotável. Ali onde houver um texto, haverá sempre a possibilidade de interpretá-lo, de reorganizá-lo, de repensá-lo, dando origem a novos textos de nível linguístico superior. Sistema é o discurso da Ciência do Direito, mas sistema também é o domínio finito, mas indeterminável, do direito positivo. Assim sendo, conclui Paulo de Barros Carvalho, as normas jurídicas formam um sistema, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador. Trata-se do direito posto que aparece no mundo integrado numa camada de linguagem prescritiva. Produto do homem para disciplinar a convivência social, o direito pertence à região ôntica dos objetos culturais, dirigindo-se, finalisticamente, ao campo material das condutas intersubjetivas. O sistema do direito oferece uma particularidade digna de registro: suas normas estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação que se opera tanto no aspecto material quanto no formal ou processual, o que lhe imprime possibilidade dinâmica, regulando, ele próprio, sua criação e suas transformações. Examinando o sistema de baixo para cima, cada unidade normativa se encontra fundada, material e formalmente, em normas superiores. Invertendo-se o prisma de observação, verifica-se que das regras superiores derivam, material e formalmente, regras de menor hierarquia. (CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário Linguagem e Método”, 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2009, pp. 212-3).

princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Nesse mesmo diapasão, Sérgio Shimura¹⁹ adverte que os princípios são enunciados (vetores, diretrizes) amplos e genéricos, extraíveis do sistema normativo. Desempenham, dentre outros, o papel de meio interpretativo do direito, uma vez que, se o ordenamento positivo se cria e se estrutura a partir de princípios, a estes deve o intérprete recorrer quando se extrai o sentido da norma positiva, para, com isso, dar – ou, pelo menos, tentar obter – coesão, unidade e harmonia ao sistema.

De se notar que os autores nacionais supramencionados destacam o importante papel desempenhado pelos princípios no contexto sistêmico do direito pátrio a revelar sua função supletiva na formação das normas individuais e concretas, e, nesse aspecto, deve-se acatar suas ponderações.

A marcante presença principiológica no Estatuto da Criança e do Adolescente sugere que os magistrados, em suas razões de decidir, devam neles também buscar fundamento.

Nelson Nery Júnior²⁰, após realizar meticulosa análise das teorias de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luís Virgílio Afonso da Silva, Lenio Luiz Streck, José Joaquim Gomes Canotilho e Josef Esser, afirma não haver adotado nenhuma das correntes de pensamento formadas acerca da conceituação do que seriam os *princípios*, porquanto todas têm, sob sua óptica, méritos e falhas, vantagens e desvantagens, coerências e incoerências.

Entre todas, porém, a que guarda maior simpatia Nelson Nery, por parecer a ele a mais coerente, robusta e substancial é a de Josef Esser, utilizada como parâmetro, também por Canotilho, segundo a qual o princípio não é em si mesmo um comando, uma instrução, mas sim fundamento, causa, critério e justificação da instrução, vale

¹⁹SHIMURA, Sérgio Seiji, “O Princípio da Menor Gravosidade ao Executado”, in “Execução Civil e cumprimento de sentença”, vol. 2, BRUSCHI, Gilberto Gomes e SHIMURA, Sérgio (Coordenação). São Paulo: Editora Método, 2007, p. 532.

²⁰NERY JÚNIOR, Nelson, “Princípios do Processo na Constituição Federal”, 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 25-35.

dizer, o princípio já se encontra incluído na instrução, determinando a posição desta dentro do conjunto do ordenamento.

Em virtude disso e do caso concreto, pode converter-se em uma *instrução positiva concreta*, desde que exista um sistema suscetível de dedução ou de um método que estabeleça a construção da norma singular, partindo da casuística e em razão da qual se fixe o valor “normativo” ou “constutivo” do princípio.

A qualidade jurídica de um princípio não é definível *in abstracto*, sem que se conheça o método para o descobrimento do direito empregado em uma dada constituição. Pode-se afirmar, pois, que:

- a) nenhum princípio atua por si só como “criador de normas”, mas apenas possui “força” constitutiva ou valor construtivo em união com o conjunto do reconhecido ordenamento, no qual lhe incumbe uma função bem definida. Esse conjunto pode ser de um sistema axiomático que confere ao princípio um valor de derivação conceptual, lógico ou, de toda maneira, garantido racionalmente. Nesse caso, o princípio mesmo é uma parte juridicamente dogmatizada do sistema de normas e atua “normativamente”;
- b) um princípio somente tem aptidão para a formação de normas quando é acessível à argumentação dogmatizada e especificamente jurídica, sob os pontos de vista da justiça e da adequação, isto é, as decisões axiológicas que ainda sejam necessárias para sua configuração não pertençam a um programa político em andamento, mas consistam na adequada solução, com mecanismos jurídicos, de uma tarefa fixada ou de um problema que em cada ocasião pode circunscrever-se do mesmo modo. Um princípio com esse componente político influenciando a decisão não pode ser caracterizado como “jurídico”.

De todo esse raciocínio pode-se inferir que, a partir do princípio, é possível ao juiz construir norma ao caso concreto, o que, aliás, reforça a conclusão alcançada linhas acima: a revelação do verdadeiro sentido (significado) de um princípio depende da intervenção do intérprete, seja ele legislador, magistrado ou utente.

Sobre o caráter de fontes do direito e da qualidade que deve ser agregada aos princípios, desde que e na medida em que tenham sido encarnados em uma instituição, por um ato constitutivo do Poder Legislativo, da jurisprudência ou da vida jurídica, vale

dizer, dentro deste marco, *todos os princípios jurídicos são elementos do direito positivo* que gozam de proteção processual, tanto se aparecem como princípios sistemáticos ou construtivos do direito material ou como máximas e parêmiás, como figuras fundamentais e comuns a todos os direitos civilizados. Em concreto pode-se dizer: são direitos positivos, ainda que não sejam normas (*rules*) prontas, precisas e independentes do direito, os chamados pensamentos jurídicos gerais, as *rationes legis*, os princípios valorativos e construtivos de um sistema.

Por intermédio dos princípios é que se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação). A presença dos princípios na resolução dos assim denominados ‘casos difíceis’ tem o condão exatamente de evitar a discricionariedade judicial. A resposta não provém de um discurso adjudicador (de fora); ela provém de uma cooriginariedade.

Muito embora seja bastante coerente o raciocínio segundo o qual o princípio não é em si mesmo um comando, uma instrução, mas sim fundamento, causa, critério e justificação da instrução, sua inserção no texto normativo não deixa de, em certa medida, convertê-lo, igualmente, em mandamento. Assim, quando se voltam os olhos para a *prevenção especial* nela vislumbra-se, como já se disse, forte conteúdo valorativo a guiar e fundamentar as condutas protetivas que giram em torno de crianças e adolescentes e, à medida em que está incorporada à norma (em sentido amplo), é tomada como diretriz e como *ratio* ao intérprete e demais destinatários da norma.

I.2.2. Princípios e Sobreprincípios

Em direito, esclarece Paulo de Barros Carvalho²¹, utiliza-se o termo “princípio” para denotar regras, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada, igualmente, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e, do mesmo modo, o limite objetivo sem a consideração da norma.

²¹CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”, 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2009, pp. 261-263.

Assim, nessa breve digressão semântica, destacam-se quatro usos distintos para o termo “princípio”: a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos “princípio” como “norma”; nos dois últimos, “princípio” como “valor” ou como “critério objetivo”.

O autor chama a atenção para o fato de que na consideração do signo “princípio”, é decisivo distingui-lo como “valor” ou como “princípio objetivo”. Isso porque, ao se reconhecer no enunciado prescritivo campo para a atribuição de valores, ter-se-á que ingressar, forçosamente, nos domínios da axiologia, para estudá-los segundo as características próprias das estimativas.

Seja como for, adverte Paulo de Barros Carvalho que,

(...) os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença. Algumas vezes constam de preceito exposto, logrando o legislador constitucional enunciarlos com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feitiço indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos. Entre eles e os expressos não se pode falar em supremacia, a não ser pelo conteúdo intrínseco que representam para a ideologia do intérprete, momento em que surge a oportunidade de princípios e de sobreprincípios.

Nesse confronto entre os princípios e os sobreprincípios, pondera Barros Carvalho²²,

Há ‘princípios’ e ‘sobreprincípios’, isto é, normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras. Vejamos logo um exemplo: a isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno tem importante repercussão no setor das imposições tributárias. Não há, contudo, formulação expressa que lhe corresponda no texto do direito positivo. Emerge pelo reconhecimento de outras normas que, tendo a dignidade de princípios, pelo quantum de valor que carregam consigo, fazem dele um ‘sobreprincípio’. Realiza-se pela atuação de outros princípios. Assim também ocorre com o primado da justiça²³.

²²CARVALHO, Paulo de Barros, “Princípios e Sobreprincípios na Interpretação do Direito”, texto extraído do site <http://www.barros-carvalho.com.br> visitado em 15-07-2013, às 17:15h.

²³Não há que se confundir sobreprincípios com princípios supra-estatais. Como expressa Pérez Hualde, “Los valores y principios supra-estatales (...) constituyen un marco de acatamiento que se impone sobre los textos fundamentales y compromete a los estados particulares” (GORDILLO, Agustín, “Tratado de

Com o único propósito de aproximar essa lição ao conteúdo específico do presente trabalho, ousa-se sugerir que a doutrina ou princípio da proteção integral da criança corresponde a um sobreprincípio no contexto do microsistema em que se opera ao qual não se pode deixar de atribuir um conteúdo valorativo de grande magnitude. Ao mesmo tempo, a proteção integral da criança corresponde ao fundamento, a causa, ao critério e a justificação para a existência um sistema de normas que visa atender prioritariamente um grupo de pessoas, reconhecendo a peculiaridade de sua condição (em desenvolvimento), em função disso, lhes garantindo cuidado especial.

Ao retomar as argumentações de Paulo de Barros, diz-se, ainda, que há formulações específicas que atinam à ordenação em vigor no Brasil, determinações normativas contidas no Texto Supremo e que de lá se irradiam aos múltiplos segmentos disciplinadores das condutas interpessoais. Sendo assim, ninguém pode ignorar os princípios da Federação e da República, a diretriz que consagra a autonomia municipal, o primado da isonomia entre as pessoas políticas de direito constitucional interno, os cânones da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade dos interesses públicos, bem como o catálogo dos direitos e garantias individuais. É efetivamente longa e minuciosa a listagem dos valores que a Constituição da República estabeleceu como planta básica, a partir da qual hão de compor-se as cadeias de normas estruturadas deonticamente para regular os comportamentos entre as entidades dotadas de personalidade jurídica.

Toda vez que houver acordo, ou que um número expressivo de pessoas reconhecerem que a norma “N” conduz um vector axiológico forte, cumprindo papel de relevo para a compreensão de segmentos importantes do sistema de proposições prescritivos, lá estará um “princípio”. Quer isto significar, portanto, que os “princípios” são portadores de núcleos significativos com diâmetro ampliado influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorgam caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do ordenamento²⁴.

Derecho Administrativo y obras Selectas”, Tomo 9, 1ª edición, Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires: FDA, 2014, p. 614).

²⁴CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário Linguagem e Método”, 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2009, p. 268.

Levando em conta, pois, o grau de objetividade que se verifica no momento de aplicação (incidência)²⁵ da *prevenção geral* e da *especial* no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente dir-se-á que o primeiro (*prevenção geral*) é posto em termos mais vagos e genéricos que o segundo (*prevenção especial*).

Afirmar-se-á, mais, que a temática da prevenção no âmbito da criança e do adolescente corresponde à norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo (*prevenção geral*), sem olvidar que estipula limites objetivos (*prevenção especial*), na medida em que estabelece um raio de prospecção atento aos destinatários indiretos por ela afetados.

A primeira conclusão a que se chega, a essa altura, é que o “princípio” da prevenção especial – que interessa sobremaneira a esta tese e que é subclasse do “princípio” da prevenção geral – é de fato um princípio-valor com limite-objetivo.

I.2.3. A distinção entre princípios e regras

Gregorio Robles²⁶ define a palavra regra como uma expressão linguística orientada a dirigir, direta ou indiretamente, a ação humana. Essa expressão linguística

²⁵Sob a óptica da Teoria Tradicional trabalha-se com a tese da incidência automática e infalível no plano factual. Verificada a ocorrência descrita na hipótese normativa, instauram-se os efeitos jurídicos a ela correspondentes de forma automática e infalível. Sob esse prisma, a incidência é um fenômeno do mundo social. A norma projeta-se sobre os acontecimentos sociais juridicizando-os. Ela incide sozinha e por conta própria sobre os fatos, assim que estes se concretizam, fazendo-os propagar consequências jurídicas²⁵. Seguindo este posicionamento, incidência e aplicação são coisas distintas e ocorrem em momentos diversos. Primeiro a norma incide, juridicizando o fato e fazendo nascer direitos e deveres correlatos; depois, ela pode ou não, ser aplicada pelo homem. A aplicação caracteriza-se como um ato mediante o qual a autoridade competente formaliza os direitos e deveres já constituídos com a incidência, possibilitando, assim, o uso coercitivo para executá-los. Desta forma, nada impede que o fato ocorra, torne-se jurídico com a incidência, mas que a norma não seja aplicada, porque esta depende de um ato de vontade humano. Já na esteira da Teoria de Paulo de Barros Carvalho, a incidência não é automática, nem infalível à ocorrência do evento, ela depende da produção de uma linguagem competente, que atribua juridicidade ao fato, imputando-lhe efeitos na ordem jurídica. Assim, a incidência é automática e infalível com relação ao fato jurídico. Relatado acontecimento em linguagem competente, instauram-se os efeitos jurídicos a ele correspondentes de forma automática e infalível. Sob este enfoque, não prevalece a diferença entre incidência e aplicação. Para incidir, a norma tem que ser aplicada, de modo que incidência e aplicação se confundem. A incidência da norma jurídica se dá no momento em que o evento é relatado em linguagem competente, o que ocorre com o ato de aplicação. Antes disso, podemos falar em outros efeitos do fato (ex: sociais, morais, políticos, econômicos, religiosos), mas não jurídicos. Nestes termos, conclui Aurora Tomazini de Carvalho, não há hipótese da norma incidir por conta própria e não ser aplicada. Sempre que ela incidir é porque foi aplicada por alguém. Falar em aplicação é o mesmo que falar em incidência, porque a norma jurídica não incide sozinha. Para produzir efeitos ela precisa ser aplicada. Isso requer a presença de um homem, mais especificamente de um ente competente, ou seja, uma pessoa que o próprio sistema elege como apta para, de normas gerais e abstratas, produzir normas individuais e concretas, constituindo, assim, efeitos na ordem jurídica. (CARVALHO, Aurora Tomazini de, “Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico”. São Paulo, Editora Noeses, 3ª edição, 2013, pp. 433-436).

²⁶ROBLES, Gregorio, “As Regras do Direito e as Regras dos Jogos – Ensaio sobre a Teoria Analítica do Direito”. São Paulo, Editora Noeses, 2011, p. 87.

pode realizar-se de múltiplas maneiras (explícitas e tácitas) e esse alguém pode ser pessoal ou impessoal. O importante é compreender que, independentemente dos fatores de forma e de sujeito criador ou destinatário, a regra apenas existe como tal a partir do momento em que adquire caráter linguístico. A regra é, pois, o significado de uma expressão linguística. É uma proposição.

No entanto, nem toda proposição é uma regra, já que se entende que esta se destina a orientar a ação humana, enquanto que existem proposições que nada têm a ver com isso. A regra é uma proposição com significado especial. Esse significado especial não é, pura e simplesmente, que seja dirigida à ação, mas que *seja inserida em um sistema proposicional* expressivo de um âmbito ôntico onde a ação pode (tem que) ter lugar. Caso se denomine o âmbito ôntico da ação de âmbito ôntico-prático, pode-se dizer que uma regra é uma proposição que se insere no sistema que define o âmbito ôntico-prático. A regra não tem esse significado se estiver desvinculada do sistema.

Existem regras diretas e indiretas da ação e, por esta razão, regras ônticas, regras técnicas e regras deônticas.

As regras técnicas exigem um comportamento como necessário e, por isso, o nexos verbal que as caracteriza é o *ter que*. As regras técnicas dos âmbitos ôntico-práticos são as regras procedimentais.

Regras deônticas são normas que exigem um comportamento como devido, e não como necessário, sendo o nexos caracterizante o verbo *dever*. As regras deônticas expressam uma exigência de conduta, e, portanto, se dirigem diretamente à ação.

As regras ônticas, por seu turno, não se dirigem diretamente à ação, mas indiretamente, posto ser impensável, do ponto de vista lógico, que se possa realizar a ação sem que se hajam determinado os elementos espaço-temporais, os sujeitos e as competências. Estas regras são expressas ou expressáveis pelo verbo *ser*.

Para logo se vê que as regras apresentam diretamente a descrição de um comportamento ou a atribuição de uma competência e indiretamente a obtenção de um fim.

Na lição de Dworkin²⁷, a noção de princípio e regra deve ser analisada e distinguida, sob o ponto de vista da lógica, vez que esta (a regra), diante de um conflito, aplica a ideia do *tudo ou nada* (*all or nothing*), enquanto aquele (o princípio), em igual

²⁷DWORKIN, Ronald, “Levando os direitos a sério”. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-46.

situação, o faz aplicando a dimensão do peso (*dimension of weight*) que possibilita identificar qual princípio tem o peso maior em relação ao outro.

Comentando o trabalho de Dworkin, William Santos Ferreira²⁸ reconhece sua importância, mas revela ter sido ele muito combatido. São suas palavras:

Sem menoscabo ao trabalho desenvolvido por Dworkin, especialmente pelo que significou em termos de desenvolvimento de uma técnica jurídica mais refinada que o positivismo puro, a posição exposta vem sendo muito combatida, principalmente porque mesmo as regras não são aplicadas por um modo simplesmente de “sim” ou “não”, sendo extremamente relevante uma análise crítica, uma interpretação sistemática que congregue a aplicação dos princípios.

O próprio Dworkin chega a reconhecer que o seu pensamento tenha sido incorretamente compreendido, o que acabou por afastar a adoção de sua teoria sobre o assunto.

José Joaquim Gomes Canotilho²⁹ atesta que as regras e princípios são espécies de normas. A distinção entre eles, portanto, é uma distinção entre espécies de normas. Saber como distingui-los, porém, no âmbito do superconceito *norma*, é uma tarefa particularmente complexa.

Vários são os critérios sugeridos por ele:

A) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida. B) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta. C) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes do direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). D) *Proximidade da idéia de direito*: os *princípios* são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. F. [*sic*] *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

²⁸FERREIRA, William Santos, “Princípios Fundamentais da Prova Cível”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 30, nota 26.

²⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Direito Constitucional e teoria da constituição”, 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1160-1161.

Aproximando-se dessa orientação (especialmente no que tange ao grau de determinabilidade e ao caráter de fundamentalidade), Sérgio Shimura³⁰ obtempera que as regras são espécies de normas jurídicas descritivas de uma situação fática, que, em ocorrendo no mundo real, conduzem à incidência dos efeitos nelas previstos. Princípios são normas jurídicas que prescrevem um valor maior, adquirindo, assim, *positividade*.

Para Humberto Ávila³¹ os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*); já as regras geram para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autorizativas (*authority reasons*), defendendo, ademais, que “a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito; do mesmo passo, os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados”.

Willis Santiago Guerra Filho³², por fim, diferencia princípios e regras, ao argumento de que as regras trazem a descrição de situações hipotéticas formadas por um fato ou um certo número deles, enquanto os princípios fazem referência direta a valores, a partir dos quais se estabelece o *status* deôntico daquelas situações hipotéticas, ou seja, se proibido, obrigatório, facultado ou indiferente.

No que diz respeito à forma, os princípios se identificam com as regras. A diferença está no conteúdo: os princípios (embora contemplados explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico) são mais vagos, mais abertos e norteiam uma multiplicidade de situações; as regras são mais precisas (de um modo geral), disciplinando uma situação determinada.

Ao tomarmos os artigos insertos nos Capítulos I e II, do Título III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se, nitidamente, a presença, concomitante, de princípios (implícitos e explícitos) e de regras (técnicas, ônticas e deônticas).

No artigo 71, por exemplo, está explícito o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, em todos os demais dispositivos (art. 70, 72,

³⁰SHIMURA, Sérgio Seiji, “O Princípio da Menor Gravosidade ao Executado”, in “Execução Civil e cumprimento de sentença”, vol. 2, BRUSCHI, Gilberto Gomes e SHIMURA, Sérgio (Coordenação). São Paulo: Editora Método, 2007, p. 532.

³¹ÁVILA, Humberto, “Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

³²GUERRA FILHO, Willis Santiago, “Princípios constitucionais na perspectiva de uma teoria fundamental do direito”, in CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.), “Temas de teoria da Constituição e direitos fundamentais”. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 264.

73 e 74 *usque* 80), implícitos, afora o sobreprincípio da proteção integral, também os princípios da prioridade absoluta, do melhor interesse da criança e, é claro, o princípio da prevenção geral, como norma-valor e o da prevenção especial como princípio-valor com limite-objetivo.

Regras, por sua vez, são especialmente aquelas constantes dos enunciados prescritivos dos artigos 74 *usque* 80, algumas técnicas, como as dos artigos 74, *caput*, 75, *caput*, 76, *caput*, 77, *caput*, 79 e 80, outras ônticas, tais as insertas nos parágrafos únicos dos artigos 74, 75 e 77, além da prescrição do artigo 78, *caput*, e outras, ainda, deônticas, a exemplo das contidas nos parágrafos únicos dos artigos 76 e 78.

A segunda conclusão alcançada, é que o Título III – Da Prevenção – Capítulos I e II da legislação estatutária constitui norma aglutinadora de princípios e de regras que jamais poderão ser desconsiderados pelo intérprete. Muito ao contrário disso: não pode ele jamais perder de vista a efetividade desses conteúdos cujos valores neles presentes, aliás, bem revelam a importância da preservação dos direitos daqueles a que visam atender prioritariamente.

CAPÍTULO II – PRINCIOLOGIA APLICADA NO CONTEXTO DA PREVENÇÃO ESPECIAL DA CRIANÇA

II.1. Princípios em destaque no Direito da Criança e do Adolescente fundados na doutrina (ou sobreprincípio da proteção integral)

Ao lado da *prevenção geral* e da *prevenção especial* identificam-se outros princípios, mais, no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente. Alguns, implícitos, outros explícitos; uns, em caráter geral; outros, em caráter especial.

Todos esses princípios, porém, estão fundados na doutrina da proteção integral que já tinha sido tratada na Declaração de Genebra, em 1924, que determinava que a criança devesse ter uma proteção especial, assim como na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1948, que indicava que a maternidade e a infância deveriam ter direito a cuidados e assistência especiais. Foi igualmente cunhada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, efetivada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, bem como na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990.

O Princípio II da referida Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 enaltece o dever de proteção da criança nos seguintes termos:

The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interest of the child shall be the paramount consideration³³.

Como sugere Antonio Chaves³⁴, a proteção integral é o “amparo completo, sob o ponto de vista material e espiritual”, constituindo-se em “expressão designativa de um

³³Princípio II - A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

³⁴CHAVES, Antonio, “Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente”, 2ª edição. São Paulo: LTr, 1997, p. 51.

sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”.

A doutrina da proteção integral é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Parte do reconhecimento normativo de uma condição especial, ou peculiar, das pessoas desse grupo etário (zero a 18 anos), que devem ser respeitadas enquanto *sujeitos de direitos*. Crianças e adolescentes, ainda que no texto normativo, foram reconhecidos em sua dignidade, pessoas em desenvolvimento que necessitam de especial proteção e garantia *dos seus direitos* por parte dos adultos: Estado, família e sociedade.

Logo, são os adultos, no desempenho de seus papéis sociais, que devem viabilizar as condições objetivas para que os sujeitos “crianças” e “adolescentes” possam crescer de forma plena, ou seja, desenvolver suas potencialidades. Proteção integral, nesse sentido, nada mais é que a responsabilização dos adultos pelos cuidados e garantia de condições para que crianças e adolescentes possam exercer sua cidadania, com dignidade³⁵.

Aliás, o próprio significado de proteção, para os léxicos, permite constatar que todas as ações utilizadas para traduzir-lhe o sentido dependem de um agente que as possa praticar e cujos efeitos recaem sobre outro ser. Assim, dir-se-á que “proteção” é o ato ou efeito de proteger(-se). O verbo “proteger”, por seu turno, provém do latim *protegere*, e significa “dispensar proteção a; ajudar, auxiliar; tomar a defesa de; apoiar; preservar do mal; defender; socorrer; ter a seu cuidado os interesses de; favorecer; beneficiar; resguardar, abrigar, amparar”³⁶.

Constitui a aludida doutrina, sem dúvida, uma nova forma de pensar a criança e o adolescente, com o objetivo de tornar efetivos os direitos fundamentais dessas pessoas na qualidade de sujeitos de direito, convocando-se o adulto a participar em prol da concretização da mesma.

E que adulto é esse chamado a atuar em prol da proteção infantojuvenil?

Sem dúvida alguma, tanto o particular (a sociedade) quanto o Poder Público têm obrigação de preservar a infância e o saudável desenvolvimento infantil. Como

³⁵COSTA, Ana Paula Motta, “Os Adolescentes e seus Direitos Fundamentais – Da Invisibilidade à Indiferença”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 130, 131.

³⁶FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 4ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2009, p. 1646.

lembra Tamara Amoroso Gonçalves³⁷, “a iniciativa privada como um todo partilha dessa obrigação e deve contribuir para garantir uma infância saudável às crianças brasileiras, seja promovendo ações que contribuam para o seu bem-estar, seja se abstendo de praticar ações que prejudiquem ou causem danos ao crescimento infantil³⁸”.

Todavia, não se trata de qualquer proteção. Qualifica-se a proteção jurídica à criança e ao adolescente considerando-a integral. E assim o é, pois, referido atributo reflete a abrangência da proteção, assegurando direitos a todas as crianças e aos adolescentes sem qualquer distinção.

Nesse contexto, é possível identificar mecanismos de proteção preventivos e repressivos.

Interessa ao presente estudo investigar as formas de proteção preventivas, dentre elas, mui especialmente, a classificação indicativa que, inegavelmente, desempenha a função de identificar conteúdos inapropriados às crianças, segmentando-os e apresentando-os ao adulto com o escopo de conscientizá-los da importância de evitar a exposição desses mesmos conteúdos ao público infantil como forma de atender à proteção integral da infância.

Mas, afinal, por que se protege integralmente a criança?

A resposta a essa pergunta pode ser direcionada a partir de uma afirmação: “a proteção pressupõe uma desigualdade (um é mais forte do que o outro)”. Nesse sentido, deve-se reconhecer que “há uma redução real da liberdade do ser humano protegido: ele deve ater-se às instruções que o protetor lhe dá e é defendido contra terceiros (outros adultos e autoridade pública) pelo protetor”³⁹.

³⁷GONÇALVES, Tamara Amoroso, “A exposição precoce de crianças pequenas à mídia: implicações jurídicas e para o desenvolvimento infantil”, in ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, CARACIOLA, Andrea Boari e JUNQUEIRA, Michelle Asato (Organizadoras), “Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos”. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015, p. 229.

³⁸A classificação indicativa é justamente um desses mecanismos preventivos desenvolvidos para impedir que determinados conteúdos impróprios sejam difundidos à criança e ao adolescente.

³⁹VERCELONE, Paolo, *apud* CURY, Munir, AMARAL E SILVA, A. F., MENDEZ, Emílio Garcia (Coords.), “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais”. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 19. É curial que se esclareça que ao falar em desigualdade entre o adulto e a criança emprega-se o termo no exato sentido constitucional de isonomia, vale dizer, deve-se reconhecer tratamento igual entre os iguais, e desigual entre os desiguais. Não se tome a expressão no sentido de “inferioridade”, até porque a criança não pode mais ser tratada como pessoa “inferior; bem ao contrário, são sujeitos de direitos plenos e, mais, têm mais direitos que os adultos, direitos específicos para assegurar-lhes o desenvolvimento, o crescimento, o cumprimento de suas potencialidades até se tornarem igualmente adultos (PETRI, Maria José Constantino, “O Direito das Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária: Responsabilidade da Família, da Comunidade e do Estado”, Tese de

Nesse passo, ao se reconhecer essa desigualdade entre o adulto e a criança, e sendo evidente a fragilidade desta última, natural que se criem mecanismos para sua proteção. Há, portanto, uma simbiose nessa relação entre o adulto e a criança. Aquele a protege porque reconhece que esta depende de seus cuidados devendo ser por ele protegida e esta busca a proteção daquele porque nele identifica o papel de protetor e, ao mesmo tempo, reconhece a sua necessidade de proteção.

Desse raciocínio emerge o cuidado como valor jurídico⁴⁰ e vislumbra-se seu aspecto de princípio jurídico que fundamenta a proteção integral.

Como dilucidam Tânia da Silva Pereira e Roberta Tupinambá⁴¹,

A abordagem do **cuidado** como princípio jurídico só se torna viável diante do reconhecimento da importância da aplicação dos princípios na solução de determinados dissídios, que escapam ao alcance da letra fria da lei (...). Por conseguinte o **cuidado** consiste em verdadeiro substrato da dignidade da pessoa humana, integrando o rol dos direitos fundamentais, que os ordenamentos jurídicos mais civilizados buscam assegurar a todos os seus subordinados.

(...) ganha relevância e merece atenção a defesa do **cuidado** como princípio constitucional implícito no ordenamento jurídico. Trata-se de um dos significados ocultos, uma das dimensões da dignidade da pessoa humana.

Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, sob orientação de Roberto João Elias, Departamento de Direito Civil, p. 73).

⁴⁰O cuidado como valor encontra no descuido o seu desvalor. A criança que sofre maus-tratos ou descuido deve ser amparada e socorrida. Como bem esclarece Fabiana Del Padre Tomé, a possibilidade de gradação hierárquica é característica inerente aos valores, isso porque, ao escolher este ou aquele valor para pautar as atitudes humanas, acaba-se por indicar certas preferências e, ao assim proceder, opera-se uma natural gradação hierárquica. Essa conclusão, permite que se afirme, também, que a hierarquia valorativa é variável, muito embora, por questões fulcradas na historicidade e na cultura dos povos imanescentes a sustentar a carga valorativa, seja possível admitir que certas pessoas (ou grupos de pessoas, ou cidadãos, ou povos) haverão de atribuir a mesma carga valorativa a situações isonômicas enquanto outras pessoas (ou grupos de pessoas, ou cidadãos, ou povos) diante das mesmas situações atribuíam-lhes cargas valorativas diversas. Realmente, os valores estão ordenados em relações de subordinação e de coordenação. Ao escolher esse ou aquele valor, acaba-se por posicioná-los em uma relação de subordinação, na medida em que valoramos, preferencialmente, um em detrimento do outro. Mas, em muitas situações, os valores estão em relações de coordenação (TOMÉ, Fabiana Del Padre, “A Prova no Direito Tributário”, 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2011/2012, pp. 293-295). Assim, por exemplo, na elaboração do atual Código Civil, Miguel Reale chamou a atenção para os três principais vetores valorativos presentes no texto do diploma civil codificado, a saber: *solidariedade, justiça e eticidade*. Em muitas situações, tais valores devem ser analisados em coordenação. No âmbito contratual, por exemplo, deve-se obedecer aos princípios da *função social (solidariedade)*, da *boa-fé objetiva (eticidade)* e do *equilíbrio econômico dos contratantes (justiça)*. Tais princípios – e os valores em que se apóiam – devem, todos, ser igualmente respeitados. A quebra de um deles pode macular o contrato.

⁴¹PEREIRA, Tânia da Silva e TUBINAMBÁ, Roberta, “O direito fundamental ao cuidado no âmbito das famílias, infância e juventude” in Revista do Advogado nº 101, Ano XXVIII, dez-2008, publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 108-115.

No presente trabalho, admite-se que a proteção integral corresponde a um verdadeiro sobreprincípio no contexto do microsistema em que se opera (o Estatuto da Criança e do Adolescente) tendo no cuidado o valor jurídico (ou princípio implícito) a justificar as tutelas jurisdicionais ali existentes, notadamente as de prevenção geral e especial.

De fato, como assegura Roberto João Elias⁴², a “proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade”.

Acrescente-se, ainda, a opinião de Francismar Lamenza⁴³ que, ao discorrer sobre a proteção integral, assim se externa:

Compreendem-se, em se tratando de proteção integral, todas as iniciativas por parte da família, da sociedade e do próprio Estado (...) no sentido de garantir à criança e ao adolescente um ambiente propício a seu regular e peculiar desenvolvimento. O paradigma da proteção integral dos infantes e jovens é estabelecido numa tomada de atitudes positivas, amplas e irrestritas por todos os envolvidos nesse processo ligado intimamente à vida das crianças e dos adolescentes, de modo que não se excluam quaisquer gestos tendentes a assegurar seus direitos fundamentais.

A partir dessa premissa – ou seja, de que à criança se deve reconhecer e garantir proteção integral – alguns dos princípios (ou normas-valor, ou valores jurídicos) que balizarão o tratamento peculiar que merecem e que, em análise conjunta com o princípio da prevenção especial, irão justificar, sempre que desrespeitados, a adoção de medidas punitivas e reparadoras.

De fato, a doutrina da proteção integral estabelece uma nova pedagogia das garantias infantojuvenis. Por meio dela, as crianças e os adolescentes são reconhecidos como sujeitos portadores de direitos e não mais meros objetos dependentes de seus pais ou responsáveis ou da arbitrariedade de alguma autoridade, como ocorria no sistema da doutrina da situação irregular⁴⁴.

⁴²ELIAS, Roberto João, “Comentários ao estatuto da criança e do adolescente”, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 12.

⁴³LAMENZA, Francismar, “Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado”. São Paulo: Editora Manole, 2011, p. 20.

⁴⁴OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de, “O adolescente infrator em face da doutrina da proteção integral”. São Paulo: Fiuza, 2005, p. 47. No próximo Capítulo será realizada uma breve regressão histórica alusiva ao tratamento normativo dispensado à criança e ao adolescente no Brasil, quando se revelará a passagem da doutrina da situação irregular à da proteção integral.

Derivados do princípio (ou sobreprincípio) da proteção integral, merecerão destaque, no presente estudo, ainda, os princípios (i) da dignidade da pessoa humana; (ii) do respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento; (iii) da prioridade absoluta; (iv) do melhor interesse da criança; e (v) da brevidade e excepcionalidade.

Importante esclarecer que a escolha destes princípios, a essa altura, é proposital na medida em que todos eles têm relação direta com os princípios da *prevenção geral* (princípio como norma de posição privilegiada) e da *prevenção especial* (princípio que estipula limites objetivos), sendo este último o norteador das principais inquietações apresentadas nesta tese.

II.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF/88 c.c. artigo 3º da Lei nº 8.069/90)

Verdadeiro conceito indeterminado, quando alguém afirma ter sido ofendido em sua dignidade, certamente sabe ao que está se referindo, sente exatamente o núcleo atingido nessa esfera, mas, dificilmente, sabe traduzi-la em uma palavra.

Partindo-se dos enfoques comuns, lembra Maria Garcia⁴⁵ que “dignidade corresponde, entre outros significados, a autoridade moral, respeitabilidade, respeito a si mesmo”.

O princípio da dignidade⁴⁶ da pessoa humana – que assim como seu núcleo estruturante é plúrimo – está alicerçado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal⁴⁷ e entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo especialmente nas últimas décadas do século XX fulcrado na queda de dogmas, crenças e estruturas políticas rígidas e discriminadoras.

⁴⁵GARCIA, Maria, “Limites da Ciência. A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 196.

⁴⁶Etimologicamente, dignidade vem do latim *dignitas* significando cargo, honra ou honraria, título, podendo, ainda, ser considerado o seu sentido de postura socialmente conveniente diante de determinada pessoa ou situação.

⁴⁷“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;”.

Está inserido em nosso ordenamento jurídico como princípio fundamental, mas representa verdadeiro metaprincípio de alto conteúdo valorativo tanto que são repudiados os atos de indignidade, seu desvalor.

Reconhece-se ser Immanuel Kant o grande filósofo da dignidade, ou, ao menos, o desbravador da matéria.

Para Kant⁴⁸, de uma maneira geral, todo o ser racional existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade; a pessoa é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si deve tratar a si e ao outro. Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por exemplo, um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. Tal dignidade é absoluta e humana, na medida em que identificada com a natureza humana.

Em outras palavras, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, tudo o que não é passível de ser substituído por um equivalente, tal qual a própria pessoa humana.

As passagens acima destacadas demonstram que Kant abordou em sua filosofia o conceito de dignidade.

Embora a obra “Fundamentos da Metafísica dos Costumes” tenha sido dedicada para abordar a problemática de uma ação moral, ao notar que a racionalidade era a diferença específica do homem para os outros seres, acabou Kant concluindo que era em virtude da razão que o ser humano deveria ser considerado um fim em si mesmo. A consequência de ser um fim em si mesmo (elemento finalístico) é a de que o homem não pode servir como meio à consecução de algum objetivo, posto ser dotado de dignidade.

A partir de tais conclusões, o uso da palavra dignidade, referindo-se à pessoa humana, ganhou significado inédito, qual seja, passou a respeitar a integridade, a intangibilidade, a inviolabilidade do ser humano pensada em sua dimensão superior, quer dizer, muito além da mera contingência física.

⁴⁸KANT, Emmanuel, “Fundamentos da metafísica dos costumes”. São Paulo:Edições e Publicações Brasil, 1936, p. 113. Nesse sentido, enuncia Kant: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”.

Acentuou-se como valor supremo e fundamental e, por isso, passou a ser considerada um “superprincípio” ou “sobreprincípio”, como prefere Paulo de Barros Carvalho⁴⁹.

Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁰ defende ser a dignidade

(...) a qualidade intrínseca reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa (...) condições existenciais mínimas para a vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Prossegue o autor afirmando que a dignidade da pessoa humana possui dimensões “ontológica, intersubjetiva, histórico-cultural, negativa e prestacional”. Não cabe desprezar a importância da dimensão ontológica, pois, na concepção do autor, como bem apreendeu Ana Paula Motta Costa⁵¹, existe um consenso em torno do seu reconhecimento como algo intrínseco ao ser humano, na medida em que todos são iguais em dignidade, independente da capacidade de autodeterminação consciente, “são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoa”.

Nesse contexto, destaca-se, portanto, a dignidade da criança enquanto pessoa humana, sujeito de direitos⁵².

Ousa-se considerar, para os fins do presente trabalho, que o princípio da dignidade da criança deriva (da) e dialoga (com) a doutrina da proteção integral.

⁴⁹CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”. São Paulo, Editora Noeses, 3ª edição, 2009, pp. 268-284.

⁵⁰SARLET, Ingo Wolfgang, “As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível” *apud* COSTA, Ana Paula Motta, “Os adolescentes e seus direitos fundamentais. Da invisibilidade à indiferença”. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 103.

⁵¹COSTA, Ana Paula Motta, “Os adolescentes e seus direitos fundamentais. Da invisibilidade à indiferença”. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 103.

⁵²Muito se discute, tanto no ambiente privatista, como, mui especialmente, no do biodireito, a partir de que momento o direito reconhece proteção a pessoa humana. Em outras palavras, o que se quer saber é se, tendo resguardados direitos desde a concepção, o nascituro é pessoa. O assunto não é pacífico e sobre ele firma-se o entendimento, com apoio na lição da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, no sentido de que “o nascituro é ser humano, ser vivo, obviamente que se reveste da humanidade que o dota de essência integral, intangível e digno em sua condição existencial. Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana. Não se lhe nega, contudo, a condição de titularizar direitos que sejam da espécie a que integra desde o primeiro momento de sua existência, vale dizer, desde a concepção”. (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, O direito à vida digna. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 23 *apud* LEITE, Rita de Cássia Curvo, “Alimentos gravídicos: proteção aos direitos da personalidade da gestante e do feto - Lei nº 11.804/2008”, *in* Revista Científica Semana Acadêmica, Edição 000074, Vol. 01, p. 07, <http://www.semanaacademica.org.br>).

Explica-se: ao reconhecer que a criança é sujeito de direitos e que é merecedora de proteção integral (de cuidado), tendo em vista, precipuamente, sua condição de pessoa em processo de desenvolvimento garante-se a ela o respeito e a higidez física e psíquica necessários a preservar-lhe sua dignidade.

Aliás, nesse sentido, pondera Guilherme de Souza Nucci⁵³ que “a *proteção integral* é princípio da dignidade da pessoa humana levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos”. De acordo com o referido autor, crianças e adolescentes têm, em decorrência da doutrina da proteção integral que lhes ocorre, “*maximizada*” sua dignidade e, por isso, são merecedores de uma “*hiperdignificação*” de seus direitos. Se assim não fosse, conclui, a proteção integral passaria a ser mera proteção parcial, como outra qualquer, em flagrante desrespeito aos princípios estatutários, a Constituição e a própria legislação infantojuvenil.

II.1.2. Princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (artigo 6º e 71 do ECA)

É fato que a criança não pode proteger-se por si mesma, dependendo de um adulto responsável a guiar-lhe os passos. Como adverte Paulo Afonso Garrido de Paula⁵⁴ o respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento “encerra obviedade manifesta”. Isso porque, continua Garrido de Paula, “evidente a especialidade da criança (...), impondo consideração permanente de seus atributos individualizados, em constante transformação e em seus múltiplos aspectos: físico, mental, moral, espiritual e social”.

A responsabilidade do adulto que reconhece essa condição peculiar da criança e a respeita não se limita a reverberar apenas na célula familiar⁵⁵, mas também entre

⁵³NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”. Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2014, p. 6.

⁵⁴GUARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 37-38.

⁵⁵O vocábulo “família”, do latim *familia*, é usado em vários sentidos e está engendrado não só no Direito, mas na Psicologia, na Medicina, na Biologia, na Engenharia Genética, enfim, em diversos segmentos científicos. No Direito, por sua vez, de se observar que os contornos atribuídos à família não são foco de atenção exclusivo do Direito Civil, muito embora seja nesse ramo em que estão fixadas suas raízes. O tema alça vãos longos e interessa, igualmente, ao Direito Constitucional e a outros vários ramos do direito público, como o Tributário, o Processual Civil, o Penal, o Internacional Privado. Invade seara de direitos de forte conteúdo social, como se dá com o Direito Previdenciário. Esbarra no Direito Empresarial e ousa

todos aqueles (adultos) componentes da sociedade, especialmente, educadores, políticos e congressistas, administradores, empresários, comerciantes, jornalistas, publicitários, juízes e promotores. De certa forma, todos (os adultos) estão investidos, em certa medida, da responsabilidade de exercer os direitos fundamentais da criança, já que esta não pode fazê-lo por si. O fato de se encontrarem temporariamente numa situação física e psíquica de imaturidade, isto é, ainda em processo de formação, não lhes retira direitos, ao contrário, lhes acrescenta direitos, na medida em que se prioriza o resguardo e a plenitude dos mesmos.

De fato, a criança – genericamente considerada – apresenta incapacidade de abstração, inabilidade de julgamento e uma moral distorcida sendo essencial, portanto, a intervenção do adulto para orientá-la, guiando-a na consecução de seus próprios direitos e interesses.

Mas, afinal, qual o contorno da expressão “pessoa em desenvolvimento”?

A fim de responder essa indagação, pedimos vênica para consultar os estudos de Jean William Fritz Piaget⁵⁶.

expandir-se para o que se tem denominado Biodireito de Família. Quando se pensa na família normalmente a ela se associa o conjunto de pessoas providas de um tronco ancestral comum, na qual se incluem, portanto, pai, mãe, filhos, irmãos, tios, sobrinhos, primos, avós, netos, todos representantes de uma mesma linhagem ou estirpe. O que vincula essas pessoas umas às outras é o laço de sangue. Todavia, a união entre duas pessoas cria entre estas e os parentes do outro o que se denomina parentesco por afinidade e os afins passam também a integrar a família. De fato, são membros da mesma família também as pessoas que se agregam pela união matrimonializada ou não como sói acontecer entre o cônjuge e/ou o companheiro e os parentes do outro. Desse modo, o sogro e a sogra, o genro e a nora, além dos cunhados passam a fazer parte de uma mesma família (art. 1.595 e §§ do CC). Família haverá, ainda, naquelas situações em que há união sem filhos, ou naquela outra em que a relação se estabelece única e exclusivamente entre pai e filho ou mãe e filho, e a que se chama família monoparental. Pode-se dizer que a família se instaura, ainda, pelo desejo manifesto de pessoas que, impossibilitadas de procriar naturalmente, valem-se ou da adoção ou de uma das técnicas de reprodução assistida para suprir essa impossibilidade. A primeira é a família civil; a segunda a família desbiologizada ou sócioafetiva. Nota-se, *a priori*, que o vínculo essencial que faz nascer a família gira em torno de um sentimento único: o afeto. De acordo com a lição de Paulo Lôbo, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função: a afetividade. Assim, diz ele, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. E é justamente a presença do afeto que ganhou contornos especiais nos últimos anos a ponto de justificar haver família ou entidade familiar, igualmente, nas relações que se estabelecem entre pessoas do mesmo sexo. (LÔBO, Paulo, “Direito Civil - Famílias”. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1). Mais recentemente, tem-se ampliado esse conceito para abarcar, igualmente, as assim denominadas uniões poliafetivas ou plúrimas, nelas reconhecendo no afeto o sentimento deflagrador da constituição familiar.

⁵⁶Sir Jean William Fritz Piaget (Neuchâtel, 9 de agosto de 1896 – Genebra, 16 de setembro de 1980) foi um epistemólogo suíço, considerado um dos mais importantes pensadores do século XX. Defendeu uma abordagem interdisciplinar para a investigação epistemológica e fundou a Epistemologia Genética (síntese do apriorismo e do empirismo), teoria do conhecimento com base no estudo da gênese psicológica do pensamento humano. A teoria explica como o conhecimento é adquirido e montado em nossa psiquê, desde a primeira infância até a maturação humana.

Valendo-se de minuciosa observação de seus filhos e principalmente de outras crianças, Piaget impulsionou a Teoria Cognitiva, propondo a existência de quatro estágios (Teoria dos Estágios) de desenvolvimento cognitivo no ser humano: os estágios sensório-motor, pré-operacional (pré-operatório), operatório concreto e operatório formal, influenciando a educação de maneira profunda⁵⁷.

No primeiro estágio, sensório-motor (0 a 2 anos), as funções mentais limitam-se aos reflexos inatos e à percepção dos movimentos. Esse estágio é chamado sensório-motor, pois o bebê adquire o conhecimento por meio de suas próprias ações que são controladas por informações sensoriais imediatas. Nesse período, o desenvolvimento físico é o suporte para o aparecimento de novas habilidades, como sentar, andar, o que proporciona um domínio maior do ambiente. Nesse estágio, ainda, que antecede a linguagem⁵⁸, a criança não faz operações lógicas, mas demonstra que o

⁵⁷<http://pt.m.wikipedia.org>, site visitado em 15-11-15, às 9:29h.

⁵⁸De qualquer ponto que se parta, importante destacar, como faz Paulo de Barros Carvalho, que *linguagem, língua e fala* são noções correlatas e indissociáveis. Como salienta Aurora Tomazini de Carvalho, os conceitos de “língua”, “linguagem” e “fala”, tornam-se indispensáveis à Teoria do Direito quando tomamos seu objeto como um corpo de linguagem produzido dentro de um contexto comunicacional. Considera-se a língua como um sistema de signos em vigor em determinada comunidade, isto é, o código aceito e utilizado numa sociedade como instrumento de comunicação entre seus membros. Este código pode ser idiomático (ex: o português, o francês, o inglês, o alemão, etc.), ou não idiomático (ex: expressão corporal, vestuário, mobiliário, arquitetura, pintura, música, etc.), desde que se preste à comunicação entre sujeitos. Enquanto sistema convencional de signos, a língua é uma instituição social, isto significa que atos individuais isolados não têm o condão de modificá-la, sua alteração pressupõe uma evolução histórica. Apesar de ser social, a língua é um depósito que está dentro de nós, imerso no inconsciente humano como um sistema de signos e de regras de utilização destes signos. A diferença entre língua e fala, esclarece Aurora Tomazini, aparece na obra de Ferdinand de Saussure. Segundo o linguista, consiste a fala num ato individual de seleção e atualização da língua. Seleção porque por meio dela o homem escolhe, dentre a infinidade de signos e regras contidos em seu inconsciente (língua), as palavras e as relações a serem estabelecidas entre elas, da forma que lhe parece mais apropriada. E atualização porque ao utilizar-se deste ou daquele signo, bem como desta ou daquela estruturação, os mantém presentes, como elementos de língua. Enquanto a língua caracteriza-se como uma instituição social, depositada no nosso inconsciente dentro de um processo histórico-evolutivo, a fala tem caráter pessoal, ela traz consigo a “individualidade” manifesta nas escolhas daquele que se utiliza da língua. A língua é algo estático que se movimenta (transforma) por meio da fala. Já a fala é algo dinâmico, ela é a língua em movimento. É com a prática da fala que a língua vai sendo depositada dentro de nós e que ela se mantém viva no seio de uma sociedade. A linguagem, por sua vez, é o produto da fala, é o resultado da utilização da língua por um sujeito. De modo mais abrangente podemos dizer que ela é a “capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos, cujo conjunto sistematizado é a língua”. Neste sentido, língua, fala e linguagem são conceitos conexos, tão interligados que por vezes utilizamos o termo “linguagem” para referirmo-nos tanto à língua, quanto à fala. Mas, por apreço à diferenciação, em termos mais simples, sintetiza-se que a língua é a linguagem sem a fala e a fala é a linguagem sem a língua. A partir do magistério acima, conclui-se que a linguagem – repita-se como produto da fala e consistente no resultado da utilização da língua – está igualmente associada às relações sociais. Como anota Goffredo Telles Jr., na evolução do homem, exerceu papel importante a *comunicação* entre as consciências, inclusive como forma de conservar o próprio homem e a coletividade. A linguagem é produto da necessidade de comunicação. Fazendo a comunicação dos pensamentos, a linguagem difundiu a cultura nas coletividades humanas. Não se escapa, pois, de concluir que a linguagem social é estrutural na construção da linguagem jurídica. É nela que esta busca sentido para prescrever e descrever normas e fatos. De fato, “em cada momento da sua vida profissional, o jurista tem

desenvolvimento cognitivo começa antes da linguagem e que a linguagem só foi possível de ser desenvolvida em razão da preparação do período sensório-motor.

No segundo estágio, o pré-operacional (pré-operatório) (2 a 7 anos), emerge o aparecimento da função simbólica ou semiótica⁵⁹, quando a criança ainda não consegue

de lidar com palavras, frases e textos. A linguagem não é, para ele, apenas um meio utilizado acriticamente no entendimento de objectos exteriores à linguagem. Ela própria é um objecto central do seu trabalho". O texto é o conjunto estruturado de símbolos do qual se extrai o sentido da linguagem nele contida e por ele veiculada. Logo percebe-se que ele comporta três ângulos de análise atinentes à ontologia relacional dos signos que o integram (suporte físico; significado e significação). Dos três planos que compõem as relações sgnicas de um texto, aquele a que temos acesso é o seu suporte físico, que é a base para construção das significações e o dado referencial dos significados. É nele que as manifestações subjetivas do emissor da mensagem ganham objetividade e tornam-se intersubjetivas, vale dizer, se materializam e podem ser conhecidas (interpretadas) por outros. O suporte físico de um texto é o seu dado material empírico. Na linguagem escrita são as marcas de tinta gravadas sobre um papel. É unicamente a estas marcas de tinta que temos acesso quando lidamos com os textos escritos e é a partir delas, por meio de um processo interpretativo, que construímos seu sentido. Isto prova duas coisas: (i) primeiro que o sentido não está no suporte físico, ele é construído na mente daquele que o interpreta; (ii) segundo, que não existe texto sem sentido. Não existe um suporte físico ao qual não possamos atribuir uma significação. (CARVALHO, Paulo de Barros, "Direito Tributário, Linguagem e Método". São Paulo, Editora Noeses, 3ª edição, 2009, pp. 32 e 178; CARVALHO, Aurora Tomazini de, "Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico". São Paulo, Editora Noeses, 3ª edição, 2013, pp. 161-2; TELLES JR., Goffredo da Silva, "O Direito Quântico – Ensaio sobre o Fundamento da Ordem Jurídica". São Paulo: Editora Max Limonad, 5ª edição, 1980, p. 327).

⁵⁹As disposições usuais da Semiótica fundam-se nas ideias tomadas de Ferdinand de Saussure (1857-1913), renovador da linguística a qual constitui como Linguística Geral – aplicável a todas as línguas. Saussure propôs ademais, o desenvolvimento de uma Semiologia (que hoje prefere-se denominar Semiótica) como estudo geral dos signos. Seu *Curso de Linguística Geral* foi publicado em 1916 por dois de seus discípulos. A obra de Saussure teve uma grande repercussão universal. Quase na mesma época, o filósofo pragmatista norte-americano Charles S. Morris escreveu um livro sobre Semiótica cujo foco central estava no conhecimento: ele estudou as condições que devem satisfazer uma assertiva para que possa corresponder à realidade. Logo, pode-se concluir que a Semiótica seria uma teoria geral dos sinais ou signos. Os sinais constituem entes físicos, sendo, portanto, intersubjetivos: ondas sonoras, palavras escritas, marcas de tinta sobre folhas de papel, gestos, flâmulas, radiações luminosas provenientes de sinalizadores etc. O sinal ocupa posição intermediária entre objetos e pessoas. Os objetos, para a Semiótica, dividem-se em fatos ou situações e coisas, sob o ponto de vista da permanência temporal, pois os fatos têm, em regra, pequena duração, ao contrário do que sucede com as coisas. Num conceito mais genérico, o signo é tudo que representa algo para alguém, um objeto, um desenho, um dado físico, um gesto, uma expressão facial, etc. Como unidade de um sistema que permite a comunicação inter-humana, signo é um ente que tem o *status* lógico da relação. Nele, um suporte físico se associa a um significado e a uma significação. O suporte físico é a parte material do signo, apreendida pelos nossos sentidos, aquilo com o qual temos contato fisicamente (ex: os gestos da mímica; as ondas sonoras da fala, as marcas de tinta no papel da escrita, as roupas do vestuário, etc.). Ele refere-se a algo que está no mundo (concreto, imaginário, subjetivo, empírico, atual, passado ou futuro), denominado de seu significado, entendido como a representação individualizada do suporte físico. E, suscita na mente de quem o interpreta uma noção, ideia ou conceito, que é a sua significação. Destacam-se três planos na investigação dos sistemas sgnicos: (i) sintático, que estuda os sinais relacionados entre si mesmos, prescindindo dos usuários e das designações. A sintaxe, enquanto conexão dos signos entre si, é a teoria da construção de toda linguagem. Sintaticamente, a linguagem seria um sistema de signos relacionados conforme regras sintáticas de *formação*, que indicam o modo de combinar signos elementares, visando formar signos mais complexos e permitindo, dentro da linguagem, a construção de expressões bem formadas, sintaticamente significativas, e de *derivação*, que permitem gerar novas expressões a partir de outras já dadas; (ii) semântico, que encara os objetos designados pelos sinais, ou seja, a relação dos sinais com os objetos extralinguísticos. Trata dos sinais e dos objetos denotados e, (iii) pragmático, que estuda os símbolos, suas significações e as pessoas (utentes) ligadas à semiose (AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José e RATTO, Julio, "Introducción al derecho". Buenos Aires:Abeledo-Perrot, 4ª edição, 2004, p. 79.; DINIZ, Maria Helena, "Compêndio de Introdução à Ciência do Direito". São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 1989, p. 149;

estabelecer trocas intelectuais e sociais equilibradas por faltar-lhe, conforme aponta Yves de La Taille⁶⁰, “a capacidade de aderir a uma escala comum de referência, condição necessária ao verdadeiro diálogo”.

A ausência de esquemas conceituais e de lógica⁶¹ faz com que a criança se revele egocêntrica nesse estágio. De acordo com os estudos de Piaget, a criança ainda

CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”. São Paulo: Editora Noeses, 3^a edição, 2009, pp. 33 e 34).

⁶⁰LA TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl de; DANTAS, Heloysa, “Piaget, Vygotsky, Wallon: teorias psicogenéticas em discussão”, 14^a edição. São Paulo: Editora Summus, 1992, p. 15.

⁶¹A Lógica integra a parte da Filosofia que trata do conhecimento. Entre os gregos, inicialmente, assumiu a feição de *arte* ou dom de produzir argumentos de maneira habilidosa, com o fito de organizar a mensagem, ensejando o convencimento. Evoluiu, em seguida, para tornar-se um conjunto de proposições cujo objetivo ia mais além, oferecendo critérios para a determinação da própria validade dos esquemas intelectuais que buscavam o valor-verdade. O núcleo das preocupações lógicas passou a estudar os modos que presidem o funcionamento do pensar humano, isolando-se a temática do pensamento naquilo que se podia considerar o quadro das relações possíveis entre as várias formas de manifestação do intelecto. Essa função tem início com as associações que nosso espírito elabora a partir dos materiais oferecidos pela intuição. Esses materiais são as ideias, noções ou conceitos. Aliás, o pensamento começa pelo ato da afirmação, que põe o juízo, enquanto este último se exterioriza pela proposição. Foi Aristóteles quem transformou a pesquisa dos conteúdos mentais na secreta intimidade de sua organização interior, num sistema de enunciados de natureza científica. Enquanto linguagem, a Lógica é um sistema de significações dotado de regras sintáticas rígidas – com plano semântico em que seus signos apresentam um e somente um sentido – e que procura reproduzir, com recursos da simbologia, as relações que se estabelecem entre termos, proposições e argumentos. Esclareça-se, desde já, que assim como a proposição é a expressão verbal do juízo, o termo é da ideia e o argumento do raciocínio. Tomada como Ciência, a Lógica consiste num discurso linguístico que se dirige a determinado campo de entidades. Esse domínio é o universo das formas lógicas, situado na região ôntica dos objetos ideais, que, portanto, não têm existência concreta, real; não estão na experiência e são axiologicamente neutros. Apreendemo-los pelo ato gnosiológico da intelecção e o método que se lhes aplica é o racional-dedutivo. Essas formas ideais, contudo, só existem onde houver qualquer manifestação de linguagem, por insignificante que seja. Insista-se em que o objeto da Lógica, enquanto Ciência, é o pensamento da criatura humana, visto na condição de estrutura, independentemente de suas causas genéticas e das circunstâncias externas que lhe imprimem dinamismo funcional, setores especulativos pertinentes à Psicologia. Interessa à Lógica lidar com as entidades formais que organizam a estrutura do pensamento. O termo “Lógica” (do grego *logiké*) pode ser utilizado em, pelo menos, duas acepções: (i) Ciência; e (ii) sistema linguístico estrutural. Enquanto ciência, a Lógica estuda a estruturação e métodos do raciocínio humano, ou seja, a forma como se dá a estruturação de uma linguagem. Raciocinar, “consiste em manipular a informação disponível – aquilo que sabemos, ou supomos ser verdadeiro – e construir consequências disso, obtendo informação nova”. A Lógica cuida deste processo, mas a ela não cabe dizer como se dá o raciocínio, o que compete à Psicologia; ela cuida das estruturas formais do pensamento. Enquanto linguagem (língua), a Lógica é um sistema de significação dotado de regras sintáticas rígidas, cujos signos apresentam um e somente um sentido, que tem por função reproduzir as relações estabelecidas entre os termos, proposições e argumentos de outra linguagem, a qual denomina-se linguagem-objeto. Neste sentido, a lógica é sempre metalinguagem. Pode-se definir a Lógica, ainda, com apoio na lição de Louis Liard, como a ciência das formas do pensamento. Desta definição, resulta a divisão da Lógica em duas grandes partes: 1^a) a Lógica estudará primeiramente as formas do pensamento no que estas tenham de geral e de comum; 2^a) estudará em seguida a forma de cada ciência em particular. A primeira parte tem o nome de Lógica Pura, Formal ou Teorética; chama-se a segunda, Lógica Particular ou Aplicada. Como o conjunto dos processos de conhecimento que constituem a forma de uma determinada ciência se denomina um método, torna-se preferível dar a esta segunda parte da lógica o nome de Metodologia ou ciência dos métodos. Nosso conhecimento principia pela intuição ou apreensão direta de fatos em nós e fora de nós: eu sofro; eu escrevo; o sol brilha. Estas intuições, sempre limitadas a certos instantes determinados do tempo e a certos pontos determinados do espaço, fornecem os materiais do pensamento. Não compete a Lógica o procurar como se formam; isto é da alçada da psicologia. A função da Lógica começa quando, por meio de operações do espírito, formamos associações dos materiais fornecidos pela intuição. São estas

não concebe uma realidade da qual ela não faça parte e isso se deve a dificuldade que ela tem de se colocar no lugar do outro, deixando de estabelecer uma relação de reciprocidade.

O estágio seguinte, denominado por Piaget operatório concreto (7 a 11 anos de idade em média), marcado pelo declínio do egocentrismo, é caracterizado pelo início da capacidade de a criança estabelecer relações e coordenar pontos de vista diferentes (próprios e de outrem) e de integrá-los de uma forma lógica, passando a adotar uma linguagem socializada. Por volta dos 7 anos, o equilíbrio entre a assimilação e a acomodação torna-se mais estável e a criança já é capaz de ordenar uma série de objetos por tamanhos e de comparar dois deles indicando qual é o maior. Do mesmo modo, já compreende a conservação das quantidades, do peso e do volume e está mais concentrada nas atividades que pratica, torna-se mais colaborativa e desenvolve o senso de responsabilidade e de respeito mútuo.

O último estágio (operatório formal), desenvolvido a partir dos 12 anos de idade em média, o adolescente começa a raciocinar lógica e sistematicamente. Esse estágio é definido pela habilidade de engajar-se no raciocínio proposicional. As deduções lógicas podem ser feitas sem o apoio de objetos concretos. Diferentemente do período anterior, agora o adolescente tem o pensamento formal abstrato. Ele não necessita mais de manipulação ou referência concreta. O pensamento hipotético-dedutivo é o mais importante aspecto apresentado nessa fase de desenvolvimento, pois o ser humano passa a criar hipóteses para tentar explicar e sanar problemas. O foco desvia-se do “é” para o “poderia ser”.

Os muitos estudos realizados por Piaget revelam que o desenvolvimento estrutural e funcional do cérebro é imperioso para que a pessoa aprimore habilidades sociais e emocionais.

associações de três espécies: as Noções, os Juízos e as Inferências. As noções são expressas na linguagem por meio de Termos; os juízos pelas Proposições e as inferências pelos Raciocínios. (CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”. São Paulo:Editora Noeses, 3ª edição, 2009, pp. 67-70; CARVALHO, Aurora Tomazini de, “Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico”. São Paulo:Editora Noeses, 3ª edição, 2013, pp.183-4; LIARD, Louis, “Lógica”, trad. de Godofredo Rangel. São Paulo:Companhia Editora Nacional, 9ª edição, 1979, pp. 9-13).

Pretende-se identificar com essa rápida visão interdisciplinar a real e efetiva necessidade de priorizar o respeito à criança re(conhecendo) tratar-se de pessoa em processo de desenvolvimento físico, emocional e, sobretudo, cognitivo. Não é a toa que merece proteção ou, ousa-se dizer, hiperproteção.

Nesse aspecto, o artigo 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao mesmo tempo em que garante à criança e ao adolescente o direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos, produtos e serviços, reconhece que tais direitos devam ser a eles disponibilizados com respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, atentando-se a sua faixa etária e conseqüente grau de amadurecimento.

Assim sendo, concorda-se com Guilherme de Souza Nucci⁶² quando afirma que “tudo o que chega ao infante e ao jovem pode – e deve – ser filtrado pelo universo adulto, como informação, diversão, espetáculo, lazer, cultura, etc.”. E, mais, aplaude-se o citado autor quando conclui que “esse filtro não é um obstáculo ao exercício do direito, mas uma atividade responsável dos pais” e, claro, da sociedade e do Estado. “Afinal” – finaliza Nucci – “*tudo é permitido quando for permitido*”.

A essa altura, portanto, insista-se em dizer, ainda de forma incipiente, que os critérios temáticos da classificação indicativa (sexo e nudez, violência e drogas) foram eleitos em atenção, justamente, à condição peculiar de desenvolvimento revelada durante a infância e a adolescência. Reconhecendo a situação física e psíquica de imaturidade da criança e do adolescente, preocupou-se o legislador estatutário, bem assim as Portarias n^{os} 368/2014 e 26/2014 do Ministério da Justiça e da Secretaria Nacional de Justiça, respectivamente, a dar guarida a esse grupo de pessoas evitando sua prematura exposição a conteúdos impróprios que possam colocar em risco sua higidez psíquica, desviar-lhes o caráter, incitar-lhes a práticas inadequadas e causar-lhes prejuízos irremovíveis⁶³.

⁶²NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”. Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2014, p. 240.

⁶³O assunto será retomado mais adiante, no Capítulo V, em razão de sua pertinência temática com o foco central deste trabalho.

II.1.3. Princípio da prioridade absoluta (artigo 227, CF/88 e 4º, *caput* e parágrafo único, “a” *usque* “d”, do Estatuto da Criança e do Adolescente)

Dar prioridade significa dar primazia, precedência, preferência, privilégio. A sociedade, o Estado e a família se responsabilizam pela garantia dos direitos previstos para as crianças e adolescentes com tal prioridade, frente a outros direitos e necessidades, seja no campo social mais amplo, seja nas relações horizontais. Atribuem-se à criança e ao adolescente prioridade em políticas públicas.

Ora, sendo a criança pessoa em processo de desenvolvimento, como se viu, natural se atribua a ela prioridade absoluta, significando que, à frente dos adultos, estão crianças e adolescentes. Note-se que o legislador adjetivou a priorização da criança e do adolescente dizendo-a absoluta. Logo, a prioridade relativa não é suficiente. Ela deve ser absoluta, pena de ser ineficaz.

Na lição de Paulo Afonso Garrido de Paula⁶⁴ a “prioridade absoluta constitui princípio informador do Direito da Criança e do Adolescente”, pois

(...) a concretude do interesse juridicamente protegido da criança ou do adolescente está em primeiro lugar, devendo ocupar espaço primordial na escala de realizações do mundo jurídico.

Antecedem quaisquer outros interesses do mundo adulto, de vez que a rapidez das transformações que lhe são próprias impõe a realização imediata de seus direitos.

Os direitos da criança e do adolescente são essencialmente efêmeros.

A infância e a adolescência atravessam a vida com a rapidez da luz, iluminando os caminhos que conduzem à consolidação de uma existência madura e saudável. Aquisições e perdas, privações e satisfações, alegrias e tristezas, prazeres e desgostos, êxitos e fracassos e tantos outros experimentos materiais e emocionais sucedem-se em intensidade e velocidade estonteantes. Não raras vezes não podem ser repetidos, constituindo-se em experiências únicas e ingentes.

Esse complexo viver a infância e a adolescência têm como pressuposto material a existência de condições fundamentais, entre as quais a alimentação, saúde, educação, liberdade, cultura, lazer, etc. Emocionalmente reclama amor e acolhimento.

(...) Os direitos da criança e do adolescente devem ser validados com a presteza necessária para que sirvam, no tempo certo, como alicerces do desenvolvimento pessoal e garantias da integridade.

Depois é tarde, as necessidades foram embora, ficando apenas as consequências irreparáveis da invalidação dos direitos, representada muitas

⁶⁴GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 39-40.

vezes pela morte, debilidade física ou mental, ignorância, ausência de instrumental para enfrentar os desafios do cotidiano, psicoses, neuroses, etc.⁶⁵

O princípio da prioridade absoluta revela, portanto, a urgência no tratamento dos direitos da criança merecendo uma atitude enérgica e pró-ativa por parte de todos os envolvidos em dar-lhes efetivo cumprimento (sociedade, família e Estado), de modo a preponderar o interesse infantojuvenil, em detrimento do interesse do adulto.

Priorizar a criança implica em oferecer, em primeira mão, a esse grupo de pessoas assistência médica e odontológica, educação, cultura e lazer, num sentido de reconhecimento da importância no tratamento sério e responsável desse núcleo social.

Ao comentar o Estatuto da Criança e do Adolescente, Guilherme de Souza Nucci⁶⁶ faz severas críticas a alguns de seus dispositivos, dentre eles, justamente, o artigo 4º e seu parágrafo único, ao argumento de se tratar de um “preceito ideal”, mas que pouco atende ao “mundo real”. Ressente-se o autor, realmente, da ausência de mecanismos eficientes de cobrança efetiva dos deveres que a legislação impõe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público no atendimento à política de prioridade absoluta instituída em favor da criança e do adolescente⁶⁷.

Transcrevem-se, abaixo, as críticas do referido autor, com as quais concordamos apenas em parte. Diz ele,

⁶⁵Permite-se nesse momento uma reflexão que vai do popular ao pueril. No ambiente de proteção da criança, não se aplica o provérbio “antes tarde do que nunca”, pois o muito ou pouco se não em tempo (cedo), é sempre ineficaz.

⁶⁶NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”. Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2014, p. 19.

⁶⁷Andréa Rodrigues Amin, a sua maneira, corrobora do mesmo entendimento esposado por Nucci, ao enfatizar o descaso dos Poderes Públicos, em todas as suas esferas, na priorização dos direitos infantojuvenis. São suas palavras: “Um exemplo comum é na administração do Poder Judiciário, a quem cabe prover os órgãos jurisdicionais de todo o material humano e físico que permita prestar jurisdição com eficiência. Na Cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, foram criadas três varas regionais da infância e juventude, por meio da Lei nº 2.602/96, mas apenas instaladas no ano de 2009. A cidade, durante anos, manteve apenas duas varas da infância e juventude (...). Em contrapartida, só no ano de 1996 foram criados e instalados 60 Juizados Especiais Cíveis e Criminais (...). O mesmo há que se falar do Poder Executivo, palco das maiores violações ao princípio da prioridade absoluta. É comum vermos a inauguração de prédios públicos com os fins mais variados, sem que o Estado cuide, por exemplo, da formação de sua rede de atendimento. Outro fato comum é a demora na liberação de verbas para programas sociais, muitos da área da infância e juventude, enquanto verbas sem primazia constitucional são liberadas dentro do prazo. É o que se pode chamar de ‘corrupção de prioridades’” (AMIN, Andréa Rodrigues, “Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente”, in “Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos, Coordenação MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 62). Infelizmente, aos comentários da referida autora somam-se a muitos outros relatos de profissionais da área jurídica que enfrentam, no dia-a-dia, incontáveis desmandos e ações burocráticas impeditivas da efetivação do princípio da prioridade absoluta infantojuvenil. Ao se falar sobre o princípio da brevidade, retornar-se-á ao tema.

(...) é constante, na legislação brasileira, a prodigalidade com que se trata o termo *dever*. Em várias leis, impõe-se o *dever* de fazer isto ou aquilo, mas não se cobra nenhuma produção, nem se impõe qualquer espécie de punição a quem o descumpra. E pior, aloca-se o dever para entes indeterminados, em relação aos quais, a lei atribui o dever de assegurar a crianças e adolescentes um rol de direitos, que, no conjunto, atingem simplesmente a *perfeição*. Todos devemos garantir vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária aos menores de 18 anos. Por que *todos* nós temos esse dever? Pelo fato de se mencionar a família, a comunidade e a sociedade em geral... Estamos inseridos, no mínimo, na sociedade em geral. Afora esses entes, há também o poder público; este sim sempre foi e deverá ser o principal responsável pelo bem-estar das crianças e dos adolescentes. Em suma, um rol tão extenso de direitos, tão relevante quanto vago, não precisa de lei alguma, pois a Constituição Federal já o prevê para todos os indivíduos. É o fenômeno legislativo denominado de *banalização dos deveres*. O dever é imposto por lei, mas não há nenhuma forma de se cobrá-lo.

(...) Todo o art. 4º é infeliz, na exata medida que, na prática, não resolve absolutamente nada.

Assim como Nucci, reconhece-se a necessidade de se fomentar mecanismos de punição mais vigorosos e impactantes ou, quando tais medidas não forem viáveis em curto prazo, amplificar as atualmente existentes de modo a que ajam como formas de redução do descaso no cumprimento dos deveres impostos a todos em prol da educação, da saúde e da cultura infantojuvenis.

Dentro dessa perspectiva, não só defender-se-á a classificação indicativa nesta tese, como, ainda, sugerir-se-á sua amplificação e/ou adaptação para outros ambientes, principalmente o publicitário, que está, por seu turno, intimamente relacionado ao consumerista.

Por outro lado, e a despeito de também reconhecer, assim como Nucci, que a Constituição Federal já tem previsão expressa no sentido de atender a criança e o adolescente com absoluta prioridade (art. 227), entende-se ser salutar reforçar como devem se conduzir os agentes (com prioridade). *Quod abundat non noce!*

Acredita-se, assim, que a classificação indicativa representa mecanismo que reforça a garantia da absoluta prioridade infantojuvenil. De fato, ao se alertar sobre os conteúdos inadequados presentes nos programas, espetáculos, jogos, revistas e publicações atende-se à proteção integral, prioritariamente.

Por outro lado, tem-se a certeza de que não basta classificar as obras audiovisuais se não houver nenhuma punição aos destinatários indiretos da prevenção

especial que simplesmente ignorarem esse comando, da mesma forma que não se prezará pelo bem-estar da criança se não se limitar os horários de exibição de tais conteúdos, o que equivalerá à verdadeira relativização do princípio da prioridade absoluta o que é inadmissível. Por essa razão, defender-se-á nesta tese que dar prioridade absoluta à criança pode significar negar prioridade a determinados setores, como o dos meios de comunicação de massa, movidos por interesses meramente financeiros.

Ao se comentar a ADI 2404, em tramite perante o Supremo Tribunal Federal, pretende-se deixar bem claro que a supressão da sanção administrativa enunciada no artigo 254 da legislação estatutária pode colocar em risco todo o modelo de proteção infantojuvenil, priorizando interesses de quem nem de longe está a merecer atenção, cuidado e zelo e aniquilando os daqueles a quem se deve justamente acorrer⁶⁸.

II.1.4. Princípio do melhor interesse da criança

Positivado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, artigo 3.1⁶⁹, muito embora não esteja previsto de forma explícita no texto constitucional brasileiro, de se entender que tal dispositivo tenha força de norma fundamental interna, eis que os tratados internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, adquirem tal estatura em obediência ao disposto no artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição.

Lembra Tânia de Silva Pereira⁷⁰ que a origem do princípio do melhor interesse da criança advém do instituto inglês do *parens patriae*, cujo fundamento era a proteção de pessoas incapazes, bem como de suas propriedades.

Do referido instituto evoluiu o princípio *best interest of the child* (traduzido para o vernáculo, como o “melhor interesse da criança”), cuja primeira referência, no direito costumeiro inglês, data de 1925, no julgamento do caso *Finlay v. Finlay*, julgado

⁶⁸O Capítulo V do presente trabalho será dedicado ao exame da classificação indicativa quando serão tecidos comentários sobre a aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade 2404.

⁶⁹“Art. 3.1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration” (Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas para o bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, o melhor interesse da criança deve ser considerado em primeiro lugar).

⁷⁰PEREIRA, Tânia da Silva, “O princípio do ‘melhor interesse da criança’: da teoria à prática”, in Revista Brasileira de Direito de Família n° 6, Porto Alegre, 2000, p. 32.

pelo juiz Cardozo, reproduzido por Tânia Pereira, e no qual se concluiu que, em hipótese de conflitos entre os interesses da criança e os interesses de seus pais, são os primeiros que devem prevalecer. Na decisão, ficou claro que o pai ou a mãe agiriam como *parens patriae* para fazer o que é melhor para o interesse da criança e não atentos ao seu próprio desejo⁷¹. Os pais devem se colocar na posição de genitor sábio, carinhoso e cuidadoso.

Camila Fernanda Pinsinato Colucci⁷² lembra, ainda, que, muito antes do emblemático caso *Finlay v. Finlay*, os casos *Rex v. Delaval*, de 1763, e o caso *Blissetts*, de 1765, ambos julgados pelo Juiz Lord Mansfield são considerados como precedentes⁷³ a tratar da primazia do interesse da criança. Em *Rex v. Delaval* entendeu-se, pela primeira vez, que não haveria inviolabilidade dos direitos paternos. Tratava-se de caso em que foi negado ao pai o direito de requerer que sua filha de dezoito anos retornasse para casa. Ao invés de devolver a garota ao lar parental, Lord Mansfield a emancipou. Como não havia precedentes recusando a custódia paterna de um menor, o

⁷¹O princípio do melhor interesse da criança é muito útil nas situações em que se disputa a guarda da criança. Deve o julgador, nessas hipóteses, colocar-se no lugar da criança ao avaliar o que é melhor para ela e não atender aos caprichos, exigências ou conveniências de seus pais.

⁷²COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato, “Princípio do Melhor Interesse da Criança: construção teórica e aplicação prática no Direito Brasileiro”, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob orientação de Eduardo Tomasevicius Filho, Departamento de Direito Civil, 2014, pp. 26-27.

⁷³Lenio Luiz Streck e Georges Abboud esclarecem não haver similitude entre o precedente (derivado do direito anglo-saxão e próprio dos países de *common law*) e a jurisprudência. Obviamente que o precedente do *common law* é também uma decisão do Tribunal Superior. Contudo, ele é mais do que isso. É uma espécie de depuração histórico-hermenêutica de alguma decisão do Tribunal Superior. Michele Taruffo, por seu turno, adota dois critérios para melhor distinguir o precedente da jurisprudência: um quantitativo e outro qualitativo. Pelo primeiro, diz-se não confundir precedente e jurisprudência, pois enquanto o precedente é único, referindo-se a uma decisão relativa a um caso particular, a jurisprudência é plúrima, partindo de decisões várias relativas a diversos casos concretos. De acordo com o segundo, o precedente fornece uma regra (universalizável) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. A aplicação da jurisprudência, ao contrário, não parte da identidade ou analogia factual; parte, sim, da subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma *regra geral*. O estudo da matéria revela, portanto, que ao referir-se o texto do art. 927, § 5º do NCPC aos precedentes de nossos tribunais não empregou a palavra, no mesmo sentido e dimensão atribuídos aos precedentes adotados pelos países de *common law*. Por isso mesmo, conclui Abboud, haver um perigoso equívoco em que incorre parcela de nossa doutrina ao tratar de precedente. Trata-se de pura equiparação do precedente do *common law* à jurisprudência vinculante brasileira. A partir do fato de o art. 927 do NCPC elencar diversos provimentos que passarão a ser vinculantes, não podemos fazer a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do *common law*. (STRECK, Lenio Luiz e ABOUD, Georges, “O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?”, 3ª edição revista e atualizada de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 106; TARUFFO, Michele, “Precedente e Jurisprudência” in Revista de Processo v. 199, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set-2011, pp. 139-155; ABOUD, Georges, “Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam”, in “Precedentes” (Coord.) DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de e MACÊDO, Lucas Buriel de. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, pp. 399-405).

Juiz alegou que os julgados anteriores que garantiam a devolução dos filhos aos pais o faziam devido aos fatos de cada caso. Assim, a regra seria a que os Tribunais deveriam julgar de acordo com as circunstâncias específicas apresentadas. Já no segundo julgamento, Lord Mansfield seguiu a regra por ele criada no caso *Rex v. Delaval*, permitindo, assim, que uma criança de seis anos permanecesse com a mãe na hipótese em que o pai havia abandonado a família previamente. Foram utilizados dois argumentos para corroborar a decisão. O primeiro deles é que se os litigantes não entram em acordo, a corte fará o que aparentar ser o melhor para a criança. O segundo argumento aduzia que, ao abandonar a família, o genitor estaria abrindo mão de seus direitos parentais.

O direito estadunidense também vem adotando o princípio do melhor interesse da criança, especialmente nos casos que envolvem divórcio, guarda, visitas, adoção, tutela, afora as hipóteses de perda ou suspensão do poder familiar, fundados no abuso e negligência no tratamento prioritário infantil ou nas situações de prática criminosa ou fraudulenta que afetem a integridade física ou patrimonial da criança. Reconhece o Direito de Família americano que a doutrina do melhor interesse da criança deva ser o alicerce no julgamento de qualquer ação ou procedimento que discuta os direitos da criança.

Nesse sentido, Lynne Marie Kohn⁷⁴ esclarece que,

The best interests of the child doctrine is at once the most heralded, derived and relied upon standard in family law today. It is heralded because it espouses the best and highest standard: it is derided because it is necessarily subjective; and it is relied upon because there is nothing better.

The doctrine affects the placement and disposition of children in divorce, custody, visitation, adoption, the death of a parent, illegitimacy proceedings, abuse proceedings, neglect proceedings, crime, economics, and all forms of child protective services. And in every case, a judge must decide what is 'best' for any child at any time under any particular circumstance⁷⁵.

⁷⁴KOHN, Lynne Marie, "Tracing the foundations of the Best interests of the child – Standard in American Jurisprudence", in *Journal of Law & Family Studies*, vol. 10, 2008, p. 337.

⁷⁵A doutrina do melhor interesse da criança é, de pronto, a mais acatada, aplicada e confiável no tratamento do direito de família atual. É acatada porque defende o melhor e mais alto padrão no trato infantil; aplicada porque é necessariamente subjetiva; e confiável porque não há nada melhor. A doutrina afeta o posicionamento e disposição de crianças em divórcio, guarda, visitação, adoção, morte dos pais, no processo de ilegitimidade, processos de abuso, negligência, crime, economia e todas as formas de serviços de proteção à criança. E em cada caso, um juiz deve decidir o que é "melhor" para qualquer criança em qualquer momento, em qualquer circunstância particular.

Na aplicação do princípio do melhor interesse da criança, portanto, o adulto deve assumir o lugar do outro (ou seja, da criança) e sob essa perspectiva analisar o que é melhor para ela, respaldado no respeito à pessoa em peculiar processo de desenvolvimento a quem visa proteger prioritariamente.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁷⁶ o princípio do melhor interesse da criança “representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito”. Nesse sentido, a criança passa a ser tutelada com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que participa, “na condição de pessoa humana em processo físico e psíquico de desenvolvimento⁷⁷”.

Tanto é assim que, em algumas ações judiciais cujo cerne da discussão gira em torno de identificar qual é, de fato, o melhor interesse da criança, não raras vezes, esta (a criança) é ouvida a fim de que possam julgador e promotor envolvidos na análise do caso concreto certificar-se das reais circunstâncias, pronunciando-se com maior acuidade. Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível.

Alexandre Morais da Rosa⁷⁸ entende que o princípio do melhor interesse da criança é uma verdadeira regra de interpretação sugerindo, inclusive, que sejam reinterpretados alguns dispositivos do Código Civil, com vistas à sua adaptação a essa realidade de atender o que for melhor para a criança.

Assim também se posiciona Heloísa Helena Gomes Barboza⁷⁹ sustentando que o melhor interesse deve ser considerado cláusula genérica traduzida nos direitos

⁷⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, “Princípios Constitucionais de Direito de Família – Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08 – Família, Criança, Adolescente e Idoso”. São Paulo: Editora Atlas, 2008, pp. 80-1.

⁷⁷REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - Menor - Decisão que deferiu ao genitor visitas monitoradas em decorrência de acusação de abuso sexual pela genitora. Estudo psicológico em que a criança confirmou os fatos relatados pela mãe e manifestou não querer se encontrar com o pai. Suspensão das visitas para atendimento ao melhor interesse da menor até que se realize nova avaliação psicológica, mais minuciosa. Recurso provido (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2159812-25.2015.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, sendo agravante Adriana Vicente e agravado Luiz Fabiano Santiago, 1ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Rui Cascaldi, j. 23-02-2016, v.u.).

⁷⁸ROSA, Alexandre Morais da, “O cuidado como critério do Princípio do Melhor Interesse da Criança”, *in* Revista do Advogado nº 101, Ano XXVIII, dezembro/2008 publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 07-13.

⁷⁹BARBOZA, Heloísa Helena Gomes, “Melhor interesse da criança e do adolescente (princípio do), *in* TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.), “Dicionário de princípios jurídicos”. Rio de Janeiro:Elsevier, 2011, p. 838.

fundamentais constitucionais de crianças e adolescentes. Assim, afirma ela que o melhor interesse “(...) adquiriu, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela *cláusula geral de tutela da pessoa humana* introduzida pelo art. 1º, III, da CF/88 e determinado especialmente no art. 6º da Lei nº 8.069/1990”.

De fato, pautado no referido dispositivo estatutário (artigo 6º), abre-se a possibilidade de, em casos em que uma determinada disposição legal leve a uma solução que contrarie algum interesse da criança, possa o juiz decidir o caso concreto de modo diverso tudo a fim de atender ao seu melhor interesse.

E mais. Naquelas situações em que houver um conflito entre os interesses da criança e o de terceiros (um adulto, por exemplo), ou mesmo entre mais de um interesse fundamental da própria criança, o melhor interesse desta há de prevalecer sobre qualquer outro⁸⁰.

A essa altura, chama-se a atenção – ainda que de forma embrionária – para a possibilidade de aplicação do princípio do melhor interesse da criança quando se interpretam as Portarias Ministeriais regulamentadoras da classificação indicativa, ousando-se sugerir, desde logo, sua adaptação/ampliação para atingir também o ambiente publicitário.

Será que as propagandas de cervejas e aquelas que utilizam a sensualidade e a banalização do corpo feminino atendem ao melhor interesse da criança? Refazendo a pergunta, será que os consumidores mirins têm, de fato, seu real interesse protegido ao serem expostos a esses conteúdos publicitários?

Em um embate envolvendo os interesses da criança e do fabricante ou do comerciante, ou desta e do veiculador da propaganda ou divulgador do produto, não há como refutar que o da criança deva prevalecer.

⁸⁰ Andréa Rodrigues Amin coloca em evidência interessante exemplo em que se colocam em xeque alguns dos mais relevantes direitos fundamentais infantojuvenis devendo-se deliberar entre eles a fim de resguardar o princípio do melhor interesse da criança. Relata a referida autora: “À guisa de exemplo, vamos pensar em uma criança que está em risco, vivendo pelas ruas de uma grande cidade, dormindo ao relento, consumindo drogas, sujeita a todo tipo de violência. Acolhê-la e retirá-la das ruas, mesmo contra sua vontade imediata, é atender ao princípio do melhor interesse. Com o acolhimento, busca-se assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à sua dignidade, a despeito de não se atender, naquele momento, ao seu direito de liberdade de ir, vir e permanecer, onde assim o desejar. Trata-se de mera ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade. Apesar de não conseguir assegurar à criança todos os seus direitos fundamentais, buscou-se a decisão que os assegura em maior número, da forma mais ampla possível” (AMIN, Andréa Rodrigues, “Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente”, in “Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos, Coordenação MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 69).

É essa a orientação que vem sendo adotada atualmente no Brasil?

A pergunta é feita apenas para instigar a reflexão e muito embora a resposta seja, infelizmente, negativa, não será objeto de análise aprofundada nesta oportunidade.

O que, lamentavelmente, pode-se concluir, entretanto, é que se afastando da “ideal” e “lapidar” principiologia estatutária, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda haverá de percorrer um longo caminho até que atinja sua real efetividade prática.

Oxalá se possa vivenciá-la!

II.1.5. Princípio da brevidade e excepcionalidade (art. 227, § 3º, CF)

A intervenção do Estado deve atender a condição peculiar de desenvolvimento da criança e do adolescente, priorizando o socorro às questões que lhes digam respeito, visando à satisfação do máximo de direitos possíveis e a menor restrição dos mesmos.

O princípio da brevidade busca inspiração nos já consagrados princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo, agasalhados pela Constituição Federal de 1988 e reproduzidos pela legislação ordinária, inclusive pelo novo Código de Processo Civil (artigo 4º⁸¹).

Realmente, entende-se por brevidade a qualidade do que é breve. Breve, por sua vez, é a qualidade daquilo que é rápido, transitório, de pouca duração⁸².

De fato, a EC 45/04 acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º, somando ao rol dos direitos fundamentais, aquele que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O longo tramite processual e a demora na concessão da tutela jurisdicional pleiteada desestimula o jurisdicionado, onera o Poder Judiciário e raramente conduz à almejada “justiça”⁸³!

⁸¹“Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

⁸²FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa”, 4ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2009, p. 328.

⁸³Como lembram Sérgio Shimura, Anselmo Prieto Alvarez e Nelson Finotti Silva, a Lei nº 12.008/2009 alterou o texto do Código de Ritos, a fim de estabelecer prioridade de tramitação, em todas as instâncias, aos procedimentos judiciais nos quais figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou

No universo infantojuvenil a espera por uma resposta que atenda aos direitos da criança e do adolescente pode levar todo o sistema (ou microssistema) à falência, representando o tempo mais um inimigo contra a higidez e a preservação daqueles mesmos direitos.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁸⁴ chama a atenção para o fato de que a preocupação com a duração razoável do processo não é só brasileira. A discussão sobre o tema alcançou nível mundial, com a presença de dispositivos específicos sobre o assunto em diplomas normativos supranacionais, como o artigo 8º, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), artigo 6º, item 1, da Convenção Europeia de Direitos do Homem e também o artigo 7º, item 1, aliena *d*, da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos.

Quando a questão se debruça sobre a defesa dos direitos da criança e do adolescente, a preocupação é ainda maior e o transcurso do tempo pode ser vital.

Como ensina Nelson Nery Júnior⁸⁵ “a razoabilidade da duração do processo deve ser aferida mediante *critérios objetivos*, já que não se afigura possível o tratamento dogmático apriorístico da matéria. Comporta, portanto, verificação da hipótese concreta”.

Identifica o citado autor ser o primeiro daqueles *critérios objetivos* a natureza do processo e a complexidade da causa.

Ora, as causas que envolvem os direitos fundamentais infantojuvenis são, só por só, de natureza especial, pois visam atender pessoas em processo de desenvolvimento. Se a solução for alcançada quando já tiverem se desenvolvido, vale dizer, no estágio de vida adulta, de nada mais servirão.

superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave. Isso porque, afirmam os citados autores, “caso a jurisdição demore a vir ao idoso ou ao portador de doença grave, podemos chegar à situação extrema de estas pessoas não se beneficiarem diretamente do resultado do exercício do Poder Judiciário, pois podem falecer antes de obterem uma decisão favorável” (SHIMURA, Sérgio; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti, “Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo Civil, Processos de Conhecimento, Recursos” 3ª edição. São Paulo: Editora Gen-Método, 2013, p. 40). Por analogia, pode-se argumentar que havendo delonga na solução das controvérsias que envolvam crianças e adolescentes, corre-se o risco de a decisão esvaziar-se diante, por exemplo, do atingimento da maioridade por parte da criança ou do adolescente.

⁸⁴CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, em comentário ao artigo 4º da Lei nº 13.105/2015 *in* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (Coord.), “Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil”, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 66-68.

⁸⁵NERY JÚNIOR, Nelson, “Princípios do Processo na Constituição Federal”, 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 320-321.

Reconhecendo a especificidade dessa tutela, Paulo Afonso Garrido de Paula⁸⁶ identifica-a como “diferenciada”, adequada às peculiaridades próprias para atender crianças e adolescentes com a velocidade e a sensibilidade que os assuntos relacionados a estas pessoas requerem.

Nesse sentido, esclarece o citado autor que

(...) o Estatuto da Criança e do Adolescente, compreendendo a justiça em sentido amplo, enfrentou o obstáculo do ingresso no sistema formal de validação dos direitos através do acesso a interlocutores qualificados a provocar a atividade jurisdicional.

Desenvolvendo mecanismos que tornassem efetivo o acesso aos órgãos da Defensoria Pública, prescreveu, por duas vezes e com fulcro no art. 5º, inc. LXXIV, da CF, o direito à assistência judiciária gratuita através de defensor público ou advogado nomeado.

Também legitimou o Ministério Público para a defesa de todo e qualquer direito da criança e do adolescente, inclusive o de natureza individual, realçando o caráter social justificador da iniciativa do órgão público.

Além de disciplinar vários procedimentos especiais, o que, por si só, indica uma tutela concorde com as particularidades do direito material, o ECA alterou em aspectos substanciais o sistema recursal do CPC, ao impor a regra do efeito meramente devolutivo às apelações, diminuir prazos, dispensar revisor e prever recurso contra portarias da autoridade judiciária, meio especial de insurgência em face de abuso na utilização do poder normativo residual do juiz de direito.

Mas, se de um lado deve-se amparar com brevidade (na verdade, com a máxima brevidade) às crianças e adolescentes, de outro lado, é preciso atendê-los com qualidade.

Ao se aplicar o princípio da excepcionalidade reconhece-se que toda e qualquer atividade destinada a acudir o público infantojuvenil é especial a merecer agentes conscientes dessa especificidade, dispostos a tomá-la nas mãos com delicadeza e coragem.

Por essa razão, a direta intervenção na defesa dos direitos infantojuvenis, para se tornar efetiva, só pode ser feita por quem tenha aptidão, verdadeiro dom e genuína sensibilidade.

A atividade destinada a atender a criança e o adolescente deve reunir profissionais de diferentes áreas, todos, porém, devidamente aparelhados e cômicos da responsabilidade a que se acham investidos.

⁸⁶GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 79-82.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci⁸⁷ tece os seguintes comentários voltados, precipuamente, à atividade judicante desempenhada nas Varas especializadas:

Um burocrata ou um missionário?: a sociedade tem o direito de esperar do juiz titular de Vara da Infância e Juventude uma atuação dedicada, voltada aos reais interesses da comunidade, sensível aos problemas sociais das crianças e adolescentes e consciente dos dramas dos autores dos atos infracionais. O magistrado, em geral, deve ser um *vocacionado*, defendendo a sua toga com ardor e empenho, sabendo que por trás de cada decisão sua existe uma ou mais vidas que irão mudar de algum modo. Porém, há certas áreas do exercício jurisdicional que são particularmente complexas e delicadas, demandando, além da vocação, um especial talento do juiz para cuidar com sucesso dessas questões polêmicas por si mesmas (...). Uma delas, a Vara de Infância e Juventude. São locais de trabalho para pessoas *talhadas* para aquela matéria, vocacionadas a ultrapassar os limites dos livros acadêmicos e abraçar questões sociais e pessoais com dedicação ímpar. Muito do que consta em lei, nessas áreas do Direito, somente atinge a concretização e um sucesso relativo pelas mãos do juiz empenhado em *dar certo*. O desempenho *burocrático* do cargo de juiz da infância e juventude não atrai o apoio da sociedade à causa da criança e do adolescente, não estimula a equipe interprofissional do fórum a trabalhar com entusiasmo e autêntica dedicação, não provoca o espírito crítico e fiscalizador do Ministério Público, enfim resolve *casos que chegam à sua mesa*, mas não os verdadeiros problemas sociais da Comarca onde atua.

A excepcionalidade da matéria provocou, inevitavelmente, a setorização do assunto, tanto que muitos programas de proteção à criança e ao adolescente foram municipalizados, em cumprimento ao artigo 227, § 7º da Constituição Federal.

Segundo Leoberto Narciso Brancher⁸⁸, “a mobilização da cidadania em torno da Constituição conseguiu romper com aquele ciclo concentrador e filantropista, também no que se refere ao modelo de organização e gestão de políticas públicas voltadas ao asseguramento dos direitos infantojuvenis”.

Foram criados, assim, os Conselhos Municipais dos direitos da criança (CMCDA), os Conselhos Tutelares, bem como alguns programas de atendimento com observância da descentralização político-administrativa.

A Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas ao adolescente que pratique ato infracional, alterando o ECA nesse aspecto, conferiu aos Municípios o dever de formular, instituir, coordenar e

⁸⁷NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”. Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2014, pp. 496-497.

⁸⁸BRANCHER, Leoberto Narciso, “Organização e gestão do sistema de garantias de direitos da infância e da juventude” in “Estudos pela justiça na educação”, Brasília: Fundescola/MEC, 2000, p. 125.

manter o Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo, criando e mantendo programas de atendimento para execução das medidas em meio aberto.

Brevidade e excepcionalidade são princípios que se coadunam, portanto, com o fato de que infância e adolescência são fases importantes e singulares na vida da pessoa, a merecer tratamento especioso e cuja transitoriedade não permite a espera.

Os princípios da prevenção geral e da prevenção especial estão em absoluta sintonia com os da brevidade e excepcionalidade, notadamente naquelas hipóteses em que é necessário, de pronto (*in limine litis*), suspender a transmissão de conteúdos impróprios ou retirar de circulação revistas ou publicações inapropriadas, ou, ainda, interromper espetáculos públicos e impedir o acesso do público infantil a determinados ambientes.

Em todas essas situações deve-se agir com a atenção voltada à especial condição dos envolvidos e com a rapidez para acudi-los com a máxima presteza.

CAPÍTULO III – DIREITO DA CRIANÇA À PREVENÇÃO ESPECIAL

III.1. Cenário atual: foco da problematização em torno da prevenção especial infantil

De acordo com o “relógio” do Fundo de População das Nações Unidas, em matéria veiculada por diversos meios de comunicação, aos 31 de outubro de 2011, o Planeta Terra teria alcançado o surpreendente número de 7 (sete) bilhões de habitantes!⁸⁹

Uma parcela dessa estrondosa população mundial é brasileira. Os resultados definitivos do XII Recenseamento Geral do Brasil, disponibilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e que se acham reunidos na Sinopse do Censo Demográfico realizado em 2010, dão conta de que o Brasil tem, oficialmente, 190.755.799 habitantes e uma superfície de 8.515.767,049 km². (De acordo com a ONU, Organização das Nações Unidas, o Brasil ocupa a quinta posição no Planeta em termos de extensão territorial e de número de habitantes)⁹⁰.

Muito embora a proporção de crianças e jovens na população total brasileira esteja diminuindo desde a década de 80⁹¹, o fato é que, paradoxalmente, esta fatia populacional tem revelado um “apetite consumista” maior que o da média da população brasileira. Aproximadamente 37% dos jovens brasileiros revelam grande interesse em fazer compras, índice superior aos jovens franceses (32%), japoneses (31%), argentinos (28%) e americanos (12%)⁹².

⁸⁹Matéria veiculada em 31/10/2011 pelo site do Jornal “Bom Dia Brasil” editado pelo núcleo de jornalismo das Organizações Globo (<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2011/10/planeta-ja-possui-mais-de-7-bilhoes-de-habitantes-quais-os-desafios.html>). Site visitado em 05/11/2011, às 09:58h. Esse surpreendente número já se encontra superado. Em 2013, o planeta contava com 7,2 bilhões de habitantes. O número foi extraído do site <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,onu-populacao-mundial-e-de-7-2-bilhoes-de-pessoas,1042156> em 05/11/2015, às 16:54h.

⁹⁰Os dados sobre o último Censo Demográfico encontram-se disponíveis no site oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (<http://www.ibge.gov.br>). Site visitado em 05/11/2011, às 11:18h e revisitado em 04/07/2013, às 11:04h, bem assim em 02/11/2015, às 17:40h. Tais números foram atualizados, sem que tenha sido realizado novo Censo Demográfico. Nessa esteira, estima-se que a população brasileira atual seja de, aproximadamente, 205.027.190 habitantes.

⁹¹As informações sobre o decréscimo da população brasileira juvenil a partir da década de 80 foram obtidos pelo *link* “IBGEteen” do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (<http://www.ibge.gov.br>). Site visitado em 08/11/2011, às 09:55h.

⁹²Matéria veiculada pela “Revista Veja”, Edição Especial de julho de 2003, ao discorrer sobre “Jovens”. Informação extraída do site da Editora Abril (http://veja.abril.com.br/epciais/jovens_2003/p_080.html). Site visitado em 08/11/2011, às 10:05h.

Ao se analisar dados mais recentes e voltar-se a atenção para o espaço cibernético, esse número é ainda mais surpreendente. Estima-se que o jovem brasileiro consoma, em média, R\$ 90,00 em cada compra virtual. “Esta é uma geração que só não compra mais pela Internet porque não possui independência financeira e ainda depende de uma série de fatores para poder concretizar as transações”, explica o CEO⁹³ da e-bit, André Sapoznik⁹⁴.

As crianças brasileiras, por sua vez, também estão cada vez mais próximas do consumo e, muito embora sejam elas consideradas, em certas situações, consumidoras por equiparação, nos mais diversos e diferentes setores (no de alimentos, vestuário, brinquedos, entretenimento, etc.), seu apetite voraz e ainda pouco seletivo, em razão de sua natural inexperiência e imaturidade, pode vir a causar-lhes danos, alguns dos quais irreversíveis.

De fato, tendo em vista que as crianças vivenciam uma fase de peculiar desenvolvimento, são, inegavelmente, mais vulneráveis que os adultos e sofrem cada vez mais cedo as graves consequências relacionadas aos excessos do consumismo: obesidade infantil, erotização precoce, consumo incipiente de tabaco e álcool, estresse familiar, banalização da agressividade e violência, entre outras. Nesse sentido, o consumismo infantil é uma questão urgente, de extrema importância e interesse geral.

O site “Criança e Consumo”⁹⁵, muito esclarecedor, revela que as crianças brasileiras influenciam 80% das decisões de compra de uma família (TNS/InterScience⁹⁶, outubro de 2003). Carros, roupas, alimentos, eletrodomésticos, são produtos cujas aquisições levam em consideração a opinião de uma criança, salvo

⁹³Sigla utilizada para a expressão americana *Chief Executive Officer*, cargo assemelhado ao de um Diretor Geral.

⁹⁴Pesquisa encomendada pela *e-bit* em julho de 2011 e publicada no site <http://www.ebit.com.br>. Site visitado em 08/11/11, às 10:14h.

⁹⁵<http://criancaconsumo.org.br/consumismo-infantil/>. Site visitado em 09/11/15, às 12:25h.

⁹⁶<http://www.tnsglobal.com/who-we-are>. Site visitado em 09/11/15, às 12:35h. “As one of the largest research agencies worldwide TNS provide actionable insights that help you make impactful decisions that drive growth. We are part of Kantar, one of the world's largest insight, information and consultancy groups”. A TNS é uma das maiores agências de pesquisa mundial que divulga informações processáveis auxiliando as empresas a tomar decisões impactantes para o seu crescimento. Faz parte da Kantar, um dos maiores grupos de pesquisa, informação e consulta de Mercado (tradução livre).

decisões relacionadas a planos de seguro, combustível e produtos de limpeza que têm pouca influência dos pequenos.

No Brasil, a publicidade nos meios de comunicação, especialmente na televisão, é a principal ferramenta do mercado para a persuasão do público infantil, que cada vez mais cedo é chamado a participar do universo adulto quando é diretamente exposto às complexidades das relações de consumo sem que esteja efetivamente preparado para isso.

As crianças são um alvo importante, não apenas porque escolhem o que seus pais compram e são tratadas como consumidores mirins, mas também porque impactadas desde muito jovens tendem a ser mais fiéis a marcas e ao próprio hábito consumista que lhes é praticamente imposto.

Igor Rodrigues Brito⁹⁷, ao comentar a exploração da publicidade dirigida às crianças, lembra que alguns pesquisadores estadunidenses revelam a importância do “fator amolação” como método eficaz de venda para o público infantil. O “fator amolação” corresponde a uma estratégia importante na medida em que provoca que as crianças peçam aos pais insistentemente bens de consumo aos quais tiveram acesso por meio da publicidade.

Realmente, nada, no meio publicitário, é deliberado sem um estudo detalhado. Em 2006, os investimentos publicitários destinados à categoria de produtos infantis foram de R\$ 209 milhões (Ibope Monitor, 2005x2006, categorias infantis). No entanto, a publicidade não se dirige às crianças apenas para vender produtos infantis. Elas são assediadas pelo mercado como eficientes promotoras de vendas de produtos direcionados também aos adultos.

O Ibope Mídia, que anualmente divulga os dados de investimento publicitário no Brasil, constatou que foram movimentados cerca de R\$ 112 bilhões em 2013 com publicidade. A televisão permanece a principal mídia utilizada pela publicidade, representando 70% do investimento. Ao cruzar essa informação com o fato de a criança brasileira passar em média cinco horas 22 minutos e 11 segundos por dia assistindo à programação televisiva (Painel Nacional de Televisores, Ibope 2012) é possível imaginar o impacto da publicidade na infância.

⁹⁷BRITO, Igor Rodrigues, “O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil”, in Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, vol. I, n° 3, setembro 2011, p. 116.

Apesar de toda essa força, a publicidade veiculada na televisão é apenas um dos fatores que contribuem para o consumismo infantil. A TNS, instituto de pesquisa que atua em mais de 70 países, divulgou dados em setembro de 2007 que evidenciaram outros fatores que influenciam as crianças brasileiras nas práticas de consumo. Elas sentem-se mais atraídas por produtos e serviços que sejam associados a personagens famosos, brindes, jogos e embalagens chamativas. A opinião dos amigos também foi identificada como uma forte influência.

No âmbito da alimentação, a publicidade é um fator que estimula a disseminação da maior epidemia infantil da história: a obesidade. A pesquisa *Targeting Children With Treats* (Alvejando crianças com guloseimas, em livre tradução do inglês) de 2013 aponta que as crianças que já têm sobrepeso aumentam em 134% o consumo de alimentos com altos teores de sódio, gorduras trans e saturadas e açúcar, quando expostas à publicidade destes produtos.

É curial, assim, indagar: quais os impactos que o crescente avanço da população mundial e da brasileira causará aos diversos setores da sociedade? Estarão as normas estatutárias e consumeristas abertas a garantir prioridade e efetividade aos direitos fundamentais desse núcleo de consumidores, especialmente aos daqueles ainda mais vulneráveis, como são as crianças? De que forma se viabilizará dignidade e qualidade de vida às crianças consumidoras, especialmente no ambiente da cultura, do lazer e do entretenimento?

Tais indagações levam à reflexão especialmente direcionada a contribuir com a harmonia das relações humanas, o que pode ser alcançado pela coerente e responsável atuação de setores públicos e particulares, a começar pela família.

A existência de normas de conduta de que se revestem os diversos sistemas mundiais, porém, nem sempre garantem o alcance satisfatório de proteção aos direitos individuais e coletivos e a repressão às condutas transgressoras dessas mesmas normas.

Eis a problematização que se propõe enfrentar: de que modo disponibilizar proteção individual e coletiva ao setor consumerista infantil, principalmente no ambiente do entretenimento.

A classificação indicativa desponta, assim, como instrumento de prevenção contra as agressões a que se expõe o público infantil nesse ambiente, devendo ser não só defendida como ampliada também para o universo publicitário.

Críteriosa e metículosa informação, assim como educação e cuidado, proteção à saúde e segurança, prevenção geral e especial, além da moral e da ética são os nortes que fundamentarão a presente pesquisa no anseio de reforçar a tese de que a classificação indicativa é uma alternativa eficiente para tutelar os princípios, direitos e garantias da criança consumidora.

III.2. Destinatários da prevenção especial: diretos e indiretos

Os destinatários diretos da prevenção especial, assim como os destinatários da proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma de seu artigo 2º, *caput*, são as crianças e os adolescentes.

Mas, afinal, o que significa ser criança?

Do latim *creantia*, *criantia*, de *creare*, a palavra criança estava associada, antigamente, à criação, educação, no sentido de dar origem, gerar, formar, desenvolver⁹⁸.

Justamente por isso, entendeu-se que pessoas com pouca idade devessem pertencer a esse grupo especial, que recebe instrução, orientação e apoio daqueles que, estando fora do referido grupo, são, por outro lado, por elas responsáveis.

A legislação brasileira reconheceu, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988 (artigo 227, *caput*⁹⁹), que a criança deve receber especial proteção do Estado, da família e da sociedade, o que faz impregnada de um espírito desenvolvimentista e protecionista impulsionado por uma série de documentos internacionais de afirmação dos direitos da criança, a começar (i) pela Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança; (ii) pela Declaração Universal dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral da ONU (Organização das Nações Unidas), em 20 de novembro de 1959, reconhecida na Declaração Universal dos

⁹⁸FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa”, 4ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2009, p. 574. Criança, substantivo feminino definido como “ser humano de pouca idade, menino ou menina. Pessoa ingênua, inexperiente, infantil” (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, “Dicionário escolar da língua portuguesa”, 2ª edição, São Paulo: Nacional, 2008, p. 377.

⁹⁹“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no artigo 10¹⁰⁰) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança, e (iii) pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, ratificada, em 24-09-1990, pelo Decreto Presidencial nº 99.710/90. Dita Convenção sobre os Direitos da Criança, da ONU, tem a “peculiaridade de ser toda ela formada por cláusulas pétreas, ou seja, que devem ser respeitadas em todas as situações”¹⁰¹.

Mas, nem sempre foi assim.

A história revela que árdua foi a caminhada para que a criança alcançasse o *status* de *sujeito de direito*. De fato, quanto mais se retroage na história, tanto mais se vislumbram registros de abandono e crueldade praticados contra a criança¹⁰².

Relata Numa Denis Fustel de Coulanges¹⁰³ que

(...) o filho encontrava-se nas mesmas condições da mulher: nada possuía. Toda doação feita por ele carecia de validade pelo simples motivo de que ele não possuía coisa alguma. Igualmente não podia fazer qualquer aquisição; os frutos de seu trabalho, os benefícios de seu comércio pertenciam a seu pai. Se um testamento tivesse sido feito por um estranho a seu favor, era seu pai e não ele que recebia o legado. Por isto se explica o texto do direito romano que proibia todo contrato de venda entre pai e filho. Se o pai vendesse ao filho, teria vendido a si mesmo, já que tudo que o filho adquirisse passaria a

¹⁰⁰“Art. 10. Os Estados Membros no presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o núcleo natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.

2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

3. Deve-se adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Deve-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes, em trabalho que lhes seja nocivo à moral e à saúde, ou que lhes faça correr perigo de vida, ou ainda que lhes venha prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade, sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil.

¹⁰¹FONSECA, Antonio Cezar Lima da, “Direitos da Criança e do Adolescente”, 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 4. São “cláusulas pétreas” os dispositivos constitucionais imutáveis, que não podem ser objeto de deliberação de proposta de emenda, assim como os que regulam direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal).

¹⁰²A breve retrospectiva histórica referentemente ao tratamento jurídico da criança foi obtida, conjuntamente, in GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 15-22; FONSECA, Antonio Cezar Lima da, “Direitos da Criança e do Adolescente”, 2ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp. 2-11; MACHADO, Martha de Toledo, “A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos”. São Paulo: Editora Manole, 2003, pp. 26-42.

¹⁰³COULANGES, Numa Denis Fustel de, “A Cidade Antiga – Estudos sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma”, 3ª edição. São Paulo: Edipro, 2001, p. 80.

pertencer de imediato ao pai. Percebe-se no direito romano – e descobrimos também nas leis de Atenas – que **o pai podia até vender seu filho**, visto que o pai podia dispor de toda a propriedade da família, **podendo o filho ser encarado como uma propriedade**, já que seus braços e seu trabalho constituíam uma fonte de renda. Assim, o pai podia, a seu critério, conservar para si este instrumento de trabalho ou cedê-lo a outro. Ceder, neste caso, era a designação que se dava à **venda do filho**. Os textos de que dispomos do direito romano não nos informam com muita clareza qual a natureza desse contrato de venda e quais as reservas que poderiam estar nele contidas. Parece certo, entretanto, que o filho vendido não se convertia totalmente em escravo do comprador. O pai podia estipular no contrato que o filho lhe seria revendido. Mantinha, assim, **seu poder sobre ele**, e após tê-lo retomado, ainda podia vendê-lo novamente. A lei das Doze Tábuas autorizava tal operação até três vezes, mas declarava que depois da venda tripla o filho seria, enfim, liberado do poder paterno. **Pode-se julgar por isso quanto no direito antigo a autoridade do pai era absoluta.** (Os grifos são nossos).

Tanto no Brasil colonial, em que vigoravam as Ordenações do Reino, quanto já no início da fase republicana, com o advento do Código Civil, em 1916, a criança, ou, simplesmente, o menor incapaz, como ali dela se tratou, mereceu tratamento apenas sob o olhar do adulto. Faltando-lhe autonomia, a criança estabelecia relação de dependência e obediência ao adulto, em troca de proteção. Não tendo a criança, realmente, discernimento para a prática de atos da vida civil, a legislação preferiu, simplesmente, desconsiderar a existência de direitos que lhe assistissem fundamentalmente. De fato, qual seria a razão para conferir direitos àqueles impossibilitados de exercê-los pessoalmente? Atribuindo aos seus responsáveis (pais e tutores) o dever de ampará-los, a proteção jurídica da criança se exauria na busca do responsável adulto que representasse a criança no exercício de seus direitos.

Mas, se cabia ao responsável legal a obrigação de zelar pela criança, o que fazer na ausência deste, ou naquelas hipóteses em que a criança se via abandonada, vivendo ao léu pelas ruas e muitas vezes praticando crimes? Quem responderia por essas ações?

Desconsiderando a existência de direitos especiais e garantias fundamentais destinados à proteção infantil, o ordenamento jurídico brasileiro, por outro lado, paradoxalmente, reconheceu a aptidão da criança (e do adolescente) para suportar pessoalmente as consequências repressivas, inclusive físicas, decorrentes da infração penal.

Consolidaram-se, assim, leis que vislumbravam crianças e adolescentes sob a ótica da delinquência, estabelecendo medidas punitivas aplicadas aos infratores mediante sanções que oscilavam da liberdade vigiada à possibilidade de encarceramento

para aqueles que tivessem cometido crimes graves e que estivessem na faixa etária entre 16 e 18 anos de idade. A primeira dessas normas, de 1927 (Decreto 17.943-A), ficou conhecida como “Código Mello Mattos”¹⁰⁴, considerado o primeiro Código de Menores da América Latina, fixando um sistema repressivo da criminalidade infantojuvenil.

Criava-se a tutela do mundo adulto, porquanto o direito protegia a sociedade dos crimes praticados por crianças e adolescentes e aos não criminosos apenas dispensava proteção reflexa aos seus interesses, por intermédio de seus pais ou representantes.

Nessas condições, a criança passou a ser considerada um germen nefasto para a sociedade (um mal que se pretendia esconder, ao invés de proteger). Recolhida em ambientes públicos, como os das casas de custódia, a criança nessa situação era retirada do convívio social, numa tentativa de corrigir sua conduta desviada pela falta de orientação de um adulto responsável.

Desenvolveu-se, assim, um sistema sociopenal de controle de toda a infância socialmente desassistida, como meio de defesa social em face da criminalidade juvenil.

O “Código Mello Mattos” veio a ser posteriormente revogado¹⁰⁵ pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 – conhecida, simplesmente, como Código de Menores. Por meio do referido diploma legal foi instalada no Brasil a “Doutrina do Menor em Situação Irregular”. Era o tempo do “menor”, do “menor abandonado”, do

¹⁰⁴O primeiro Código de Menores brasileiro (Decreto 17.943-A, de 12-10-1927) foi elaborado pelo Juiz José Cândido de Albuquerque Mello Mattos e, em função disso, ficou conhecido como “Código Mello Mattos”.

¹⁰⁵ Do latim *revocatio*, de *revocare* (anular, desfazer, desvigorar), entende-se, em ampla significação, o ato pelo qual se desfaz, se anula ou se retira a eficácia ou efeito de ato anteriormente praticado. Por esta justa razão, a *revogação* ou *ato revocatório* somente produzirá os efeitos de *anular, desfazer, desvigorar* o que *antes era feito*, se promovido ou realizado por quem tenha *autoridade* para anulá-lo ou o desfazer. Pela *revogação*, licitamente permitida, *cessa* toda eficácia ou força jurídica do ato revogado. Mas, a revogação não opera efeitos em atos, que se mostrem ou se apresentem *irretratáveis* ou não susceptíveis de *desvigoramento* ou *desobrigação*. Trata-se de atos *irrevogáveis*, que não se desfazem nem perdem a força jurídica, desde que têm a *irrevogabilidade* legalmente assegurada. Entre outros, não estão sujeitos à revogação o mandato em causa própria, a emancipação, o reconhecimento de paternidade, a adoção, etc. Por outro lado, são revogáveis todos os atos fundados em convenção ou resultantes de ato unilateral, tal como o mandato, a doação, o testamento. Em sentido genérico, e referentemente à lei, revogação entende-se a *cessação da obrigatoriedade* da lei, *supressão* ou *cassação da lei*. E, desse modo, é o vocábulo empregado tanto para designar o sentido de *ab-rogação* (revogação geral ou total), como de *derrogação* (revogação parcial). Mas, é comum o emprego de *revogar* e *ab-rogar* em sentidos equivalentes, quando, por sua origem, revogar é anular, suprimir, cessar, desobrigar, seja total ou parcialmente, enquanto *ab-rogar* exprime o sentido de anular, cassar ou desfazer por *inteiro*, em distinção a *derrogar*, que traduz a idéia de anular, suprimir, cassar *parcialmente* ou *em parte*. A revogação da lei pode ser *expressa* ou *tácita*. *Expressa* quando a lei que a revoga é especialmente destinada a esse fim e a ela, claramente, se refere. *Tácita*, quando a revogação resulta da incompatibilidade ou da divergência de norma entre a lei anterior e a lei nova, In SILVA, de Plácido e, “Vocabulário Jurídico”, vol. IV, 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975, pp. 1382/1383. (Os grifos constam do original).

“menor delinquente”, expressões que estigmatizavam crianças e adolescentes, e que institucionalizaram a teoria da proteção ao menor em situação irregular, abrangendo os casos de abandono, prática de infração penal, desvio de conduta, falta de assistência ou representação legal. Aludida lei cuidava do conflito instalado e apenas da prevenção da situação irregular, como uma “patologia social ampla”. Era instrumento de controle social da infância e da adolescência, nas hipóteses de omissão das famílias, da sociedade e do Estado.

O caminho traçado pela legislação brasileira no amparo à criança até o início da década de 80, bem se vê, simplesmente ignorou a relevante função de cuidar do ser humano (criança) que representa o alicerce de sustentação do mundo adulto.

Ao longo do presente estudo, será examinado o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a certeza, porém, de que a análise deve ser feita partindo de uma segunda reflexão essencial.

Retorne-se, assim, a questão inicial, isto é, a de saber o que significa ser criança. E, ao refazer essa indagação, muitas outras ideias hão de povoar os pensamentos condutores para sua resposta.

Algumas delas buscam uma definição analítica para o “ser criança”. Nesse caminho, destacam-se alguns atributos e características que estão associadas à figura de uma criança. Dir-se-á, realmente, que ser criança é ser espontâneo, ingênuo, inocente, crédulo, curioso.

De fato, nessa fase da vida em que pouco ou nada se sabe muito se quer conhecer, descobrir, experimentar.

Talvez seja essa a razão para se enaltecer, como um valor, a criança que existe, muitas vezes escondida, dentro de um corpo já adulto. Ser criança representa um estado de espírito.

São crianças, aos olhos do Estatuto da Criança e do Adolescente, contudo, as pessoas até doze anos de idade incompletos (artigo 2º, *caput*, 1ª parte, da Lei nº 8.069/90). Reconhece a legislação, portanto, que essas pessoas merecem cuidados especiais porque, em razão da imaturidade e inexperiência próprias à sua faixa etária, estão mais vulneráveis a ações externas. Permite-se afirmar, sem qualquer pretensão pedagógica, que a mente infantil, realmente, funciona como uma “esponja”, o que significa dizer que está aberta a absorver dados, informações, percepções, sem que, por

outro lado, disponha de um censo crítico acurado. Logo, inexistindo “freios” ou “filtros” acionados por esta mente infantil, fica ela mais suscetível a receber todo e qualquer tipo de dado, informação ou percepção, bom ou ruim; bom e ruim.

Aí está, essencialmente, o fundamento do direito (dever) à prevenção. Previne-se para evitar que crianças sejam mal informadas, expostas a situações degradantes, violentadas pelo mundo adulto¹⁰⁶. São elas, as crianças, efetivamente, as destinatárias diretas da prevenção especial.

No ambiente da cultura, do lazer e do entretenimento a preocupação é ainda maior, uma vez que, sendo ele lúdico, o espírito permanece absolutamente desarmado, livre para receber qualquer tipo de influências, especialmente aquelas que vêm acompanhadas de um apelo visual próprio aos meios publicitário, editorial, midiático e tecnológico.

Em face disso, é de fundamental importância examinar os mecanismos de controle e de responsabilidade dos agentes externos que não só devem agir na prevenção de danos infantis, como, sobretudo, ser punidos na falta desta.

Por fim, deve-se tecer uma terceira e última reflexão fulcrada, ainda, na pergunta inaugural constante deste item: o que significa ser criança?

A resposta poderia ser a da célebre frase já pronunciada uma centena de vezes, notadamente, nos momentos de aclamação político-partidária: a criança é o futuro de uma nação. Ser criança hoje significa ser o adulto de amanhã.

E que adulto é esse que se quer formar?

Nesse ponto esbarra-se, frontalmente, uma vez mais, com o tema central do presente trabalho, qual seja o de identificar a responsabilidade que nos assola hoje, como adultos, ao direcionar a cultura e a educação das crianças. A responsabilidade é ainda maior daqueles que, como interlocutores da comunicação infantil, auxiliam, direta ou indiretamente, na formação de sua personalidade e de seu caráter.

¹⁰⁶Não é por outra razão que em 1990, em Nova Iorque, deu-se o Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, na sede das Nações Unidas, quando 71 líderes mundiais se comprometeram a melhorar a saúde das crianças e mães, combater a desnutrição e o analfabetismo e erradicar as doenças que vêm matando milhões de crianças a cada ano. Para tanto firmaram a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos anos 90. Em 25-05-2000 foram adotados, por Resolução da ONU, dois Protocolos Facultativos, que visam a fortalecer o rol de medidas protetivas no que tange às violações sobre as quais discorrem: Protocolo sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil e o Protocolo Facultativo sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados. O conteúdo dessa informação está *in* FONSECA, Antonio Cezar Lima da, “Direitos da Criança e do Adolescente”, 2ª edição. São Paulo:Editora Atlas, 2012, p. 5.

Por essa razão, acredita-se que o salutar enfrentamento da prevenção especial tangencia a análise de aspectos filosóficos e teóricos sem os quais o caminho não poderá ser bem traçado, para o que se retomam as ideias desenvolvidas nos capítulos inaugurais. De fato, não é possível analisar a prevenção especial sem compreender a *ratio* de sua existência nos enunciados prescritivos alusivos à criança e ao adolescente, tais, especialmente, os artigos 74 *usque* 80 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)¹⁰⁷.

¹⁰⁷Pede-se vênua para transcrever, abaixo, o Título III – “Da Prevenção”, Capítulo I – “Disposições Gerais” (artigos 70 a 73) e Capítulo II - “Da Prevenção Especial”, Seção I – “Da informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos” (artigos 74 *usque* 80), insertos no Estatuto da Criança e do Adolescente, ressaltando que os grifos não constam do original:

“Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso d castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações:

I – a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos;

II – a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente;

III – a formação continuada e a capacitação dos profissionais de saúde, educação e assistência social e dos demais agentes que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente para o desenvolvimento das competências necessárias à **prevenção**, à identificação de evidências, ao diagnóstico e ao enfrentamento de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente;

IV – o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente;

V – a inclusão, nas políticas públicas, de ações que visem a garantir os direitos da criança e do adolescente, desde a atenção pré-natal, e de atividades junto aos pais e responsáveis, com o objetivo de promover a informação, a reflexão, o debate e a orientação sobre alternativas ao uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante no processo educativo;

VI – a promoção de espaços intersetoriais locais para a articulação de ações e a elaboração de planos de atuação conjunta focados nas famílias em situação de violência, com participação de profissionais de saúde, de assistência social e de educação e de órgãos de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Parágrafo único. As famílias com crianças e adolescentes com deficiência terão prioridade de atendimento nas ações e políticas públicas de prevenção e proteção.

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

Art. 72. As obrigações previstas nesta Lei não excluem da **prevenção especial** outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 73. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei.

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**.

Art. 75. **Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária.**

Identificar os valores (e juízos de valor) nos quais se apoiou o legislador na elaboração de norma geral e abstrata e nos quais se fundam os aplicadores do Direito na criação de normas gerais e concretas e/ou individuais e concretas é fundamental para compreender, inclusive, os princípios (ou normas-valor) constantes da novel legislação infantojuvenil.

Mas se a criança é a destinatária direta da prevenção especial, haveria que se falar em destinatários indiretos?

Antonio Jorge Pereira Júnior¹⁰⁸ afirma com todas as letras competir a “todos os cidadãos e as entidades em geral” o dever de prevenir, ou seja, de evitar que qualquer atividade possa produzir lesão, física ou moral, em criança ou adolescente.

Partindo dessa premissa, no âmbito da prevenção especial, não há negar, a título de exemplo e obediente às disposições estatutárias, que o Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem assim os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos, as emissoras de rádio e televisão, os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou locação de fitas de programação em vídeo e aqueles que publiquem, editem e comercializem revistas e publicações ou, ainda, explorem comercialmente, jogos de azar sejam todos dela destinatários. Isso sem olvidar os responsáveis (diretos e indiretos) daqueles estabelecimentos em que se vendam armas, munições e explosivos, bebidas alcoólicas,

Parágrafo único. As crianças menores de 10 (dez) anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável.

Art. 76. As **emissoras de rádio e televisão** somente exibirão, **no horário recomendado para o público infante 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.

Art. 77. Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a **venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo** cuidarão para que não haja venda ou locação em **desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente**.

Parágrafo único. As fitas a que alude este artigo deverão exibir, no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam.

Art. 78. As **revistas e publicações** contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham **mensagens pornográficas ou obscenas** sejam protegidas com embalagem opaca.

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

Art.80. Os responsáveis por estabelecimentos que explorem **comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres** ou por **casas de jogos**, assim entendidas **as que realize apostas**, ainda que eventualmente, cuidarão para que **não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local**, afixando aviso para orientação do público”.

¹⁰⁸PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, “Direitos da Criança e do Adolescente em face da TV”. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 138.

produtos que possam causar dependência física ou psíquica, fogos de estampido e de artifício, bilhetes lotéricos e equivalentes.

A identificação dos destinatários da prevenção especial tem o fim de, ao mesmo tempo, reconhecer a quem se deve agasalhar com prioridade absoluta (destinatários diretos), como também identificar e punir os responsáveis pela omissão, desobediência ou inobservância de tal proteção (destinatários indiretos).

A identificação dos destinatários diretos e indiretos da prevenção especial revela, ainda, importância prática na medida em que legitima os primeiros a participar, como partes¹⁰⁹, na tutela dos interesses infantojuvenis, garantindo-lhes não só o reconhecimento de seus direitos como seu efetivo cumprimento e conclamando os segundos a evitar danos àqueles no exercício de suas respectivas atividades, pena de responderem perante a sociedade por sua falta.

III.3. A relevância da prevenção especial no ambiente infantil

Quer-se investigar a razão pela qual a prevenção¹¹⁰ especial ganhou destaque no direito brasileiro, mui especialmente, no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁰⁹É natural que ao se reconhecer a legitimidade de serem criança e adolescentes partes na defesa do direito à prevenção especial, não se está analisando a questão técnica processual que obriga os menores de 18 anos de idade a intervir no processo mediante representação. De fato, o artigo 70 do NCPC assevera que “*toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo*”. Ao comentar esse dispositivo, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello esclarecem que “este dispositivo se refere à **capacidade de ser parte**. Há a **capacidade civil de direito**, que corresponde à **aptidão para ter direitos** (e contrair obrigações); há a **capacidade de exercício**, que se liga à **possibilidade de praticar atos da vida civil**. Têm **capacidade de ser parte** os que têm **capacidade civil de direito**. Têm **capacidade de agir** no processo ou **capacidade processual**, os que têm **capacidade civil de exercício**. Normalmente, quando se fala em **capacidade civil**, está-se referindo à **capacidade de exercício**: neste sentido, se diz **menor incapaz**. A **capacidade** é atributo de **natureza** absolutamente **genérica**. Liga-se à aptidão para ter direitos ou para a prática de atos. Nesta medida, é diferente da **legitimidade** (art. 17 do NCPC) que é **atributo específico**, sempre ligado a certo contexto e à possibilidade de um agir específico. É-se **capaz** porque se tem mais de 18 anos (...); tem-se **legitimidade** para questionar a validade de certo contrato, pois se foi um dos contratantes (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogerio Licastro Torres de, “Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 139). (Os grifos constam do original). Nesse sentido, pode-se afirmar que a criança e o adolescente têm capacidade de direito (aptidão para contrair direitos e obrigações) e legitimidade (liame que envolve um sujeito e uma relação jurídica) para a defesa de seu direito à prevenção especial.

¹¹⁰Do latim *praeventio*, de *praevire* (dispor antes, preparar antecipadamente, precaver). Ato ou efeito de prevenir(-se). Disposição ou preparo antecipado e preventivo. Modo de ver antecipado; premeditação. Precaução, cautela. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, “Novo dicionário da língua portuguesa”. Curitiba: Editora Positivo, 4ª edição, verbete *prevenção*, p. 1629. Na linguagem jurídica, pode ter, ainda,

De fato, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências, diferentemente do Código de Menores (Lei nº 6.697, de 10-10-1979), revogado expressamente pelo artigo 267 do referido Estatuto, não se restringe, como já destacamos anteriormente, ao menor em *situação irregular*, mas tem por objetivo a *proteção integral* à criança e ao adolescente¹¹¹.

o significado de: a) aviso prévio; b) precaução; c) ato ou efeito de prevenir; d) preconceito. Prevenir, por sua vez, na linguagem comum e jurídica, pode significar: a) acautelar; b) precaver; c) antecipar; d) impedir; e) dispor com antecedência; f) avisar; g) influenciar. In DINIZ, Maria Helena, “Dicionário Jurídico”, vol. 3, São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 712, nos verbetes *prevenção* e *prevenir*. No Capítulo IV deste trabalho retoma-se a análise do significado da palavra *prevenção* em contraponto a um de seus sinônimos, *precaução*, justamente para distinguir o *princípio da prevenção* do *princípio da precaução*. Por outro lado, não se confunda o princípio da *prevenção* (geral e especial), a que alude o Estatuto da Criança e do Adolescente, com o instituto da *prevenção processual*. Nesse ambiente, a *prevenção* corresponde a um fenômeno pelo qual, dada a existência de vários juízes igualmente competentes, firma-se a competência daquele que em primeiro lugar tomar conhecimento da causa. A análise do tema, como esclarece Cássio Scarpinella Bueno, pressupõe a identidade de demandas ou, quando menos, que elas se relacionem de alguma maneira, como se dá nos casos de *conexão* e *continência*. A fixação da competência em um mesmo juízo, neste caso – o juízo preventivo – acaba, nesse sentido, desempenhando a mesma finalidade: evitar o proferimento de decisões incompatíveis em alguma medida sobre uma mesma situação de direito material. A palavra “prevenção” e as locuções “prevenção de juízo” ou “juízo preventivo” devem ser entendidas como a fixação concreta da competência de um entre outros juízos competentes em abstrato. Naqueles casos em que há *competência concorrente*, é possível verificar que um – e apenas um – dos juízos é o competente, com *exclusão* dos demais. Nos casos em que há *conexão* ou *continência* entre duas demandas pendentes, o juízo preventivo é revelado pelo exame dos arts. 106 e 219, *caput*, do CPC: o “primeiro despacho nos autos” e a citação válida, respectivamente. É clássica a (aparente) antinomia existente entre esses dois dispositivos, como salienta Cássio Scarpinella Bueno, cada qual oferecendo uma resposta diversa à indagação respeitante a qual é o juízo preventivo para processar e julgar ações conexas (e continentes). Todavia, conclui Scarpinella serem diversas as situações (ou campos de incidência) em que se aplicará cada qual daquelas regras sobre a *prevenção* do juízo. Enquanto o *caput* do art. 106 só tem aplicação quando as causas conexas correrem perante *juízos* com a mesma competência territorial, isto é, em *juízos diversos do mesmo foro*, o art. 219 terá incidência quando a *conexão* se dá entre causas que têm trâmite perante juízos de competência territorial diversa, vale dizer, que tramitam em *foros diversos* (BUENO, Cássio Scarpinella, “Curso Sistematizado de Direito Processual Civil”. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2011, Volume 2, Tomo I, p. 78). O NCPC altera, em parte, as regras sobre a *prevenção processual*, a ela se referindo no art. 59 com aplicação conjunta do art. 43. Na verdade, continua sendo útil na fixação da competência de determinado órgão jurisdicional quando há vários, em tese, competentes, para conhecer da ação e das questões a ela relacionadas (incidentes processuais, ações incidentais, ações conexas e contidas etc.). Todavia, o art. 59 é expresso ao afirmar que “o registro ou a distribuição da petição inicial torna preventivo o juízo”. Em comarcas ou localidades dotadas de vara única, em que evidentemente não haverá distribuição da ação, a competência será fixada com o registro da petição inicial; em comarcas com mais de uma vara, a distribuição da petição inicial fixará a competência de determinado órgão jurisdicional. Em uma ou em outra hipótese (registro ou distribuição da petição inicial), o juízo selecionado se tornará preventivo para conhecer da controvérsia e das demais questões a ela relacionadas (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogerio Licastro Torres de, “Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 125-126).

¹¹¹Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente ganha espaço a teoria da *proteção integral*, vale dizer, de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinados frente à família, à sociedade e ao Estado. A doutrina da *proteção integral* tem como conteúdo o dever de se garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas até 18 (dezoito) anos de idade, não se reservando a atender aspectos penais ou situações ditas irregulares. Em razão da relevância do tema para o presente estudo, retornaremos ao assunto atribuindo-lhe maior destaque.

Realmente, como bem adverte Paulo Afonso Garrido de Paula¹¹², o Direito da Criança e do Adolescente tem como objeto formal todas as relações jurídicas¹¹³ das quais participem crianças e adolescentes.

Tais relações são disciplinadas em razão da pretensão política de proteger juridicamente criança e adolescente, destacando-se vários deveres impostos à família, à sociedade e ao Estado. Dentre estes está, justamente, o de *prevenir* a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (*prevenção geral*), bem como os de regular 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 (*prevenção especial*).

Assim, continua Garrido de Paula¹¹⁴, “proteção integral constitui-se em expressão designativa de um sistema¹¹⁵ onde crianças e adolescentes figuram como

¹¹²GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 22-26.

¹¹³No presente estudo, parte-se do pressuposto de que as relações jurídicas são relações, sendo um termo necessário de uma relação jurídica o sujeito-de-direito. Como pondera VILANOVA, Lourival, in “Causalidade e Relação no Direito”, 4ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 121, “uma coisa física não pode ser portadora de direitos, de pretensões, de ações, pois, no final, tais *qualificações* somente podem incidir sobre condutas (ações/omissões), que procedem do homem. E do homem não como ser biopsíquico, mas como suporte factual (biopsíquico), sobre o qual incidiu norma positiva que o elevou ao nível do *fato jurídico básico*, que é o ser sujeito-de-direito. Mas, como o vira Ferrara – o autor está se referindo a Francesco Ferrara em sua obra “*Tratatto di diritto civile italiano*”, o outro termo da relação é também pessoal: é outro sujeito-de-direito. A relação jurídica, em sentido estrito, é interpessoal. Direitos, faculdades, autorizações, poderes, pretensões, que se conferem a um sujeito-de-direito estão em *relação necessária* com condutas de outros sujeitos-de-direito, portadores de posições que se colocam reciprocamente às posições do primeiro sujeito-de-direito, condutas qualificadas como deveres jurídicos em sentido amplo. Para se marcar tais posições, reciprocamente contrapostas, denominam-se sujeito-de-direito ativo e sujeito-de-direito passivo”. Logo, pode-se inferir que, no âmbito da infância e juventude, as crianças e os adolescentes são sujeitos-de-direito ativo, sendo a família, a sociedade e o Estado sujeitos-de-direito passivo. Assim como se dá nas relações jurídicas reais em que o sujeito passivo é indeterminado, nas relações derivadas do Direito da Criança e do Adolescente, também existe um sujeito passivo universal, já que é dever da sociedade buscar a proteção integral à criança e ao adolescente.

¹¹⁴GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 22-26.

¹¹⁵O que é um *sistema* ? O Estatuto da Criança e do Adolescente corresponde a um *sistema* de proteção às crianças e aos adolescentes ? Em primeiro lugar, é preciso responder a primeira indagação. Como adverte Paulo de Barros Carvalho, não se pode negar a condição de sistema a um estrato de linguagem tal como se apresenta o direito positivo. Qualquer que seja o tecido de linguagem de que tratamos, terá ele, necessariamente, aquele mínimo de racionalidade inerente às entidades lógicas, de que o ser sistema é uma das formas. Pouco importa, aqui, se o teor da mensagem é prescritivo, interrogativo, exclamativo ou meramente descritivo. A verdade é que o material bruto dos comandos legislados, mesmo antes de receber o tratamento hermenêutico do cientista dogmático, já se afirma como expressão linguística de um ato de fala, inserido no contexto comunicacional que se instaura entre enunciador e enunciatário. E o asserto se confirma quando pensamos que o trabalho sistematizado que a doutrina elabora, em nível de sobrelinguagem, pode, perfeitamente, ser objeto de sucessivas construções hermenêuticas porque a compreensão é inesgotável. Ali onde houver um texto, haverá sempre a possibilidade de interpretá-lo, de reorganizá-lo, de repensá-lo, dando origem a novos textos de nível linguístico superior. Sistema é o discurso da Ciência do Direito, mas sistema também é o domínio finito, mas indeterminável, do direito positivo. Assim sendo, as normas jurídicas formam um sistema, na medida em que se relacionam de

titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”. O que se pretende, em essência, é buscar o resguardo às condições para a felicidade atual e futura dos sujeitos de direito ativos agasalhados por este sistema, a quem se deve zelar com prioridade absoluta, em um Estado Democrático de Direito.

E por que razão e sob que fundamento haverão de ser protegidas as crianças? Qual a importância da prevenção especial?

Essas indagações serão respondidas na ordem em que se apresentaram.

Em primeiro lugar, as crianças merecem proteção integral porque o cuidado a elas destinado é reflexo da política de um povo em relação a este grupo social. A lei impõe à família, à sociedade e ao Estado, considerando o *valor*¹¹⁶ da criança em determinado momento histórico-cultural. Quando a normativa internacional¹¹⁷ e o Estatuto da Criança e do Adolescente referem-se à proteção integral estão indicando um conjunto de normas jurídicas concebidas como direitos e garantias frente ao mundo adulto, colocando os pequenos como sujeitos ativos de situações jurídicas. Moral e valores sociais são apenas os elementos informadores ou determinantes da lei.

É inegável haver a sociedade brasileira refletido, eficaz e proeminentemente, em especial por ocasião da Constituinte, sobre aspectos relacionados ao Direito da

várias maneiras, segundo um princípio unificador. Trata-se do direito posto que aparece no mundo integrado numa camada de linguagem prescritiva. Produto do homem para disciplinar a convivência social, o direito pertence à região ôntica dos objetos culturais, dirigindo-se, finalisticamente, ao campo material das condutas intersubjetivas. O sistema do direito oferece uma particularidade digna de registro: suas normas estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação que se opera tanto no aspecto material quanto no formal ou processual, o que lhe imprime possibilidade dinâmica, regulando, ele próprio, sua criação e suas transformações. Examinando o sistema de baixo para cima, cada unidade normativa se encontra fundada, material e formalmente, em normas superiores. Invertendo-se o prisma de observação, verifica-se que das regras superiores derivam, material e formalmente, regras de menor hierarquia. (CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário Linguagem e Método”, 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2009, p. 214). Retomando a segunda indagação, portanto, não se olvide constituir o Estatuto da Criança e do Adolescente um microssistema legislativo autônomo.

¹¹⁶O assunto será retomado com maior propriedade ao discorrer sobre a prevenção especial. De início, porém, reproduz-se o que sobre o assunto falou Johannes Hessen: o conceito de “valor” não pode rigorosamente definir-se. Pertence ao número daqueles conceitos supremos, como os de “ser”, “existência”, etc., que não admitem definição. Tudo o que pode fazer-se a respeito deles é simplesmente tentar uma clarificação ou *mostração* do seu conteúdo. (HESSEN, Johannes, “Filosofia dos Valores”. Coimbra: Almedina, 2001, p. 37).

¹¹⁷Expressão designativa do conjunto dos documentos internacionais (convenções, tratados etc.) relacionados à criança e ao adolescente.

Criança e do Adolescente, consagrando a “doutrina da proteção integral” em seu artigo 227¹¹⁸.

Relata Martha de Toledo Machado¹¹⁹ que na época da elaboração da Constituição de 1988, houve uma expressiva mobilização popular em defesa dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, composta por profissionais ligados diretamente ao atendimento deles, como psicólogos, médicos, assistentes sociais, advogados, promotores de justiça, juízes de direito, e suas associações profissionais, e também por organismos da sociedade civil organizada ligados à defesa de crianças e adolescentes e à defesa dos Direitos Humanos. Dita mobilização desaguou numa Frente Parlamentar suprapartidária em prol desses interesses, composta por membros de todas as agremiações políticas representadas na Assembleia. Foi entregue aos constituintes um manifesto em favor da atual redação do artigo 227 da CF, contendo cerca de cinco milhões de assinaturas.

Ora, a essa altura, pode-se “concluir” que a sociedade clamou pela proteção integral às crianças e aos adolescentes certamente embasada em *valores morais e sociais* fundamentais, como os que acenam, por exemplo, à necessária preservação e luta pela dignidade, pelo respeito e insofismável cuidado a seres em processo de desenvolvimento, flagrantemente vulneráveis, frágeis e dependentes, sem olvidar que, para garantir-lhes uma vida digna e respeitosa, é crucial promover-lhes acesso à educação, à saúde, ao lazer e à cultura. Os valores aos quais se faz referência, ínsitos no ser humano, funcionaram como a mola propulsora, a base, a essência dos enunciados prescritivos garantidores não apenas da proteção integral, como, também, da prevenção geral e da especial em prol de crianças e adolescentes. De fato, os valores impulsionaram, movimentaram a criação das normas, muito embora não estejam na lei propriamente dita, mas no ser humano. É este que seleciona os valores que julga imprescindíveis, impregnando-os nas normas gerais e abstratas (como procede o Legislativo) e nas individuais e concretas (como faz o Judiciário e a própria sociedade em geral). Eis a razão e o fundamento pelos quais são protegidos integralmente crianças e adolescentes.

¹¹⁸Inserido no Título VIII – “Da Ordem Social”, Capítulo VII – “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, acima transcrito.

¹¹⁹MACHADO, Martha de Toledo, “A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos”. São Paulo: Editora Manole, 2003, p. 26

Assim ensina Paulo de Barros Carvalho¹²⁰, ao asseverar que

(...) o dado valorativo está presente em toda configuração do jurídico, desde seus aspectos formais (lógicos), como nos planos semântico e pragmático. Em outras palavras, ali onde houver direito, haverá, certamente, o elemento axiológico (...). Vê-se que o valor está na raiz mesma do dever-ser, isto é, na sua configuração lógico-formal.

Apoiados em Miguel Reale¹²¹ e ouvidas suas lições, ao tomar a palavra direito e desdobrar as camadas de seu conteúdo, verifica-se que ela se apresenta dentro de três acepções fundamentais, que assinalam três facetas de uma única realidade indecomponível.

A primeira acepção da palavra direito prende-se aos primórdios da cultura e representa, na realidade, o significado primordial; é o direito significando o “justo”. Quando se nos depara uma injustiça, quando nos revolta o abuso da força, quando se vê o fraco espezinhado pelo forte, grita-se logo: “não é direito!”. É o significado do direito como “justo”, como um ideal que sobrepaira às contingências de espaço e tempo.

Mas, *o direito é uma experiência vital*; é a soma de atos que as gerações vão vivendo, umas após outras, dominadas, todas, pelo ideal que se chama de justo. Pois bem, a esta experiência histórica, que se concretiza no tempo, ao fato social que progride ou regride assumindo fisionomias e aspectos diversos, variando de lugar para lugar, de tempo para tempo, e exprimindo-se em sistemas de normas positivas, também dá-se o nome de *direito*.

Veja bem: em primeiro lugar, o direito é percebido como justo, ou seja, como um sistema de valores subordinado *ao valor de Justiça, valor que consiste em servir aos demais valores na coexistência social*, pois é próprio do direito criar as

¹²⁰CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”. São Paulo: Editora Noeses, 3ª edição, 2009, pp. 174-5.

¹²¹A pirâmide jurídica é composta por três faces: Fato, Valor e Norma. A teoria tridimensional do Direito cunhada por Miguel Reale vislumbra no plano transcendental ou filosófico o Direito como Valor (Deontologia Jurídica), como Fato (Culturologia Jurídica) e como Norma (Epistemologia Jurídica) e, no plano empírico ou científico-positivo, como Valor (Política do Direito), como Fato (História do Direito, Etnografia Jurídica e Sociologia Jurídica) e como Norma (Jurisprudência ou Ciência do Direito). (REALE, Miguel, “Horizontes do Direito e da História”, 3ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 1999/2010, pp. 286-7).

condições indispensáveis para que indivíduos e grupos possam realizar plenamente suas aspirações ou tendências no sentido do bem, do útil, do verdadeiro ou do santo.

Em segundo lugar, tem-se o direito como forma mais concreta, como *fato social*, como “a objetivação do justo no tempo”, o que equivale a ver o direito positivo como uma realidade posta pelo espírito, uma objetivação do espírito no sentido intencional do valor do justo.

Mas, não se pára aí. O homem não faz apenas regras de conduta, tampouco se limita a obedecê-las ou a desrespeitá-las. Em certo momento da evolução cultural, surge a necessidade de se estudar a experiência jurídica, de examinar o mundo complexo das regras, buscando-se entre elas uma constante, a razão de sua unidade, os laços de subordinação recíproca, os motivos de sua composição em um todo lógico coerente.

Tal fenômeno de compreensão unitária, de sistemática da realidade histórico-social, verifica-se quando surge a ciência do direito¹²².

Tem-se, assim, a terceira acepção da palavra direito: *o direito como ciência de normas*, ou seja, como compreensão racional, unitária e lógica, do fato social ao qual também se denomina direito, e que os romanos chamam *jurisprudência*, expressão feliz que devia ter sido conservada em seu sentido pleno. *Jurisprudência e ciência do direito* são termos que traduzem a compreensão *normativa* da experiência jurídica, ou seja, o direito como sistema de normas bilateral-atributivas disciplinadoras da conduta humana segundo valores de convivência¹²³.

De se notar, portanto, que o “o direito é valor”, não integralmente valor, mas é inafastável sua dimensão axiológica. E mais, além de ser valor, o direito, como

¹²²Entende Maria Helena Diniz que, na acepção vulgar, “ciência” indica conhecimento, por razões etimológicas, já que deriva da palavra latina *scientia*, oriunda de *scire*, ou seja, saber. Mas, no sentido filosófico, só merece tal denominação, aquele complexo de conhecimentos certos, ordenados e conexos entre si. A ciência é, portanto, constituída de um conjunto de enunciados que tem por escopo a transmissão adequada de informações verídicas sobre o que existe, existiu ou existirá. Tais enunciados são constatações. Logo, o conhecimento científico é aquele que procura dar às suas constatações um caráter estritamente descritivo, genérico, comprovado e sistematizado. Constitui um corpo sistemático de enunciados verdadeiros. Como não se limita apenas a constatar o que existiu e o que existe, mas também o que existirá, o conhecimento científico possui um manifesto sentido operacional, constituindo um sistema de previsões prováveis e seguras, bem como de reprodução e inferência nos fenômenos que descreve. A introdução à Ciência do Direito, nas palavras de Diniz, não é uma ciência, mas uma enciclopédia, visto que contém conhecimentos científicos (DINIZ, Maria Helena, “Compêndio de Introdução à Ciência do Direito”. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 1989, pp. 05-15).

¹²³REALE, Miguel, “Horizontes do Direito e da História”, 3ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 1999/2010, pp. 283-6.

objeto cultural, existe para concretizar valores, de modo que não há como o jurista fugir ao dado axiológico. Como afirma Paulo de Barros Carvalho¹²⁴ “não há objeto cultural sem valor”.

Destarte, em seu trabalho sobre a prova no direito tributário, Fabiana Del Padre Tomé¹²⁵, assevera que toda conduta é axiológica. É, efetivamente, toda força que, partida do homem, é capaz de gerar no homem a preferência por algo. Por essa singela referência já se percebe que o valor não está nas coisas, não é objeto de preferência ou escolha. Ao contrário, o valor está no ser humano, no sujeito cognoscente. O valor está no homem e é ser-geratriz: gera a preferência¹²⁶, propicia a escolha, ditando a conduta a ser tomada.

Tais considerações sustentam a eleição da prevenção geral e da especial como ferramentas de proteção integral à criança e ao adolescente atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de impedir, de acautelar, de preservar seus direitos e garantias.

Sua importância pode ser percebida principalmente desde que alçada ao *status* principiológico¹²⁷, convertendo-se, como se defende neste trabalho, em verdadeira norma jurídica de posição privilegiada de valor expressivo.

¹²⁴Comentários realizados por Paulo de Barros Carvalho, em aula por ele ministrada, no dia 12 de junho de 2013, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

¹²⁵TOMÉ, Fabiana Del Padre, “A Prova no Direito Tributário”, 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2011/2012, pp. 279-80.

¹²⁶Miguel Reale, em aprofundado estudo sobre os valores, seguindo a linha de Johannes Hassen, apontou como traços inerentes aos valores, a (i) *bipolaridade*; (ii) *implicação recíproca*; (iii) *referibilidade*, (iv) *preferibilidade*, (v) *incomensurabilidade*, (vi) *graduação hierárquica*, (vii) *objetividade*, (viii) *historicidade* e (ix) *inexauribilidade*. Paulo de Barros Carvalho acrescenta a esse rol, ainda, a (i) *atributividade*, (ii) *indefinibilidade*, (iii) *solidariedade*, (iv) *vocação para expressar-se normativamente* e (v) *intuição sensível (emocional)* características que enaltecem o ato de valoração, indicando a relação entre o agente do conhecimento e o objeto, de modo que o sujeito não se comporta com indiferença, atribuindo ao objeto qualidades positivas ou negativas. As referências à lição de Miguel Reale estão *in* CARVALHO, Aurora Tomazini de, “Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico”. São Paulo: Editora Noeses, 3ª edição, 2013., pp. 271-2; aquelas da lavra de Paulo de Barros Carvalho são fruto de anotações feitas em aula ministrada por ele, na PUC/SP, em 12 de junho de 2013, alusivas à disciplina “Ordenamento Jurídico e Sistema”, cursada como exigência para a obtenção do título de Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela mesma universidade.

¹²⁷Afirma Paulo de Barros Carvalho que os princípios são enunciados aos quais atribuímos um valor maior que irradiam todo o sistema. Ao interpretar a norma – que em si mesma está povoada de atos de valoração - atribuímos-lhe sentido, significações especiais que expressam uma preferência, e, portanto, novamente sopesaremos valores. Fazendo alusão a Tércio Sampaio Ferraz Jr., lembra Paulo de Barros que para aquele jusfilósofo, ao valorar revelamos preferências por núcleos de significação que expressam a preferibilidade por certos conteúdos de expectativas. Quer isto significar, por outros torneios, que “princípio” é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do ordenamento. Essas observações foram feitas em aula ministrada por Paulo de Barros Carvalho na PUC/SP, em 12 de junho de 2013, alusivas à disciplina “Ordenamento

Não se esqueça, por outro lado, que a temática da prevenção especial relaciona-se umbelicalmente às relações consumeristas, justamente porque a máquina do entretenimento (principalmente a do entretenimento barato e acessível) costuma progredir em momentos de crise.

É inegável que alguns fatores impulsionaram o aumento do consumo de bens, produtos e serviços pelo público infantojuvenil, como também é fato ter havido uma maior disseminação e incremento à comercialização de bens destinados a esse mesmo público.

Listem-se alguns desses fatores, a saber: (i) o crescimento da renda familiar brasileira¹²⁸; (ii) o avanço tecnológico e a multiplicidade de mídias; (iii) o livre acesso a diversos bens de consumo e (iv) a facilitação do crédito.

Se, por um lado, o poder de consumo infantil e em favor deles anima vários setores da economia, por outro, é extremamente preocupante.

Não se olvide que o núcleo populacional mais atingido pela massificação de informações e pelo apelo ao consumo desenfreado é justamente o formado por pessoas de 0 (zero) a 18 (dezoito) anos de idade, mais frágeis ao encaminhamento de uma postura consumerista nociva.

O público infantil, por sua vez – formado por pessoas entre 0 (zero) e 12 (doze) anos de idade – é ainda mais sensível.

Em artigo publicado na Revista Eletrônica Zero-a-seis, editada pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas de Educação na Pequena Infância do Centro de Ciências da Educação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Ana Augusta Ferreira de

Jurídico e Sistema”, cursada como exigência para a obtenção do título de Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela mesma universidade.

¹²⁸Depois da explosão do consumo pela classe C, também as classe D e E passaram a comprar mais o que chamou a atenção das indústrias e varejistas. Segundo uma pesquisa encomendada pela Associação Paulista de Supermercados (Apas) à Nielsen e à Kantar Worldpanel, o consumo das classe D e E cresceu 16% em 2010, em valores, enquanto o aumento do consumo das classe C e AB manteve-se em 13%. “Nos últimos cinco anos, as classes mais baixas aumentaram significativamente o poder de compra. No Brasil, 2,2 milhões de domicílios avançaram para a classe média. Em 2005, a classe C representava 33% dos consumidores; em 2010, esse número subiu para 38%”, informou a APAS, em um comunicado à imprensa. Matéria veiculada pelo “Correio do Estado” extraído do site <http://www.correiodoestado.com.br>, de 09/05/2011, às 20:20h. Nos anos seguintes (entre 2011 e 2013) este nível social continuou em alta, a despeito da forte crise econômica que assola o país desde o fim de 2014. Mas, apesar disso, o entretenimento televisivo, radiofônico, além das publicações mais acessíveis às referidas classes sociais costuma prosperar em situações econômicas desvantajosas, quando as famílias e as crianças permanecem mais tempo em seus lares.

Freitas e Lygia Pessoa Mineiro Apolônio¹²⁹ avaliam que o estímulo ao consumo infantil é consequência natural dos avanços tecnológicos nos meios de comunicação em massa e o acesso rápido e fácil a informações na mídia.

Nesta perspectiva de mercado, as empresas vêm “brigando” para fazer valer seus direitos entre as crianças. O público infantil, que antes era, principalmente, alvo de empresas específicas de brinquedos e atividades de entretenimento, hoje é um segmento visado pelo marketing de outros âmbitos profissionais (as autoras estudam essencialmente os serviços estéticos oferecidos em salões de beleza). As crianças são vistas como consumidoras, exercem o papel de consumidoras¹³⁰, e por isto são uma parcela importante do marketshare das organizações.

Para além desta constatação, o consumismo entre crianças é apresentado como uma macrotendência social e uma preocupação entre os pesquisadores da área. Tal preocupação é ainda mais evidente, à medida que há tempos se reconhece que as experiências absorvidas na primeira idade, entre elas aquelas ligadas ao comportamento de consumo, repercutem ao longo da vida¹³¹.

Mas, afinal, é possível afirmar que a criança é consumidora quando se sabe ser ela incapaz para a prática dos atos da vida civil (CC, artigo 3º, inciso I¹³²) ?

¹²⁹FREITAS, Ana Augusta Ferreira de; APOLÔNIO, Lygia Pessoa Mineiro, “Nascidos para comprar: notas sobre o consumismo infantil”, Florianópolis:Revista Eletrônica Zero-a-seis, v. 17, n. 32, pp. 210-223, editada pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas de Educação na Pequena Infância do Centro de Ciências da Educação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), acessível pelo site <https://periodicos.ufsc.br/index.php/zeroseis/article/view/38580/30234>, visitado em 28-02-16, às 10:07h.

¹³⁰Dispõe o art. 2º da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

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

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

¹³¹BREI, GARCIA e STREHLAU analisaram a influência das ações de marketing que se valem de apelos eróticos ou sensuais para estimular a compra, quando o público-alvo são crianças do sexo feminino. Na ocasião identificaram uma diversidade de estímulos pelo lado da oferta, e as reações produzidas na demanda *in* BREI, Vinícius Andrade; GARCIA, Luciana Burnett; STREHLAU, Suzane, “A Influência do Marketing na Erotização Precoce Infantil Feminina. Teoria e Prática em Administração”, v. 1, n. 1, p. 97-116, 2011, *Apud* FREITAS, Ana Augusta Ferreira de; APOLÔNIO, Lygia Pessoa Mineiro, “Nascidos para comprar: notas sobre o consumismo infantil”, artigo publicado na Revista Eletrônica Zero-a-seis, v. 17, n. 32 p. 210-223. Bem se vê que as conclusões dos referidos autores reforça o conteúdo da pesquisa apresentada no item anterior realizada pela TNS Global market research company e que foi reproduzida pelo site “Criança e Consumo” (<http://criancaeconsumo.org.br/consumismo-infantil/>).

¹³²“Art. 3º – São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesseis) anos;”

Por outro lado, anote-se a prescrição contida no parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 2º. (...)

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

No magistério de José Geraldo Brito Filomeno¹³³,

(...) o conceito de consumidor adotado pelo Código de Defesa do Consumidor foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

Assim, procurou-se abstrair de tal conceituação componentes de natureza sociológica – “consumidor” é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social” – ou então psicológica – aqui se encarando o “consumidor” como o indivíduo sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo.

Igualmente, procurou-se abstrair considerações de ordem literária e até filosófica, embora relevantes para efeitos da análise da publicidade, consoante o magistério de Guido Alpa¹³⁴.

Apesar de tomarem o sentido econômico de “consumidor”, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior¹³⁵ alcançam conclusão diversa para conceituarem o sentido jurídico do termo. Para eles “o conceito jurídico de consumidor é mais abrangente do que o conceito econômico de consumidor”. Afirmam que “todo aquele que se faz destinatário da produção de bens ou de serviços, seja ele adquirente, ou não, e seja ele produtor de outros bens, ou não, é considerado consumidor em sentido econômico”.

Fazendo um rápido cotejo entre os comentários dos autores citados e o texto da lei, observa-se que será consumidor a pessoa física ou jurídica que, por si, contrate, adquirindo bens ou serviços para uso ou consumo próprio, como destinatário final, ou, ainda, aquele que venha a adquirir bem ou serviço para uso alheio.

¹³³GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, NERY JÚNIOR, Nelson e DENARI, Zelmo, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado”, volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª. Edição, 2011, p. 23.

¹³⁴ALPA, Guido, “Tutela del consumatore e controlli sull’impresa”, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1977, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, NERY JÚNIOR, Nelson e DENARI, Zelmo, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado”, volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª. Edição, 2011, p. 23, nota 9.

¹³⁵NERY, Rosa Maria de Andrade e NERY JÚNIOR, Nelson, “Instituições de Direito Civil”, Vol. I, Tomo II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 163.

Assim, não se pode excluir do contexto consumerista aquele que adquire bens ou serviços por interposta pessoa, como se dá, por exemplo, com aquela que recebe um presente, ou, ainda, com a que toma o produto ou serviço por meio de mandatário ou gestor de negócios.

Tanto assim que, mais adiante, em suas explanações, Filomeno¹³⁶ esclarece entender por “consumidor” qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.

Fez-se, propositadamente, essa digressão para poder justificar e admitir que as crianças (e o adolescente) serão consumidores efetivos, ainda quando não tenham diretamente participado na aquisição ou contratação de bens ou serviços, que se destinem às suas próprias necessidades, enquanto pessoas físicas, individual ou coletivamente consideradas.

Essa também é, aliás, a posição adotada por nossos tribunais, ao aplicar as disposições do Código de Defesa do Consumidor na tutela dos direitos da criança e do adolescente consumidores¹³⁷.

Admitindo, pois, sejam as crianças efetivamente consumidoras¹³⁸ (ou consumidoras por equiparação¹³⁹), que características lhes sobressaem a justificar, para elas, uma proteção integral e a inafastável prevenção especial ?

¹³⁶GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, NERY JÚNIOR, Nelson e DENARI, Zelmo, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado”, volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª. Edição, 2011, p. 26.

¹³⁷INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Preliminares – Embargos declaratórios julgados em primeiro grau – Apelo prematuro que não se afigura intempestivo – Precedentes – Preliminares rejeitadas – Acidente em loja de brinquedos localizada em Shopping Center – Criança de 3 anos de idade que se acidentou em um brinquedo e veio a fraturar o fêmur – Responsabilidade pelo fato do produto – Dano e nexos de causalidade vislumbrados – Responsabilidade objetiva – Excludentes de responsabilidade não demonstradas – Defeito na prestação do serviço – Equipamento que não continha medidas preventivas de segurança nem tampouco supervisão – Desatenção do genitor do autor que não foi a causa exclusiva do fato – Sofrimento do consumidor evidenciado – Duas intervenções cirúrgicas efetuadas – Não mero transtorno da vida cotidiana – Dano moral configurado – Valor da indenização arbitrado em R\$ 10.000,00 – Recurso do autor provido em parte, prejudicado o do correu. (TJ/SP, 4ª. Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0002453-04.2010.8.26.0006, SP, Des. Rel. Milton Carvalho, Apelante/Apelado P.H.M.R. e outro e HDI Seguros S/A e Magic Games Empreendimentos Comerciais Ltda. e Shopping Metrô Itaquera, j. 19-07-12).

¹³⁸Apesar de não terem capacidade civil para a prática ou exercício dos atos da vida civil, parte da doutrina civilista reconhece, no exame da teoria dos fatos jurídicos, na qual se destacam os atos jurídicos, sobressair-se o assim denominado ato-fato jurídico. O ato-fato jurídico, nessa classificação, é um fato jurídico qualificado pela atuação humana. Nesse caso, é irrelevante para o direito se a pessoa teve ou não a intenção e o completo discernimento para praticá-lo. O que se leva em conta é o efeito resultante do ato que pode ter repercussão jurídica, inclusive ocasionando prejuízos a terceiros. Nesse sentido, costuma-se chamar à exemplificação os atos praticados por uma criança, na compra e venda de pequenos efeitos. Não

Poder-se-ia dizer que a pouca experiência (imaturidade), a impulsividade (que jaz na natural curiosidade infantil) e o encantamento (conduzido pelo desejo e pela ânsia da novidade) são apenas alguns dos ingredientes a justificar proteção (integral) e prevenção (especial).

Tecnicamente, dir-se-á haver uma presunção de que a criança consumidora é vulnerável e hipossuficiente.

Examinem-se cada qual dessas adjetivações, isoladamente, para, ao depois, conjugá-las.

se nega, porém, que há um sentido de negócio jurídico ao infante que compra confeitos em um botequim. (Nesse sentido, VENOSA, Silvio de Salvo, “Direito Civil – Parte Geral”, 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010, pp. 324-325). Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior não reconhecem essa categorização “ato-fato jurídico”. Entretanto, não deixam de comentar haver expressões humanas exteriorizadas por pessoas com debilidade de atuar, ou no atuar, que merecem a atenção da doutrina, como por exemplo, movimentos que derivam do inconsciente (de sonâmbulos, por exemplo), ou de conduta de crianças a quem não se pode imputar algo. Tais ocorrências, segundo eles, devem ser tidas como “fatos”, com consequências jurídicas extraídas dessas contingências especiais, em que o fenômeno – embora fruto da energia humana – não se manifesta como ato. (NERY, Rosa Maria de Andrade e NERY JÚNIOR, Nelson, “Instituições de Direito Civil”, Vol. I, Tomo II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 152).

¹³⁹O art. 17 do Código de Defesa do Consumidor assim prescreve:

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

Discorrendo sobre tal dispositivo legal, Zelmo Denari assevera que, “com bastante frequência, os danos causados por vícios de qualidade dos bens ou dos serviços não afetam somente o consumidor, mas terceiros, estranhos à relação jurídica de consumo”. A partir de tal reconhecimento criou-se a figura do consumidor por equiparação, vale dizer, aquele que sem ter participado diretamente da relação consumerista acaba por ser por ela afetado (é vítima de um acidente de consumo ou está exposto às práticas comerciais e contratos no mercado de consumo). Entre os exemplos mais sugestivos, destaca Denari, estão os de “acidentes de trânsito, uso de agrotóxicos ou fertilizantes, com a consequente contaminação dos rios, ou da construção civil, quando há comprometimento dos prédios vizinhos”. Em todos esses casos, conclui o autor, “o Código assegura ressarcimento dos danos causados a terceiros que, para todos os efeitos legais, se equiparam aos consumidores” (GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, NERY JÚNIOR, Nelson e DENARI, Zelmo, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado”, volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª. Edição, 2011, p. 216). Partindo dessa premissa, acredita-se que a criança possa figurar como consumidora por equiparação nas hipóteses em que a ela se destinam bens ou serviços sem que tenha sido ela mesma a obtê-los. Exemplifica-se: a criança exposta a programas televisivos veiculados por canais fechados inadequados à sua faixa etária, aos quais tem acesso com o consentimento dos pais ou, simplesmente, diante da falta de controle destes; ou a criança incentivada ao uso de bebidas alcoólicas ou drogas psicotrópicas ao acompanhar os pais ou amigos a festas, shows ou espetáculos; ou, ainda, a criança que não encontra obstáculo para adentrar em salas de espetáculos ou de veiculação de filmes cujas imagens e mensagens tenham forte conteúdo pornográfico e violento. Nestas e em tantas outras hipóteses acredita-se, realmente, seja a criança consumidora por equiparação, ou seja, muito embora não tenha participado diretamente da relação de consumo, acaba sofrendo consequências danosas, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, elevado a potência se considerarmos que a criança é ser em estado de desenvolvimento e a quem se deve primar pela proteção integral.

Entende-se por vulnerável a qualidade daquele que pode ser ferido, ofendido¹⁴⁰. Costuma-se associar à vulnerabilidade, a fragilidade que se vê naquelas pessoas mais suscetíveis à manipulações fundadas, ora em parcos conhecimentos¹⁴¹, ora em predisposição emocional momentânea¹⁴².

¹⁴⁰HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles e MELLO FRANCO, Francisco Manoel de, “Míni Houaiss, Dicionário da Língua Portuguesa”. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2003, no verbete vulnerável, p. 541.

¹⁴¹Derivado do verbo latino *cognoscere* (conhecer pelos sentidos, ver, ter conhecimento de, ter informação, saber, julgar), exprime o vocábulo, na linguagem jurídica, notadamente, a ciência, a certeza, a idéia, a informação ou a notícia a respeito de um fato ou de uma coisa. Desse modo, fundamentalmente, conhecimento é expressão que indica o ato pelo qual está a pessoa bem ciente ou bem sabedora do fato, ato ou circunstância ocorrida, seja ou não de seu interesse. Está, assim, bem capacitada da existência daquilo, que ocorreu ou que se executou. Tem nítida compreensão dele. (SILVA, De Plácido e, “Vocabulário Jurídico”, vol. I. Rio de Janeiro, Editora Forense, 4ª edição, 1975, p. 402). Em “O Direito Quântico”, Goffredo Telles Jr. preconiza: “o conhecimento é a tradução cerebral da realidade”. (TELLES JR., Goffredo da Silva, “O Direito Quântico – Ensaio sobre o Fundamento da Ordem Jurídica”, São Paulo: Editora Max Limonad, 5ª edição, 1980, p. 271). Na lição de Aurora Tomazini de Carvalho caracteriza-se o conhecimento (na sua redução mais simples), como a forma da consciência humana por meio da qual o homem atribui significado ao mundo (isto é, o representa intelectualmente). Neste sentido, conhecer algo é ter consciência sobre este algo, de modo que, se perde a consciência o ser humano nada mais conhece. (CARVALHO, Aurora Tomazini de, “Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico”. São Paulo: Editora Noeses, 3ª edição, 2013, p. 6). Mas se para conhecer é preciso ter consciência do que representa e significa o objeto do conhecimento, então pergunta-se o que é a consciência? A mesma Aurora Tomazini afirma que a consciência, função pela qual o homem trava contato com suas vivências interiores e exteriores, é sempre de algo, o que caracteriza sua direcionalidade. A apreensão deste algo se faz mediante certa forma, que é produzida por determinado ato. Nestes termos, seguindo os ensinamentos de Edmund Husserl diferenciam-se: (i) o ato de consciência (ex: perceber, lembrar, imaginar, sonhar, pensar, refletir, almejar, etc.); (ii) o resultado deste ato, que é a forma (percepção, lembrança, imaginação, sonho, pensamento, reflexão, etc.); e (iii) seu conteúdo, que é o objeto captado pela consciência e articulável em nosso intelecto (o percebido, o lembrado, o imaginado, o sonhado, o pensado, o refletido, etc.). (CARVALHO, Aurora Tomazini de, “Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico”. São Paulo: Editora Noeses, 3ª edição, 2013, p. 7). O conhecimento é também um indutor ou um redutor de sensações. Explica-se: se uma criança conhece (sabe) que pode levar um choque ao colocar o dedo em uma tomada por onde circula energia e se teme receber o choque, não colocará o dedo na tomada de energia. Todavia, se ignora esse fato (nada sabe), nada temerá e, provavelmente, movida pela curiosidade, ficará vulnerável ao choque. Essa reflexão sobre o conhecimento de uma criança encontra respaldo no que esclarece Paulo de Barros Carvalho: “todo o conhecimento é redutor de dificuldades podendo ocorrer mediante qualquer das modalidades formais de consciência: a percepção, a sensação, a lembrança, as emoções, a imaginação, a vontade, o pensamento (ideias, juízos, raciocínios, sistemas), o sonhar, o alimentar esperanças, etc.”. (CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”. São Paulo: Editora Noeses, 3ª edição, 2009, p. 8). O mesmo exemplo, ainda, permite conjugar de igual entendimento esposado na obra de Aurora Tomazini de Carvalho, vale dizer, que todo conhecimento, considerando-se o termo em acepção estrita, nasce da intuição. Antes mesmo de sermos capazes de identificar certos objetos por meio das ideias, os intuímos, ou seja, temos uma sensação direcionada, mas incerta de sua existência e é esta sensação que dirige todos os outros atos da consciência humana voltados à formação e justificação das proposições. (CARVALHO, Aurora Tomazini de, “Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico”. São Paulo: Editora Noeses, 3ª edição, 2013, p. 9). Mas a intuição (percepção) não é suficiente para conhecer. De fato, o conhecimento atinge sua plenitude quando aquele conteúdo se torna alvo de modalidades de pensamento (juízo), submetendo-se, imediatamente, aos critérios de confirmação ou infirmação, atributos de enunciados linguísticos (CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”. São Paulo: Editora Noeses, 3ª edição, 2009, pp. 12 e 13). A linguagem, assim, também figura como pressuposto do conhecimento, ou, como esclarece Aurora Tomazini, como instrumento para fixação do conhecimento e comunicação. (CARVALHO, Aurora Tomazini de, “Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico”. São Paulo: Editora Noeses, 3ª edição, 2013, p. 13). A Filosofia da Linguagem – “giro linguístico” – expressão

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direito, desequilibrando a relação¹⁴⁴. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a 'explicação' destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para a sua boa aplicação, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.

Em outra passagem, Lima Marques¹⁴⁵ adverte existirem quatro modelos de vulnerabilidade do consumidor, a saber:

- a) técnica: o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, tanto no que diz respeito às características do produto, quanto no que diz respeito à utilidade do produto ou serviço, e, portanto, é mais facilmente enganado;

que parece ter sido cunhada pelo filósofo Gustav Bergmann permite que seja abandonada a ideia de que o ato de conhecer constituía-se da relação entre sujeito e objeto e que a linguagem servia como instrumento, cuja função era expressar a ordem objetiva das coisas, para assumir o *status* de um léxico capaz de criar tanto o eu como a realidade. A linguagem e o mundo são coextensivos, os limites de um são exatamente os limites do outro. Ou, dito de outro modo: meu mundo é minha linguagem. (SCAVINO, Dardo, "La Filosofia Actual. Pensar sin certezas". Buenos Aires, Barcelona, México, Editora Paidós, p. 12). Mas a linguagem expressa a realidade? Para Aurora Tomazini de Carvalho a realidade não passa de uma interpretação, ou seja, de um sentido atribuído aos dados brutos que nos são sensorialmente perceptíveis. Não captamos a realidade, tal qual ela é, por meio da experiência sensorial (visão, tato, audição, paladar e olfato), mas a construímos atribuindo significado aos elementos sensoriais que se nos apresentam. O real é, assim, uma construção de sentido e como toda e qualquer construção de sentido dá-se num universo linguístico. É neste contexto que se trabalha com a afirmação segundo a qual a linguagem cria ou constrói a realidade. (CARVALHO, Aurora Tomazini de, "Curso de Teoria Geral do Direito – O Construtivismo Lógico-Semântico". São Paulo: Editora Noeses, 3ª edição, 2013, p. 18).

¹⁴²As pessoas enlutadas, enfermas, ou aquelas que, em virtude de doenças psíquicas, estejam atravessando fases ou picos de stress tendem a ficar mais vulneráveis, frágeis e, portanto, suscetíveis a ações externas.

¹⁴³MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno, "Novo Direito privado e a proteção dos vulneráveis". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 117; MARQUES, Cláudia Lima, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais", 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 320.

¹⁴⁴Certamente os autores estão se referindo a relação consumerista. Lembre-se, contudo, que nas relações jurídicas, em geral, e nas contratuais, mui especialmente, tem-se priorizado o equilíbrio entre os contratantes de modo a evitar possa o contrato servir como instrumento de opressão e submissão. A justiça dos contratos, como um valor a ser alcançado, levou o legislador, no ambiente privatista, a possibilitar o uso de mecanismos como a revisão fundada na onerosidade excessiva, resgatando a velha máxima *rebus sic stantibus* e aproximando-se da Teoria da Imprevisão, do Direito Francês (cuja origem está na *Lei Failliot*, também grafada *Faillot*, de 1912), de modo a garantir a equidistância econômica e cognitiva entre os contratantes. O texto dos arts. 157, 478 e 480 do Código Civil são reveladores desta tendência que prima, sobretudo por evitar o desequilíbrio entre os contratantes.

¹⁴⁵MARQUES, Cláudia Lima, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 320-321.

- b) informacional (ou informativa): considera o consumidor pessoa carente de informações sobre os diferentes tipos de produtos e serviços inseridos no mercado de consumo, razão pela qual ficará mais exposto, portanto vulnerável, frente ao fornecedor. Tanto mais informado o consumidor, tanto menos vulnerável estará¹⁴⁶;
- c) jurídica (ou científica): reconhece o legislador que o consumidor não possui conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia, de onde não identificar, por exemplo, a necessidade, ou não, da presença, no contrato, desta ou daquela cláusula, bem assim não sabe identificar, *prima facie*, a abusividade de certas cobranças cumulativas ou não¹⁴⁷;

¹⁴⁶Permite-se relembrar, a essa altura, o famoso caso “Fox Guilhotina”. Entre 2008 e 2011, vários foram os consumidores que ao adquirirem o automóvel modelo Fox da conhecida marca Volkswagen tiveram o dedo decepado ao rebater os bancos traseiros do veículo com a intenção de ampliar o porta-malas. Tanto o manual quanto a etiqueta orientavam a rebater o banco pelo porta-malas. E justamente aí morava o perigo. O problema começava já na trava que prende o assento. A etiqueta induzia o usuário a puxar uma barra de aço para destravar o banco, depois de ter rebatido o encosto. A questão é que essa barra tendia a prender a mão depois que o assento se desprendia. Foi o que aconteceu com Antônio Edison de Sousa, de Goiânia (GO), que teve três dedos amassados e passou por cirurgia de reconstrução. “Segui a etiqueta. Enfiei a mão lá, como mostra a figura, e puxei a barra. Meus dedos ficaram presos e depois o assento caiu. Meus dedos saíram pendurados”, contou ele, que rebatia o banco pela primeira vez. Matéria veiculada pela Revista Quatro Rodas e obtida pelo site http://quatrorodas.abril.com.br/autoservico/autodefesa/conteudo_182940.shtml, em 08-11-15, às 11:26h. Como adverte Cláudia Lima Marques, com apoio na lição de Teresa Negreiros, o novo paradigma contratual deveria ser este da “essencialidade” na sociedade contemporânea. Sugere a autora que se reflita na amplitude que pode atingir a vulnerabilidade diante da ausência de uma informação essencial ao consumidor e cita como exemplo a falta de referência em um determinado produto que contenha elementos geneticamente modificados. (MARQUES, Cláudia Lima, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 331). Partindo desse mesmo raciocínio e a fim buscar aproximação com o foco principal do presente trabalho, imagine-se que o fabricante de um determinado brinquedo deixe de prestar os esclarecimentos necessários relacionados à montagem ou utilização do mesmo e que, em razão dessa omissão, os consumidores e destinatários finais do hipotético brinquedo venham a se ferir gravemente. Deflagrada estará a conduta inapropriada do fabricante imaginado a conduzi-lo à reparação dos danos provocados à criança. A necessária informação é dever acessório que decorre do princípio da boa-fé objetiva, alçada ao *status* de cláusula geral, com o advento do Código Civil de 2002, e que obriga o fornecedor a agir com lealdade, ética e transparência de modo a evitar a comunicação inadequada e lesiva ao consumidor. O assunto será retomado adiante ao se falar mais minudentemente sobre a classificação indicativa.

¹⁴⁷Destaque-se, por oportuno, que os contratos de consumo são invariavelmente modelos de contrato de adesão que, distanciando-se dos paritários, impedem ou dificultam o diálogo entre os contratantes quanto à redação de cláusulas e sua modificação. A doutrina civilista já discutiu, há muito, sobre ser o contrato de adesão uma forma de redução do exercício da autonomia da vontade, uma vez que as cláusulas contratuais são estabelecidas unilateralmente por um dos contratantes cabendo ao outro, simplesmente, a elas aderir ou não, sem ter o poder de alterar-lhes a redação. Por esta razão, inclusive, sugere-se que aquelas cláusulas que possam gerar dúvidas ou que impliquem em comprometimento de direitos consumeristas sejam redigidas de forma destacada, devendo o consumidor ser orientado sobre o seu conteúdo e extensão. É curial, inclusive, que os consumidores, cientes, aponham sua rubrica ao lado da redação da cláusula que possa vir a ser discutida num sinal de que foram informados sobre sua existência e significado.

d) fática (ou socioeconômica): pressupõe-se ser o consumidor o elo fraco da corrente consumerista, estando o fornecedor em posição de superioridade e supremacia, na medida em que é o detentor do poder econômico.

Ao transpor tais modelos de vulnerabilidade para o cenário infantil, admitir-se-á que a criança reúne, a um só tempo, todos eles, o que significa dizer que é vulnerável técnica, informacional, jurídica e faticamente.

Nesse diapasão, fala-se, realmente, que a criança não é apenas vulnerável, é, de fato, hipervulnerável¹⁴⁸.

Roberta Densa e Adolfo Mamoru Nishiyama¹⁴⁹ destacam que,

Nas relações de consumo, podemos considerar que todos os consumidores são vulneráveis, mas alguns são mais vulneráveis que os outros, necessitando de proteção maior do que os consumidores em geral. São eles as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes, que possuem proteção especial na Magna Carta.

O prefixo *hiper* (do grego *hypér*), designativo de alto grau ou aquilo que excede a medida normal, acrescido da palavra *vulnerável*, quer significar que alguns consumidores possuem vulnerabilidade maior do que a medida normal, em razão de certas características pessoais. Os hipervulneráveis possuem tratamento especial, tendo como fonte direta nosso ordenamento jurídico.

Concorda-se com a opinião esposada pelos referidos autores, pois, inegavelmente, sendo as crianças pessoas cuja personalidade¹⁵⁰ está em processo de formação tornam-se alvos certos da atuação muitas vezes inescrupulosa de adultos irresponsáveis.

Acredita-se, ainda, que há presunção absoluta (*jure et de jure*) referentemente à (hiper)vulnerabilidade da criança.

Mas, poderia se inferir, também de forma absoluta, que as crianças são consumidoras hipossuficientes ?

¹⁴⁸Essa, aliás, a opinião de Antônio Herman Benjamin apresentada, em 8 de setembro de 2005, em Gramado (RS), no congresso internacional “15 anos de CDC: balanço, efetividade e perspectivas”, organizado pelo Brasilcon e pelas Escolas Superiores da Magistratura e do Ministério Público do Rio Grande do Sul *apud* MARQUES, Cláudia Lima, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 330, em a nota 106.

¹⁴⁹DENSA, Roberta e NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, “A proteção dos consumidores hipervulneráveis”, *in* Revista de Direito do Consumidor (RDC), out-dez 2010, pp. 13-45.

¹⁵⁰A palavra “personalidade” não é utilizada nesse contexto associando-a aos “direitos da personalidade”, muito embora no estudo destes, inegavelmente, se deva retornar à definição daquela.

O prefixo “*hipo*” é utilizado na língua portuguesa com o significado de escassez. Assim, por exemplo, *hipotermia*, *hipoglicemia*, *hipocalórico*, etc.

Não é diferente com o termo hipossuficiência, vale dizer escassez de recursos financeiros que impedem a auto-suficiência¹⁵¹, sua antítese.

Como lembra o referido José Geraldo Brito Filomeno¹⁵²

(...) o termo hipossuficiência é próprio do Direito Social, ou Direito do Trabalho, e deve ter no âmbito da legislação consumerista, conotação de pobreza econômica, carência ou falta de meios para subsistência digna (art. 5º, inciso I, do CDC).

A mesma ideia está patenteada na Lei nº 1.060, de 05-02-1950, atribuindo à palavra sinônimo de “*necessidade*”, “*necessitado*”¹⁵³, a quem deve o Estado, realmente, por mandamento constitucional (artigo 5º, inc. LXXIV), prestar assistência jurídica integral e gratuita.

Sob essa óptica, quando se infere, à luz da legislação privatista, que a criança é absolutamente incapaz¹⁵⁴, e que tal incapacidade decorre, dentre outros aspectos, da impossibilidade de manutenção de sua própria subsistência, devendo seus representantes legais (pais ou responsáveis, v.g., guardiães, tutores, etc.), suprir-lhes suas necessidades, chega-se a conclusão de serem as crianças hipossuficientes diante da falta de recursos financeiros próprios para sua sobrevivência autônoma.

Mas será que se quer analisar apenas a hipossuficiência econômica da criança ?

Dir-se-á, na verdade, que em razão de ter sido a hipossuficiência alocada na legislação consumerista no artigo 6º, VIII¹⁵⁵, justamente quando se trata da facilitação

¹⁵¹HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles e MELLO FRANCO, Francisco Manoel de, auto-suficiente, que não depende de outrem – auto-suficiência. Verbete auto-suficiente in “Míni Houaiss, Dicionário da Língua Portuguesa”. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2003, p. 55.

in Houaiss, Dicionário da Língua Portuguesa, Editora Objetiva: Rio de Janeiro, 2003

¹⁵²GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, NERY JÚNIOR, Nelson e DENARI, Zelmo, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado”, volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª. Edição, 2011, p. 164.

¹⁵³“Art. 2º. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

¹⁵⁴Assim decorre dos artigos 3º, I da Lei nº 10.406/02 c.c. os artigos 1.695, 1.696, 1.703, 1.705, e ainda nos termos da Lei nº 5.478/68.

¹⁵⁵“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

da defesa do consumidor em juízo e da possibilidade de inversão do ônus da prova¹⁵⁶, pretende-se analisá-la como um critério processual. Assim, diante da dificuldade que o consumidor enfrenta em fazer prova em juízo, vale-se a lei do seu estado de hipossuficiência processual para, assim, inverter o ônus probatório em seu favor.

Em seus comentários à Lei nº 13.105/15, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁵⁷ esclarecem que:

Segundo a regra estatuída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig., XXII, 3, 2). Incumbe ao autor a prova do *ato* ou *fato* constitutivo de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. “*L’attore deve provare i fatti costitutivi, che sono il fondamento della sua domanda; tocca poi al convenuto provare i fatti impeditivi, estintivi o modificativi che possono giustificare il rigetto della domanda dell’attore*” (Liebman, *Manuale*⁷, n. 156, p. 315). Essa distribuição legal, objetiva, do ônus da prova é a *regra geral* do sistema probatório do processo civil brasileiro.

Casos há, porém, em que tal regra se inverte, *ope legis* (por força da lei, como nas hipóteses dos artigos 12, parágrafo 3º, 14, parágrafo 3º e 38, todos do CDC¹⁵⁸) ou *ope iudicis* (por decisão judicial, conforme o artigo 6º, VIII do CDC, sempre que o consumidor for hipossuficiente ou verossímil sua alegação¹⁵⁹).

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

¹⁵⁶A palavra vem do latim *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe *obrigação* que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte (NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, “Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 994).

¹⁵⁷NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, “Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 994

¹⁵⁸De fato, como adverte Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, a inversão prevista no art. 38 do CDC, ao contrário daquela fixada no art. 6º, VIII, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória (GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENTO, José Geraldo Brito, NERY JÚNIOR, Nelson e DENARI, Zelmo, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto”. Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª edição, 2011, vol. I, pp. 371/2). O § 1º do art. 373 do novo CPC igualmente prevê a inversão do ônus da prova, cabendo ao magistrado verificar se estão presentes os requisitos legais para que se proceda a inversão.

¹⁵⁹A ausência de qualquer dos pressupostos referidos, não autoriza a inversão do ônus da prova. Nessa esteira, Ronnie Preuss Duarte e Mateus Costa Pereira afirmam não soar absurdo admitir que, em certa medida, a regra encartada no CDC é também estática: inverte-se o ônus (redistribuição estática), apenas em benefício do consumidor, se, e somente se, demonstrada uma situação de fato que espelhe o requisito da verossimilhança ou o da hipossuficiência (PREUSS DUARTE, Ronnie e PEREIRA, Mateus Costa, “O novo CPC e a dinamização das cargas probatórias: rumo a um tratamento isonômico em matéria de ônus probatórios”, pp. 511-529)

O Código de Defesa do Consumidor, realmente, dita regras sobre a inversão do ônus da prova nos casos em que, havendo o *non liquet* quanto à prova, caberá ao fornecedor (réu) e não ao consumidor (autor) efetuar a prova. A inversão do ônus da prova se destina, assim, a iluminar o juiz; evitar o *non liquet* e fazer desaparecer o estado de dúvida. “Trata-se de aplicação do princípio constitucional da isonomia”, como esclarecem Nery Júnior e Andrade Nery¹⁶⁰, pois “o consumidor, parte mais fraca e vulnerável na relação de consumo, tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os partícipes da relação de consumo”.

O ônus da prova é, portanto, uma saída, “uma solução para a falta de alternativa no plano instrutório” que vai de encontro ao princípio da cooperação instrutória. De fato, as partes no processo devem se comportar com boa-fé também na produção probatória. Nesse sentido, sendo improvável e muito penoso ao consumidor fazer a prova dos fatos alegados por ele, deve-se inverter o *onus probandi* para que, ao final, seja alcançada a qualidade para a solução da questão fática¹⁶¹

Ensinam, mais, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁶² que,

(...) a doutrina mais moderna e as legislações novas têm compreendido bem a problemática que envolve a produção da prova que deve ser feita pelo autor que, por sua vez, não tem acesso a elementos e informações que são de vital importância para a demonstração dos fatos que sustentam seu direito. Nessa linha de considerações está a inversão do ônus da prova que se admite no CDC, em favor do consumidor.

Como bem esclarece Cecília Matos¹⁶³,

a prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objeto do conhecimento uma relação de certeza ou de dúvida. Diante das dificuldades próprias da reconstrução histórica, contenta-se o magistrado em alcançar não a verdade absoluta, mas a probabilidade máxima; a dúvida conduziria o julgador ao estado de *non liquet*, caso não fosse elaborada uma teoria de distribuição do ônus da prova. Conceituado como risco que recai sobre a parte por não apresentar a prova que lhe favorece, as normas de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento utilizadas para afastar a

¹⁶⁰NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, “Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 996.

¹⁶¹FERREIRA, William dos Santos, “Princípios Fundamentais da Prova Cível”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 252-3.

¹⁶²NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, “Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 998.

¹⁶³MATOS, Cecília, “O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, in Revista Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 11, jul/set, 1994, pp. 236 e 237.

dúvida. Neste enfoque, a Lei nº 8.078/90, por exemplo, prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando-se o processo à universalidade da jurisdição, na medida em que o modelo tradicional mostrou-se inadequado às sociedades de massa, obstando o acesso à ordem jurídica efetiva e justa. (...) A inversão do ônus da prova – continua a autora – é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. É dispensável caso forme sua convicção, nada impedindo que o juiz alerte, na decisão saneadora que, uma vez em dúvida, se utilizará das regras de experiência a favor do consumidor.

Conclui-se que a inversão do ônus da prova corresponde a um mecanismo facilitador da defesa da parte, o que, em essência, representa um direito fundamental a ela assegurado por lei. De fato, a questão primordial, no que se refere ao ônus da prova, não é saber o que se prova ou quem prova, mas quem sofre as consequências pela falta de prova.

Inverte-se o ônus de provar nas relações de consumo porque se parte do pressuposto de que o contratante que detém conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos (fornecedor) tem, igualmente, mais facilidade em sua demonstração.

Nesse sentido, reforça Cecília Matos¹⁶⁴,

(...) a hipossuficiência, característica integrante da vulnerabilidade, demonstra uma diminuição de capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas social, de informações, de educação de participação, de associação, entre outros. Pretendeu o Código de Defesa do Consumidor tutelar tanto aquele que apresente alegações verossímeis como aqueles outros que, apesar de não verossímeis suas alegações, sejam hipossuficientes e vulneráveis, segundo assim entenda o julgador com base em suas regras de experiência.

Ocorrendo, assim, situação de manifesta posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, de que decorra a conclusão de que é muito mais fácil ao fornecedor provar a sua alegação, poderá o juiz proceder à inversão do ônus da prova¹⁶⁵.

¹⁶⁴MATOS, Cecília, “O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, in Revista Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 11, jul/set, 1994, pp. 236 e 237.

¹⁶⁵É a conclusão alcançada por Kazuo Watanabe diante da argumentação desenvolvida por Cecília Matos (GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, NERY JÚNIOR, Nelson, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado”, volume II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª. Edição, 2011, p. 10).

Ao lado da hipossuficiência econômica e da processual, fala-se, também, da hipossuficiência técnica que, em essência, deriva da vulnerabilidade técnica, a que nos referimos alhures e que conduz à hipossuficiência processual.

Antonio Gidi¹⁶⁶ esclarece que a hipossuficiência a que alude o CDC “está relacionada com a desigualdade no conhecimento técnico inerente à atividade de produção e fornecimento”.

Dessa forma, conclui o autor,

(...) ainda que o consumidor tenha condições econômicas para arcar com as despesas do processo, ele será hipossuficiente no que se refere à produção de provas que exija conhecimento técnico específico ou análise dos estudos de anos da empresa...

Corroborando de igual entendimento Liliana de Almeida Ferreira da Silva Marçal¹⁶⁷, ao asseverar que

(...) a hipossuficiência do consumidor está relacionada com a falta de conhecimento técnico específico da atividade do produtor ou fornecedor, assim, somente em relação a tais conhecimentos, é legítima a inversão do ônus da prova, sob pena de afrontar-se o princípio da igualdade das partes. Aplica-se, portanto, às relações de consumo a regra geral da obrigação de o autor-consumidor provar o dano, o montante do prejuízo e o nexo de causalidade. Porém, na hipótese do nexo de causalidade exigir prova de conhecimento técnico específico do produtor ou fornecedor, daí se justifica a inversão do ônus da prova, nos moldes estabelecidos pelo artigo 6º, inciso VIII do CDC.

A essa altura, cabe perquirir, finalmente: a criança consumidora vê recair sobre si presunção absoluta de hipossuficiência (econômica, processual e técnica)? Ou, refazendo a pergunta, a criança consumidora goza de presunção absoluta quanto à hipossuficiência econômica e técnica, esta última condutora da hipossuficiência processual?

¹⁶⁶GIDI, Antonio, “Aspectos da Inversão do ônus da Prova no Código do Consumidor”, Revista de Direito do consumidor, vol. 13 *Apud* MARÇAL, Liliana de Almeida Ferreira da Silva, “Inversão do ônus da prova no CDC”, Revista do Advogado n° 89, Ano XXVI, dezembro/2006 publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 85-95.

¹⁶⁷MARÇAL, Liliana de Almeida Ferreira da Silva, “Inversão do ônus da prova no CDC”, Revista do Advogado n° 89, Ano XXVI, dezembro/2006 publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo, p. 87.

Em primeiro lugar, é cediço, realmente, que nem toda criança é pobre na concepção técnica do termo. Lembra-se, aqui, de casos em que tais crianças tenham nascido “em berço esplêndido”, como se diz, popularmente, descendentes de famílias abastadas, agraciadas com doações ou testamentos avantajados, ou, ainda, daquelas que, por seu próprio talento, beleza ou habilidade tenham, desde muito cedo, auferido renda vultosa como sói acontecer com modelos, atrizes, atores, cantores, atletas, etc.¹⁶⁸

Por essa razão, acredita-se que ao se atribuir ao termo hipossuficiência única e exclusivamente a conotação e a abrangência de falta de recursos financeiros, ainda quando o consumidor seja uma criança, deve-se concluir operar-se, em seu favor, mera presunção relativa (*juris tantum*) e não absoluta (*jure et de jure*).

De outra banda, no que tange à hipossuficiência técnica – e tomando a criança como consumidora direta – gozaria ela (como decorrência da hipervulnerabilidade técnica de que é, igualmente, portadora) – de presunção absoluta (*jure et de jure*), já que se trata de pessoa em processo de desenvolvimento, faltando-lhe conhecimento técnico específico.

O mesmo raciocínio, contudo, não pode ser adotado, linearmente, acaso se tome a criança como consumidora por equiparação, uma vez que, nessa hipótese, haveria de se identificar e reconhecer, igualmente, o fornecedor por equiparação¹⁶⁹, invariavelmente um adulto, e aferir também o grau de conhecimento técnico deste e sua efetiva participação nesta cadeia até se chegar à criança, efetivamente.

Assim, por exemplo, se um adulto (pai, mãe ou responsável), com habilidade e conhecimento técnico, viesse a adquirir determinado produto e o entregasse a uma criança (seu filho ou tutelado), não seria correto inferir, de plano, gozar a criança do

¹⁶⁸Refletindo sobre o tema, vale lembrar dos altos “salários” pagos aos jovens jogadores de futebol que, desde muito cedo, já amealham fortunas. Os “badalados” “Ronaldo” e “Neymar”, por exemplo, iniciaram suas carreiras muito antes de completarem 18 anos de idade e, nesse período – da infância e adolescência – ganharam notoriedade e muito dinheiro. O mesmo se fale da dupla “Sandy e Junior” cuja carreira teve início na infância de ambos projetando-os como ídolos de uma geração.

¹⁶⁹Ora, se é possível falar em “consumidor por equiparação”, de outro lado, deve-se identificar o “fornecedor por equiparação”. No mundo infantil do consumo, quase sempre de se encontrar um adulto consumidor que, porém, não é o destinatário daquele produto ou serviço. Por seu intermédio, a criança passa a ter acesso a tal produto ou serviço, a quem, muitas vezes, ele é dirigido. Assim, por exemplo, o pai que adquire fogos de artifício e os entrega ao seu filho com 10 anos de idade para queimá-los ou que assina a transmissão da projeção de um filme pornográfico e convida esse mesmo filho para assisti-lo é, na realidade, “fornecedor por equiparação”, uma vez que, por seu intermédio, o produto ou o serviço chega às mãos do destinatário final. Realmente, ao se tomar o conceito de fornecedor como sendo o responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor, ou como aquele que fornece, abastece, entrega aqueles ditos bens ou serviços a alguém, então, os pais, em ambos os exemplos acima, investir-se-ão no papel de “fornecedores por equiparação”.

beneplácito da presunção *jure et de jure*, no que toca a hipossuficiência técnica, uma vez orientada por este adulto. Imagine, realmente, que o adulto (fornecedor por equiparação, pai, mãe ou responsável) trabalhasse na produção ou fabricação do aludido produto. Ora, sendo esse adulto responsável pela criança, a quem cabe, portanto, a obrigação de auxiliá-la e custodiá-la, de que forma, ainda assim, sustentar e justificar a presunção absoluta de hipossuficiência técnica da criança? Não caberia ao responsável o dever de orientá-la quanto ao uso do produto de cuja fabricação ou confecção, por exemplo, tenha ele participado?

Por essa mesma razão, no que toca a hipossuficiência processual, tem-se o entendimento de que não há falar, aqui também, em presunção absoluta em favor da criança consumidora por equiparação, pelo simples fato de ser infante e (hiper)vulnerável, já que, nesse caso, como já se explanou nos parágrafos anteriores, haverá um adulto consumidor direto, que, conduzindo sua representação processual, só poderá beneficiar-se da inversão do ônus da prova, nos casos em que revelar, ao magistrado, a reconhecida hipossuficiência processual de seu representado.

Poder-se-ia, realmente, sustentar que, diante do princípio da proteção integral que norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente, gozariam tais pessoas – as crianças – de privilégio especial a ponto de recair sobre si presunção absoluta de hipossuficiência, em qualquer situação.

Não é essa, contudo, a opinião que se adotará neste trabalho.

Muito pelo contrário – e até por conta da exegese apropriada do citado princípio – o que se protege, em essência, não é a condição deficitária ou de poucos recursos financeiros da criança, nem, tampouco, se quer eximir a criança consumidora autora¹⁷⁰ do ônus da prova, sempre que possível fazê-lo, quanto aos fatos justificadores de seu direito, muito menos deve-se ignorar a possibilidade de haver um fornecedor por equiparação dotado de domínio técnico que haja disponibilizado o produto ou o serviço àquela criança. O que se quer resguardar, isto sim, é o direito consumerista da criança, garantindo-se-lhe acesso à sua defesa sempre que o seu direito for violado.

A Doutrina da Proteção Integral – sobre a qual discorrer-se-á com o rigor que ela bem merece – é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Parte do reconhecimento normativo de uma condição especial, ou peculiar,

¹⁷⁰ Considere-se, para os fins desta análise, a criança autora, legitimamente representada.

das pessoas desse grupo etário (zero a 12 anos), que devem ser respeitadas enquanto *sujeitos de direitos*. Crianças (e adolescentes) foram reconhecidos em sua dignidade, na qualidade de pessoas em desenvolvimento que necessitam de especial proteção e garantia dos seus direitos por parte dos adultos: representantes do Estado, da família e da sociedade.

Logo, são os adultos, no desempenho de seus papéis sociais, que devem viabilizar as condições objetivas para que tais sujeitos “crianças” (e “adolescentes”) possam crescer de forma plena, ou seja, desenvolver suas potencialidades. Proteção integral, nesse sentido, nada mais é que a responsabilização dos adultos pelos cuidados e garantia de condições para que crianças (e adolescentes) possam exercer sua cidadania, com dignidade¹⁷¹.

E sem dúvida alguma, o exercício da cidadania passa, obrigatoriamente, pela defesa do consumidor. Assim, às crianças hipossuficientes economicamente devem ser reconhecidos benefícios financeiros que não lhes impeça o acesso à justiça, isentando-se-lhes das custas processuais e honorários de advogado; por outro lado, aquelas que gozarem de recursos suficientes para manejar a defesa desses mesmos direitos, sem que para tanto utilizem da proteção estatal específica, crê-se que, apesar de crianças e admitindo prova em contrário, sobre elas deva recair o ônus de pagar custas e honorários advocatícios.

No mesmo sentir, acredita-se que a hipossuficiência processual motivadora da inversão do ônus da prova siga a mesma sorte, ou seja, havendo elementos de prova suficientemente disponíveis à criança, não deva ela, pelo só fato de ser criança, isentar-se do ônus de provar os fatos motivadores de seu direito.

Por fim, quanto à hipossuficiência técnica deve-se reconhecer a presunção absoluta em prol da criança, somente nos casos em que ela própria assume o papel de consumidora, ou naquelas outras hipóteses em que o adulto intermediador ou fornecedor por equiparação também não disponha de conhecimento técnico inerente à atividade de produção e fornecimento do produto ou do serviço disponibilizado à criança.

Eis porque a atenção à efetividade das medidas de proteção jurisdicional direcionadas a esse grupo social ganha, principalmente em razão do cenário atual,

¹⁷¹COSTA, Ana Paula Motta, “Os Adolescentes e seus Direitos Fundamentais – Da Invisibilidade à Indiferença”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 130, 131.

contornos especiais com o escopo primordial de atender e garantir o exercício de direitos fundamentais dessa população, merecendo um olhar jurídico mais cuidadoso.

O tema da prevenção especial está, pois, associado ao da responsabilidade civil, inexoravelmente, servindo o processo que daí se originar não só como instrumento de busca ao provimento judicial de mérito, mas, sim, também, ao alcance do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva¹⁷².

São esses, em síntese apertada, os fatores que servem de alicerce para justificar a relevância desse estudo que ousará sensibilizar o aplicador do direito a despertar para o assunto.

¹⁷²MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. “Código de Processo Civil, Comentado Artigo por Artigo”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 97.

CAPÍTULO IV – CONTEÚDO E ABRANGÊNCIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

IV.1. Prevenção Geral e Especial e a Teoria das Classes

Classificar consiste num ato humano, de distribuir objetos em classes (grupos ou conjuntos) de acordo com semelhanças (e diferenças) que existam entre eles. É reunir elementos sobre um mesmo conceito. Nas palavras de Guibourg, Chigliani e Guarinoni, “agrupamos os objetos individuais em conjunto e estabelecemos que um objeto pertencerá à classe determinada quando reunir tais e quais condições”¹⁷³.

Classificar, na lição de Paulo de Barros Carvalho¹⁷⁴,

é distribuir em classes, é dividir os termos segundo a ordem da extensão ou, para dizer de modo mais preciso, é separar os objetos em classes de acordo com as semelhanças que entre eles existam, mantendo-os em posições fixas e exatamente determinadas em relação às demais classes. Os diversos grupos de uma classificação recebem o nome de espécies e de gêneros, sendo que espécies designam os grupos contidos em um grupo mais extenso, enquanto gênero é o grupo mais extenso que contém as espécies¹⁷⁵.

Com efeito, o gênero compreende a espécie. Disto decorre que o gênero denota mais que a espécie ou é predicado de um número maior de indivíduos. Em contraponto, a espécie deve conotar mais que o gênero, pois, além de conotar todos os atributos que o gênero conota, apresenta um *plus* de conotação que é, justamente, a diferença ou diferença específica.

Nessa linha de raciocínio, pode-se inferir que as normas individuais e concretas consubstanciam espécies de normas jurídicas; todavia, formam o gênero de que são espécies as normas individuais e concretas veiculadas pelo Poder Judiciário que, por sua vez, são o gênero com relação às individuais e concretas postas por sentenças. Toda classe é susceptível, assim, de ser dividida em outras classes. É princípio fundamental

¹⁷³ GUIBOURG, Ricardo, GUIGLIANI, Alejandro e GUARINONI, Ricardo, “Introducción al conocimiento científico”. Buenos Aires: Eudeba, 1985, pp 38-39.

¹⁷⁴ CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”. São Paulo, Editora Noeses, 3ª edição, 2009, p. 117.

¹⁷⁵ Lembre-se, por exemplo, do gênero “números cardinais” aos quais pertencem as espécies de números pares e ímpares. Assim, por exemplo, os números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10 são todos números cardinais, mas, apenas os números 2, 4, 6, 8 e 10 serão pares; os números 1, 3, 5, 7 e 9, ímpares.

em Lógica que a faculdade de estabelecer classes é ilimitada enquanto existir uma diferença, pequena que seja, para ensejar a distinção¹⁷⁶.

A teoria das classes fornece elementos indispensáveis para a compreensão do processo classificatório que, afinal, depende de uma operação de divisão.

Cumprir advertir que a boa classificação depende não só do processo de bem dividir o termo, mas, antes disso, de elaborar uma definição adequada de seu conceito. E definir é operação lógica demarcatória dos limites, das fronteiras, dos lindes que isolam o campo de irradiação semântica de uma ideia, noção ou conceito. Com a definição, outorga-se à ideia sua identidade, que há de ser respeitada do início ao fim do discurso.

Partindo do pressuposto de que nossa realidade é constituída pela linguagem; que o mundo jurídico se estabelece pela linguagem do direito; claro está que as unidades desses sistemas sígnicos, em grande parte nomes, gerais e próprios, são classes que exprimem gêneros ou espécies e, como tais, passíveis de distribuição em outras classes, segundo, evidentemente, as diretrizes do critério escolhido para a divisão. Com os recursos da classificação, o homem vai reordenando a realidade que o cerca, para aumentá-la ou para aprofundá-la consoante seus interesses e suas necessidades, numa atividade sem fim, que jamais alcança o domínio total e a abrangência plena. Esse caráter reordenador é salientado porque assim como a classificação pressupõe a existência de classe a ser distribuída em subclasses, o aumento ou aprofundamento da realidade, como algo constituído pela linguagem, antessupõe também a afirmação da própria realidade enquanto tal.

Ali onde houver linguagem, natural ou técnica, científica ou filosófica, haverá, certamente, classes e operações entre classes, com o aparecimento de gêneros, espécies e subespécies. Isso, em qualquer das regiões ônticas: seja a dos objetos naturais ou dos ideais; a dos metafísicos ou dos culturais.

Logo, de se notar que as classificações são operações lógicas que existem para auxiliar o conhecimento dos objetos, mediante a separação de elementos que se aglutinam sob critérios comuns (em classes). Numa classificação, determinada classe é tomada como gênero e, por meio de diferenças específicas associadas ao conceito desta classe, vão se formando suas espécies e subespécies.

¹⁷⁶CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”. São Paulo, Editora Noeses, 3ª edição, 2009, pp. 118-9.

Ora, a Ciência do Direito tem sua própria linguagem e vale-se, em certa medida, do mesmo processo de divisão em classes para melhor analisar os institutos que lhe interessam.

Como diz Leônidas Hegenberg¹⁷⁷, “desde o momento em que reúne as coisas e as classifica, o ser humano forma conjuntos e adquire as noções de pertencibilidade e de subconjunto”. A classe, ou conjunto, é a extensão de um conceito, é o seu campo de aplicabilidade ou, nos dizeres de Suzanne K. Langer, é a “coleção de todos aqueles e somente aqueles termos aos quais certo conceito seja aplicável”.

Feitas essas considerações, verifica-se que o tema relacionado à prevenção no contexto do Estatuto da Criança e do Adolescente obedeceu à classificação hierarquizada do assunto, tanto que o legislador intitulou “Da Prevenção”, o Título III, subdividindo-o em 2 (dois) Capítulos, o primeiro dos quais nominou “Disposições Gerais” (onde está inserido o princípio da prevenção geral), chamando de “Prevenção Especial” o segundo deles.

Para logo se vê que, por meio dessa classificação, há uma prevalência e uma graduação por opção de valores eleitos, de onde a temática da prevenção especial estar, realmente, impregnada pelo conteúdo valorativo da prevenção geral, podendo concluir-se que os assuntos tratados naquela obedecem aos ditames estabelecidos nesta.

A Teoria das Classes, por sua vez, está presente, também, em um dos assuntos mais relevantes relacionados à prevenção especial a que aludem os artigos 74 *usque* 77 do Estatuto da Criança e do Adolescente: a classificação indicativa. Por meio desta, como se verá, as diversões, espetáculos públicos e as obras audiovisuais são catalogados por faixa etária, sendo neles identificada a presença de determinados conteúdos específicos.

Três são os aspectos mais importantes a serem abordados neste capítulo: examinar se prevenção é sinônimo de precaução no contexto infantil; qual a abrangência da prevenção geral e da especial e, nesse ambiente, examinar os critérios restritivos listados pelo diploma infantil e que revelam tratamento especial.

¹⁷⁷HEGENBERG, Leônidas H. Baebler, “Etapas da Investigação Científica”. São Paulo: EDUSP, 1976, p. 115.

IV.2. Prevenção e Precaução

Para os léxicos, entende-se por precaução a disposição ou medida antecipada que visa a prevenir um mal; prevenção; cautela; cuidado¹⁷⁸, de modo que os termos são sinônimos sob o ponto de vista semântico e epistemológico.

No ambiente jurídico, contudo, muito embora se aproximem, são empregados de modo distinto e em diferentes áreas. O princípio da precaução ganhou importância e aplicabilidade no Direito Ambiental; já o da prevenção – que também é adotado no Direito Ambiental – está presente no Direito do Consumidor, no Direito da Criança e do Adolescente e em diversas situações próprias ao direito material, sendo fundamento para o manejo das tutelas cautelar, antecipada e inibitória¹⁷⁹.

O princípio da precaução foi idealizado, inicialmente, pelo direito germânico, no início da década de 70, como ensinam Frederico Gonçalves Cezar e Paulo César

¹⁷⁸FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa”, 4ª edição, Curitiba: Editora Positivo, 2009, p. 1616. Assim também Maria Helena Diniz no verbete “precaução” (DINIZ, Maria Helena, “Dicionário Jurídico”, volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 675).

¹⁷⁹O NCPC trata das tutelas cautelar e antecipada como tutelas provisórias de urgência (artigo 294 e parágrafo único da Lei nº 13.105/2015) e estabelece uma integração sistemática entre elas, vinculadas a existência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*. “Na terminologia usada pelo NCPC são espécies do mesmo gênero (tutela de urgência) com muitos aspectos similares. Ambas estão caracterizadas por uma cognição sumária, são revogáveis e provisórias e estão precipuamente vocacionadas a neutralizar os males do tempo no processo judicial, mesmo que por meio de técnicas distintas, uma *preservando* (cautelar) e outra *satisfazendo* (antecipada). Noutras palavras, a tutela cautelar evita que o processo trilhe um caminho insatisfatório que o conduzirá à inutilidade. Por sua vez, a tutela antecipada possibilita à parte, desde já, a fruição de algo que muito provavelmente virá a ter reconhecido a final. Pode-se dizer que na cautelar protege-se para satisfazer, enquanto na tutela antecipada satisfaz-se para proteger. Cada uma a seu modo, ambas têm a mesma finalidade remota, ou seja, estão vocacionadas a neutralizar os males corrosivos do tempo no processo” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogerio Licastro Torres de, “Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 487-488). “(...) A tutela cautelar é apenas aquela que visa a assegurar o resultado do processo, como, por exemplo, no caso em que a medida visa à realização de obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida” (NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, “Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 842). “Destinada a impedir, de forma imediata e definitiva, a violação de um direito, a ação *inibitória*, positiva (obrigação de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer), ou, ainda, para a tutela das obrigações de entrega de coisa (CPC 498), é preventiva e tem eficácia mandamental. A sentença inibitória prescinde de posterior e sequencial processo de execução para ser efetivada no mundo fático, pois seus efeitos são de execução *lato sensu*. É forma de tutela preventiva (tutela cautelar, tutela antecipada e tutela inibitória), com ela não se confundindo. Seu objetivo é ‘impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio *direito material* da parte. É providência judicial que veda, de forma definitiva, a prática de ato contrário aos deveres estabelecidos pela ordem jurídica, ou ainda sua continuação ou repetição’. O objetivo da inibitória é evitar que o ilícito corra, prossiga ou se repita” (NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, “Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1183).

Coelho Abrantes¹⁸⁰. Na essência daquele *Vorsorgeprinzip* estava a ideia de que a sociedade poderia impedir a ocorrência de danos ambientais a partir de cuidadosos planejamentos que evitassem a instalação e propagação de atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental. Dentro do ordenamento daquele país, a mais importante implementação do princípio está contemplada no *Ato de Poluição do Ar* de 1974. Nesse ato, estipula-se que o possuidor de uma planta técnica é obrigado a tomar medidas de precaução, para evitar o dano ambiental, com a ajuda de instrumentos ou mecanismos que correspondam às técnicas avançadas disponíveis para a limitação da emissão de poluentes. Esse princípio do direito alemão passou a ser largamente invocado na tentativa de implantação de políticas mundiais de preservação do meio ambiente, como as de combate à chuva ácida e ao aquecimento global. Assim, ele passou a ser contemplado em diversos instrumentos de política internacional que buscavam controlar atividades tidas como potencialmente causadoras de graves danos ambientais, independentemente de se ter uma “certeza científica” sobre a real vinculação entre essas atividades e os danos presumidos.

Com a Declaração do Rio de 1992, oriunda da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, surgiu a mais representativa formulação do princípio da precaução no direito internacional. No Princípio 15 dessa Declaração (*United Nations*, 1992) ficou estabelecido que:

de modo a proteger o meio ambiente, a abordagem precautória deve ser largamente aplicada pelos Estados de acordo com suas capacidades. Onde houver ameaça de dano sério ou irreversível, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como uma razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Para logo se vê que o princípio da precaução é invocado na defesa do meio ambiente mesmo diante da ausência de certeza científica quanto aos malefícios e eventuais danos a ele provocados por determinadas ações ou omissões.

Diante da incerteza científica, tem sido entendido que a prudência é o melhor caminho, evitando-se a ocorrência de danos que, muitas vezes, não poderão ser recuperados. Ou seja, o princípio da precaução orienta que não seja produzida intervenção no meio ambiente antes de se ter a certeza de que ela não se qualifica como

¹⁸⁰CEZAR, Frederico Gonçalves e ABRANTES, Paulo César Coelho, “Princípio da Precaução: Considerações Epistemológicas sobre o Princípio e sua Relação com o Processo de Análise de Risco”, in *Cadernos de Ciência & Tecnologia*, Brasília, v. 20, n. 2, maio/ago 2003, p. 228.

adversa, a partir de um juízo de valor sobre a sua qualidade e uma análise do custo/benefício do resultado da intervenção projetada.

Incumbiram-se doutrina e jurisprudência de estabelecer, assim, relevante diferenciação entre a prevenção e a precaução. Havendo certeza sobre a relação de causa e efeito danoso, não se deve falar mais em precaução, mas sim em prevenção.

O princípio da prevenção se aplica, assim, pois, a impactos ambientais já conhecidos e que tenham uma história de informações sobre eles, de modo que a ciência já se debruçou sobre suas consequências e apontou a solução técnica apta a reduzir ou eliminá-los. Assim como o princípio da precaução, o princípio da prevenção será exercido de forma ordinária no curso do processo administrativo de licenciamento ambiental e, em circunstâncias que envolvam impactos ambientais significativos, diante dos resultados do estudo de impacto ambiental.

Nesse sentido, aliás, Paulo Affonso Leme Machado¹⁸¹ diferencia o princípio da precaução (PP) do princípio da prevenção (PV), e afirma que “em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução”.

Assim, como ensinam Patrícia Faga Iglecias Lemos e Otávio Luiz Rodrigues Júnior¹⁸²,

O princípio da prevenção vai ser aplicado quando o risco de dano é concreto e real. Na verdade, estamos diante do perigo, que é o risco conhecido, como, por exemplo, o limite da velocidade nas estradas ou exames médicos necessários que antecedam uma intervenção cirúrgica (...). Já o princípio da precaução deve ser aplicado no caso de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos, que possam levar os chamados danos graves e irreversíveis. É o ‘risco dos riscos’. Nesse caso, não há dúvida de que os atores desse momento devem identificar e construir esse risco (os atores são o poder público, as empresas, a mídia, a sociedade civil, os profissionais liberais e o próprio indivíduo) com base nas estatísticas, perícias, pesquisas de opinião e auxílio da mídia.

¹⁸¹MACHADO, Paulo Affonso Leme, “Princípio da Precaução e o direito ambiental”, Parecer juntado aos autos da Ação Civil Pública nº 1998.00.027682-0, proposta pelo IDEC contra a União Federal perante a 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal

¹⁸²LEMOS, Patrícia Faga Iglecias e RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz, “Sociedade de risco e direito privado”, in LOPES, Teresa Ancona, “Responsabilidade civil na sociedade de risco”. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 6.

Realmente, as questões envolvendo o meio ambiente estão particularmente sujeitas à incerteza. O avanço da tecnologia tem alterado em larga escala o meio em que se vive em grandes proporções, de onde ser improvável assegurar hoje quais os impactos de tais mudanças sobre o futuro da saúde do ser humano, por exemplo. O estado de dúvida e eventuais especulações, porém, não podem servir de escudo protetor a justificar a irresponsabilidade dos agentes lesivos. O princípio da precaução se inspira, assim, na presença de quatro elementos para ser invocado. São eles: (i) ameaça de dano; (ii) inversão do ônus da prova; (iii) incerteza científica e (iv) medidas de precaução.

A justificativa para essa interpretação baseia-se no fato de que, se posteriormente for comprovada a responsabilidade da empresa ou da pessoa denunciada pela degradação ambiental causada, seria tarde demais para impedir ou prevenir os seus nefastos efeitos. Nesse sentido, é melhor errar a favor da proteção ambiental do que correr sérios riscos ambientais por falta de precaução dos agentes do Estado¹⁸³.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o assunto revelando a urgência da atuação precatória no Direito Ambiental.

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA.

¹⁸³ A Barragem de Fundão, da mineradora Samarco, cujas donas são a Vale e a anglo-australiana BHP Billiton, se rompeu no dia 5 de novembro de 2015. O distrito de Bento Rodrigues, em Mariana, foi o mais afetado. A enxurrada de lama também atingiu cerca de 40 cidades em Minas e no Espírito Santo. O desastre ambiental deixou 17 mortos e dois desaparecidos. O caso revela a absoluta falta de precaução e de prevenção por parte tanto da empresa quanto do Estado cuja omissão deflagrou a maior tragédia ambiental brasileira. De fato, até 2014, quando o engenheiro Joaquim Pimenta de Ávila, responsável pelo projeto de construção da barragem de Fundão, alertou a mineradora Samarco, sobre um princípio de ruptura na margem esquerda da barragem, sugerindo a instalação de pelo menos nove piezômetros – instrumentos para medir a pressão da água no solo e o acompanhamento diário da posição do nível da água – a empresa já deveria ter se precavido contra eventuais acidentes. Ciente da necessidade de adaptações diante do aparecimento de trincas que comprometiam a estrutura da barragem, a empresa deveria ter tomado medidas preventivas, já que tomou ciência dos riscos que a queda ou rompimento da estrutura poderiam ocasionar. O Ministério Público de Minas Gerais informou que não tinha conhecimento do recuo feito na barragem de Fundão, antes da tragédia. O MP afirmou ainda que investiga mudanças no projeto da barragem de Fundão que não foram autorizadas por órgãos de fiscalização do Estado. Isso, conforme o órgão, pode ter contribuído para o desastre (o comentário tomou por base notícias veiculadas pela imprensa, especialmente, o conteúdo do site <http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/01/mp-investiga-obras-nao-autorizadas-na-barragem-de-fundao-em-mariana.html> visitado em 07-02-16, às 09:37h).

1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo.

(...)

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência – juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.

(...)

10. Recurso Especial não provido. (REsp 883.656/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012). Os grifos não constam do original.

PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - PERÍCIA - DANO AMBIENTAL - DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual.

2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.

4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.

5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a

complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano.

6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial. (REsp 1060753/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009). (Os grifos foram postos agora).

A partir dessa diferenciação entre precaução e prevenção, de se notar que a Lei nº 8.069/90 reconhece que a exposição da criança e do adolescente no ambiente da informação, da cultura, do lazer e do entretenimento a determinados assuntos ou estímulos – como sexo, pornografia e obscenidade, violência em geral, mui especialmente aquela facilitada pelo emprego de armas e artifícios explosivos, uso de drogas, tabaco, bebidas alcoólicas, acessibilidade a jogos de azar, casas noturnas, motéis, *drive ins*, livros, revistas, publicações e fotografias com apelo sensual e revelação de nudez provocativa, constituem risco sério, real e concreto, representando verdadeiro perigo a essas pessoas em desenvolvimento, devendo, por isso, envidar a família, o Poder Público e a sociedade esforços no sentido de prevenir dita exposição comprovadamente nociva¹⁸⁴.

Partindo do pressuposto de que a criança e o adolescente possuem um espírito maleável, suscetível a todo tipo de influências ambientais, a legislação dedicou-lhes cuidado especial, de prevenção e tratamento por parte da família, da sociedade e do Poder Público, para que possam se desenvolver de forma plena, sem correrem o risco de se transformarem em fardos a serem suportados pela própria sociedade.

IV.3. A prevenção geral no Estatuto da Criança e do Adolescente

Como já se destacou neste trabalho, o Capítulo I do Título III da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, dedicado à prevenção, trata de disposições gerais e conta quatro

¹⁸⁴A periculosidade na exposição de crianças aos ambientes, estímulos e conteúdos referidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (especialmente nos artigos 78 *usque* 82) é objeto de estudo de diversas áreas do conhecimento, notadamente as ciências médica e psicológica. No Capítulo V deste trabalho, revelam-se algumas conclusões alcançadas por profissionais das duas referidas áreas que confirmam não ter o legislador eleito os citados estímulos e conteúdos ao acaso. O perigo existe e é grave, merecendo prevenção especial.

artigos, sendo certo que o artigo 70-A e seu parágrafo único foram incluídos ao diploma por força da Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014¹⁸⁵.

Atribui-se a “todos” o dever de prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente correspondendo, assim, a um dever genérico dirigido a um número indeterminado de pessoas, familiares, cidadãos e entidades em geral, inclusive o Poder Público, que têm, portanto, a incumbência de evitar que qualquer atividade possa produzir lesão, física ou moral, em criança e adolescente. O dever de prevenção geral é compartilhado entre esses agentes, de forma a impedir a incidência de danos ou risco de dano às pessoas em formação.

Pode-se dizer que são “orientações que vêm, em primeiro lugar, respeitar a criança e o adolescente, como pessoas em desenvolvimento, livres, e que ocupam seu espaço na sociedade, com igualdade perante todos”, como assevera Wilson Donizeti Liberati¹⁸⁶.

Bem se vê que o legislador emprega, logo no artigo 70 do Estatuto, o termo “dever” e não “obrigação”, justamente porque se trata de norma programática, incentivadora de conduta proativa em favor de crianças e adolescentes como reforço ao

¹⁸⁵Inicialmente conhecida por “Lei da Palmada”, a Lei nº 13.010/2014 veio a ser alcunhada como “Lei Menino Bernardo” numa alusão ao caso do garoto Bernardo Uglione Boldrini, de 11 anos de idade, agredido e morto pelo pai e a madrasta com uma injeção letal na cidade de Três Passos, Rio Grande do Sul. O corpo do garoto foi encontrado dias depois da morte, na zona rural do município de Frederico Westphalen, enterrado às margens de um rio, em um saco plástico. Referida lei trouxe algumas previsões para o trato de casos em que são constatados maus tratos a crianças e adolescentes, definindo os termos castigo físico e tratamento cruel, bem como medidas a serem tomadas pelo Conselho Tutelar e Poder Público em caso de sua constatação, o que fez por meio dos artigos 18-A e 18-B, ambos acrescentados ao Estatuto da Criança e do Adolescente, afora o referido art. 70-A e seu parágrafo único. Ainda vem sofrendo algumas críticas, tanto por parte daqueles que a aplaudiram, como por parte de seus opositores. Os primeiros – como é o caso de Souza Nucci – aplaudem a lei, mas criticam a falta de sua operabilidade, diante da ausência de uma articulação conjunta e coordenada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na elaboração e execução de políticas públicas. Para ele, deveria haver uma campanha positiva, como, por exemplo, um ‘manual de como educar seu filho’. “Muito fácil bater na tecla de que crianças e adolescentes devem ser *bem educados* por seus pais sem castigo físico e sem tratamento cruel e degradante”, mas “*como educar seu filho no elevado padrão do ECA?*” (NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado” Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2014, p. 240). Por outro lado, há quem a critique – como é o nosso caso – pois deve-se reconhecer que o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e o Código Penal já haviam estabelecido punições para as agressões perpetradas contra a criança e o adolescente, soando desnecessário o *bis in idem* e a inflação legislativa. Acredita-se, realmente, que a Lei Menino Bernardo nem mesmo sirva como um reforço para evitar as agressões praticadas contra a criança e o adolescente e, nesse ponto, partilha-se da posição de Nucci quando afirma que o problema está centrado na falta de critérios educacionais e limites estabelecidos pela própria família.

¹⁸⁶LIBERATI, Wilson Donizeti, “Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente”, 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 62.

disposto no artigo 227 da Constituição Federal, complementando, outrossim, o artigo 4º da mesma lei estatutária¹⁸⁷.

Paulo Lúcio Nogueira¹⁸⁸ ensina que a prevenção geral “consiste em adotar medidas de atendimento que evitem a desagregação da família e, conseqüentemente, a marginalização dos filhos que, sem recursos e meios de subsistência, enveredam pelos caminhos do abandono e da delinquência juvenil”, ou, como prefere Ângela Maria Silveira dos Santos¹⁸⁹, o legislador “previu a adoção de medidas e programas de atendimento como forma de prevenção, a fim de se evitar a discriminação e a caracterização da situação de risco”.

Muitos doutrinadores, porém, entendem que o legislador não primou por um rigor sistêmico ao abordar essa matéria, preferindo repetir insistentemente a necessidade de garantir-se eficácia aos direitos da criança e do adolescente, inclusive o direito à prevenção geral.

Criticam-no especialmente por entenderem que pouco se caminha na direção da prevenção geral da prática delituosa perpetrada por crianças e adolescentes, fazendo crescer a delinquência infantojuvenil represada por um sistema policial e repressivo erroneamente empregado àqueles necessitados de proteção e que nada resolvem, senão provocam mais violência e criminalidade.

Dentre eles, está Antônio Fernando do Amaral e Silva¹⁹⁰, que ensina que a prevenção geral da delinquência juvenil estabelece-se em três níveis:

Prevenção Primária. Exterioriza-se a prevenção primária através de medidas no sentido de garantir os direitos fundamentais e as políticas sociais básicas. Se as causas da delinquência juvenil decorrem principalmente de fatores exógenos, a

¹⁸⁷O conceito de “dever jurídico” se superpõe ao de “obrigação”, sendo, pois, distinto deste. Como ensina Orlando Gomes, o primeiro “é a necessidade que corre a todo indivíduo de observar as ordens ou comando do ordenamento jurídico, sob pena de incorrer numa sanção, como o dever universal de não perturbar o exercício do direito do proprietário (...). No dever jurídico, a sanção é estabelecida para a tutela de um interesse alheio ao de quem deve observá-lo (...). Trata-se, pois, de noção que não se confunde com o de ‘obrigação’, embora se costume falar em obrigação negativa e universal (‘dever jurídico’). A ‘obrigação’ comporta com sacrifício do interesse próprio em favor de um interesse alheio” (GOMES, Orlando, “Obrigações”, 16ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, pp. 11 e 12).

¹⁸⁸NOGUEIRA, Paulo Lúcio, “Estatuto da Criança e do Adolescente”, São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 79.

¹⁸⁹SANTOS, Ângela Maria Silveira dos, “Prevenção”, in “Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos, Coordenação MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, 6ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 342.

¹⁹⁰SILVA, Antônio Fernando do Amaral e, “A criança e o adolescente em conflito com a lei”, artigo publicado em diversos sites inclusive no do Ministério Público paulista, www.mpsp.org.br. Site visitado em 07-02-16, às 13:24h.

política de prevenção deve se basear em medidas capazes de garantir direitos básicos: saúde; liberdade e dignidade; educação, convivência familiar e comunitária, esporte e lazer; profissionalização e proteção no trabalho. Tenha-se presente, enquanto falharem as políticas sociais básicas, dificilmente se logrará prevenir a criminalidade. Saúde, educação, profissionalização, esporte, lazer, devem ser valorizados, principalmente a nível comunitário. A prevenção primária deve se orientar no apoio às ações dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Prevenção Secundária.* A prevenção secundária deve se materializar através dos Conselhos Tutelares. Se a etiologia da delinquência aponta geralmente para a falta de atendimento das necessidades básicas; para a desagregação familiar, para as más companhias; para a exploração dos adultos; para a falta de escolaridade; para o abandono; numa palavra, para a miséria; se muitos consideram em estado de risco, jovens em dificuldades; é claro que a prevenção secundária deve se basear em programas de apoio, auxílio e orientação ao jovem e à família. Tais programas, preconizados no Estatuto da Criança e do Adolescente, precisam ser implementados com a máxima brevidade, principalmente a assistência educativa a ser gerenciada pelas comunidades locais. Se a criança e o jovem em dificuldade forem atendidos na própria família; se o atendimento for de natureza educativa com a participação do núcleo familiar e comunitário, as perspectivas de prevenção serão promissoras. *Prevenção Terciária.* Exterioriza-se a prevenção terciária através de medidas socioeducativas visando readaptar ou educar o adolescente infrator.(...) A prevenção terciária requer alternativas para a privação de liberdade como programas de liberdade assistida, apoio e acompanhamento temporários, serviços a comunidade, etc.

Inegavelmente se observa que independentemente dos níveis de prevenção estabelecidos por Amaral e Silva (primário, secundário e terciário), todos eles, mais cedo ou mais tarde, encontram na educação, na informação, no compartilhamento do conhecimento e na propagação das ideias o caminho mais seguro para reduzir os riscos contra a malformação intelectual e a falta de preparo profissionalizante, fazendo reduzir a criminalidade infantojuvenil. A preocupação com a qualidade da propagação e alcance desses direitos fundamentais (educação, informação, esporte, lazer, profissionalização, etc.) – e que passa, obrigatoriamente, por seu conteúdo – é objeto tanto da prevenção geral quanto será da especial, como se verá, e guarda correlação direta com o modelo da classificação indicativa.

Tanto é assim que o artigo 71, dentro das disposições gerais, declara o direito da criança e do adolescente “a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços” com a exigência particular de que sua oferta respeite a “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

O legislador estabeleceu como limite nesse preceito a pessoa da própria criança ou adolescente que exercerá os direitos e não em outros menores de idade, diferentemente dos adultos em que o limite está no outro e não nele mesmo. Como

esclarece Ângela Maria Silveira dos Santos¹⁹¹, “essa técnica é muito importante, na medida em que respeita cada um individualmente, de forma a permitir um crescimento harmonioso do ser em formação”. Assim sendo, tudo o que chega à criança e ao adolescente pode – e deve – ser filtrado pelo universo adulto, não como um obstáculo ao exercício de um direito, mas como sinal de uma atividade responsável que reconhece no cuidado destinado à criança e ao adolescente um sinal de proteção e preservação de seu maior e melhor interesse.

O artigo 72, por sua vez, estabelece que as obrigações previstas no Estatuto – referindo-se a prevenção geral e a todos os demais deveres implícitos e explícitos na legislação estatutária – não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ele adotados. Trata-se de norma que estabelece a conexão do Estatuto com demais diplomas normativos que estabelecem deveres de prevenção, como se dá com a Convenção Internacional dos Direitos da Infância, da qual o Brasil é signatário e com o próprio Código de Defesa do Consumidor. As informações publicitárias, por exemplo, são consideradas abusivas quando se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança, na forma do artigo 37, § 2º, do CDC, considerada, como se disse, lei especial para o fim de proteção infantojuvenil. Essa matéria especificamente será abordada em item autônomo neste trabalho¹⁹², mas, desde já, registre-se que a vulnerabilidade infantil é o mote a justificar a preocupação crescente em torno da prevenção – geral e especial – no âmbito da publicidade e da propaganda dirigidas à criança.

Por fim, o artigo 73, conferindo uma maior importância ao tema, encerra o Capítulo das “Disposições Gerais” ressaltando que a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos do próprio Estatuto ou com apoio em outra lei civil ou penal.

A responsabilidade de que se trata pode ser administrativa, civil e penal. Como esclarece Antonio Cezar Lima da Fonseca¹⁹³, “para as pessoas físicas, temos sanções administrativas, civis e penais; para as pessoas jurídicas, em face do princípio *societas delinquere non potest*, podemos ter sanções civis e administrativas”. No primeiro caso,

¹⁹¹SANTOS, Ângela Maria Silveira dos, “Prevenção”, in “Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos, Coordenação MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 343.

¹⁹²Recomenda-se o exame do Capítulo V deste estudo.

¹⁹³FONSECA, Antonio Cezar Lima da, “Direitos da Criança e do Adolescente”, 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp. 196-197.

ou seja, para as pessoas físicas, de se observar o disposto nos artigos 228 a 244 do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente; quanto às sanções aplicáveis às pessoas jurídicas, chama-se a atenção para o conteúdo dos artigos 254 a 258 do ECA, sem prejuízo do ingresso de ações coletivas de responsabilização tanto das pessoas físicas como das jurídicas que atentarem contra os direitos infantojuvenis¹⁹⁴.

Guilherme de Souza Nucci¹⁹⁵, por seu turno, comentando o artigo 73 da legislação estatutária, declara que o referido dispositivo “é inócuo, pois o importante é estabelecer normas específicas, prevendo quais são as infrações administrativas ou penais àqueles que descumprem o Estatuto”, não sendo necessário mencionar o óbvio, ou seja, que se não se observar as normas de prevenção, haverá responsabilidade do infrator.

De fato, poderia o legislador ao menos ter feito referência aos dispositivos legais aplicáveis para o caso de responsabilização dos agentes infratores, facilitando o operador da lei, mas, sem dúvida alguma, o que é mais importante é colocar em prática os mecanismos de prevenção. Quanto mais eficiente for o controle preventivo, tem-se a certeza, tanto menos será a incidência de sanções administrativas, civis e penais de caráter repressivo. Sob essa perspectiva, acredita-se que a classificação indicativa é um desses mecanismos de prevenção no ambiente da cultura, do lazer e do entretenimento e é em função disso que se apóia não só a sua manutenção como também a sua propagação para além dos ambientes em que hoje ela se faz presente.

¹⁹⁴Nesse sentido, vejam-se as seguintes ementas: (i) AGRAVO DE INSTRUMENTO – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - Interposição contra decisão que não acolheu preliminar de ilegitimidade passiva - Alegação de destinar-se a sanção contra a pessoa jurídica, a quem compete ocupar o pólo passivo do procedimento - **Norma de proteção e prevenção dos direitos das crianças e adolescentes que comporta interpretação ampliativa - Incidência dos princípios da proteção integral e da absoluta prioridade** - Recurso não provido (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0075486-74.2012.8.26.0000, Câmara Especial, Des. Relator Gonzaga Franceschini, j. 17-09-2012); (ii) MENOR - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - Presença de menores em evento aberto ao público - **Violação ao art. 258 do ECA** - Infração de mera conduta - Presença incontroversa de menores - Pretensão de produção de prova oral para convencer da tomada de medidas para acesso - Irrelevância - Apelo desprovido” (TJSP, Apelação nº 0011963-23.2010.8.26.0400, Câmara Especial, Des. Relator Roberto Solimene, j. 23.7.2012); (iii) **Presença de adolescente no interior de Boate em desacordo com as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Prova suficiente das **infrações descritas nos artigos 252 e 258, ambos do ECA**. Ausência de autorização dos responsáveis legais em local que comercializa bebidas alcoólicas livremente aos frequentadores. **Infração administrativa configurada**. Aplicação da multa em salários mínimos que ora fica alterada para salários de referência. Recurso desprovido, com determinação (TJSP, Apelação nº 0015585-16.2011.8.26.0032, Câmara Especial, Des. Relator Walter de Almeida Guilherme, j. 27-08-2012). Os grifos foram postos agora.

¹⁹⁵NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”. Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2014, p. 241.

IV.4. A prevenção especial no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Capítulo II do Título III da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, é dedicado à prevenção especial que revela coerência em relação à prevenção geral, até porque desta é subclasse. Todavia, diz-se especial¹⁹⁶ por dedicar-se a matéria que merece maior cuidado e atenção. De fato, a preocupação estatutária é com a exploração *lato sensu* que adultos possam exercer sobre crianças e adolescentes, em contextos nos quais tais sujeitos são hipervulneráveis tendo em vista o espírito com que se apresentam, evitando-lhes prejuízos de ordem física, psíquica e moral.

Consta de três seções, sendo certo que a primeira delas – “Da Informação, Cultura, Lazer, Esportes, Diversões e Espetáculos” – interessa sobremaneira ao presente estudo justamente porque em seus dispositivos (artigos 74 *usque* 80) dá-se destaque ao papel desempenhado pela classificação indicativa, evidenciando sua maior preocupação: garantir à criança e ao adolescente um ambiente adequado à sua formação plena que lhe favoreça um desenvolvimento pleno e saudável. Assim, identificando aspectos nocivos da informação e diversão infantojuvenil, o legislador estabeleceu regras pormenorizadas sobre as mesmas.

Como bem observa Antonio Jorge Pereira Júnior¹⁹⁷, a referida Seção I do Capítulo dedicado à prevenção especial, curiosamente, repete a prescrição do artigo 71 quando tratou da prevenção geral, muito embora com maior riqueza de detalhes. Segundo ele, “há uma insistência proposital e uma especificação a mais dentro deste âmbito, com condutas e destinatários específicos. Em todos os artigos da seção se evidencia a preocupação do legislador na formação ética da criança e do adolescente”.

As seções seguintes – “Dos Produtos e Serviços” (artigos 81 e 82) e “Da Autorização para Viajar” (artigos 83, 84 e 85) – apesar de estarem igualmente inseridas no contexto da prevenção especial merecem uma menção para os fins a que tem em mira o presente estudo. Apenas a Seção II guarda certa pertinência com o assunto principal desta tese (a classificação indicativa) uma vez que também se destina a proteger o consumidor mirim, notadamente o inciso V do artigo 81 que proíbe a venda à criança ou

¹⁹⁶“*Adj.* 1. Relativo a uma espécie; próprio, peculiar, específico, particular. 2. Fora do comum; distinto, excelente. 3. Exclusivo, reservado” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 4ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2009, no verbete “especial”, p. 806).

¹⁹⁷PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, “Direitos da criança e do adolescente em face da TV”. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 139.

ao adolescente de revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a esse público fazendo alusão expressa ao artigo 78 da mesma legislação estatutária.

Por esta razão, dar-se-á maior ênfase ao exame da aludida Seção I e apenas superficialmente ao conteúdo da Seção II, apesar de haver comentários isolados sobre as questões ali ventiladas insertos neste estudo. Não se examinará, para os fins expostos neste trabalho, a Seção III.

Os artigos 74 a 77 são os que mais interesse despertam no exame da classificação indicativa, sendo certo que os artigos 74 e 75 referem-se à implementação do modelo classificatório nas diversões e espetáculos públicos¹⁹⁸. Para tanto, deve o Poder Público – no caso a União (artigo 21, XVI, da CF/88) – regular, por meio de leis, decretos e portarias a natureza, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

O acesso infantojuvenil a diversões e espetáculos públicos, adverte Nucci¹⁹⁹,

deve ser regrado, não com o objetivo de censurar ou impedir a cultura, o lazer ou mesmo a diversão, mas em perfeita harmonia com seu estágio de desenvolvimento intelectual e amadurecimento psicológico. Crianças têm um determinado alcance para compreender o que se passa à sua volta; tal alcance é limitado pela sua idade, de modo que, conforme a situação concreta, o que significa diversão para o adulto pode gerar um trauma para o infante. Até mesmo para compreender um espetáculo infantil é fundamental respeitar o grau de amadurecimento da criança, pois o normal para quem possui quatro anos pode ser exagerado para quem tem apenas dois²⁰⁰.

¹⁹⁸“A norma se refere a diversões e espetáculos públicos, isto é, desimporta se pagos ou gratuitos, apenas não alcançando àquelas apresentações de caráter fechado, privado, restrito a convidados; não alcança aqueles espetáculos feitos no interior de domicílios, como a apresentação de uma peça teatral num aniversário em ambiente familiar” (FONSECA, Antonio Cezar Lima da, “Direitos da Criança e do Adolescente”, 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 198).

¹⁹⁹NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”. Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2014, p. 243.

²⁰⁰Em setembro de 2012, entrava em cartaz o filme “Ted”, de Seth MacFarlane, sobre a amizade entre um homem e seu ursinho de pelúcia, distribuído pela Universal Pictures, e com ele a polêmica de sua classificação indicativa. Conta-se que o deputado Protógenes Queiroz (do PC do B de SP) ficou indignado com o filme americano ao assistir ao longa-metragem junto com o filho de 11 anos, sem saber que o principal passatempo dos protagonistas era consumir drogas. Ele chegou a sugerir que o filme fosse proibido no país, mas depois passou a defender que a classificação indicativa fosse modificada para 18 anos (o filme havia sido classificado para 16 anos de idade). Para o deputado, as pessoas compravam os ingressos com base na imagem do ursinho falante, muito atrativo para as crianças, e a sinopse não revelava seu real conteúdo. Em entrevista concedida ao portal “O Globo” o deputado afirmou “o urso de pelúcia é um ícone de qualquer criança, menino ou menina. Mas, no filme, aquele ícone querido não estuda, não trabalha, consome drogas, só pensa besteira o tempo todo. Sou a favor da liberdade de expressão, mas desde que sejam obedecidos determinados critérios da capacidade de entendimento do indivíduo. Como um pré-adolescente consegue entender que aquilo que assiste representa um risco?”. In <http://oglobo.globo.com/cultura/protogenes-queiroz-fica-indignado-apos-levar-filho-para-assistir-ted-6189987>. Matéria veiculada em 25-09-2012. Site visitado em 09-02-16, às 12:00h.

No capítulo V deste trabalho, dedicado à classificação indicativa, discorrer-se-á, com mais acuidade, sobre o sistema classificatório implementado pela Portaria nº 368, de 11 de fevereiro de 2014, do Ministério da Justiça, bem assim pela Portaria nº 26, de 12 de fevereiro de 2014, da Secretaria Nacional de Justiça, que regulamentou a criação do “Projeto Classifique” e implementou o modelo de correção no Brasil, quando se examinará, outrossim, o Guia ou Manual da Classificação Indicativa elaborado pelo Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação da Secretaria Nacional de Justiça (DEJUS/MJ).

Neste momento, contudo, quer se chamar atenção para o fato de que tais instrumentos servem diretamente para o fim de atender a prevenção especial de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, como pondera Oded Grajew²⁰¹

(...) não podemos esquecer que a criança e o adolescente são seres humanos em formação – portanto, passíveis a diversas influências, até em direções antagônicas. Não se trata de um julgamento moral, não estamos defendendo que das crianças se escondam temas essenciais intimamente ligados às questões da vida, da sexualidade, da morte, da violência e das drogas. Trata-se – isto sim – de proporcionar espetáculos de acordo com a capacidade da criança, em cada faixa etária, de assimilar estas informações de modo que elas não lhe façam dano. Não podemos esquecer que o adolescente, ávido por integrar-se ao mundo adulto, muitas vezes simplesmente copia modelos de comportamento, sem compreender o bem ou o mal que lhe podem ocasionar.

A legislação estatutária tem, assim, pois, a nítida finalidade de cuidar e zelar para que a criança e o adolescente tenham acesso a diversões compatíveis com a sua condição de pessoa em desenvolvimento, devendo os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos (diretores, gerentes, administradores) proceder com cautela e transparência, pautados no dever de informação, apondo, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, dados referentes à natureza do espetáculo e a faixa etária permitida no certificado de classificação (é o que exige, ademais, o artigo 11 da Portaria nº 368/2014, do MJ, atualmente em vigor).

Ressalte-se que quando se menciona que a informação deve ser afixada junto à entrada do local de exibição, há de se entender, realmente, deva ela estar junto ao local da venda dos ingressos ou estampada, ostensivamente, nos meios de comunicação que o divulgam, como jornais, revistas e sítios eletrônicos, de modo que até mesmo as

²⁰¹GRAJEW, Oded, *apud* CURY, Munir (org.), “Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais”, 12^a edição. São Paulo:Malheiros, 2013, p. 333.

crianças tenham acesso a sua leitura (artigo 253 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Diante da crescente utilização da internet por meio do comércio eletrônico para a aquisição de ingressos para shows, diversões e espetáculos públicos é inegável que também nesse ambiente se deva dar ao consumidor informação clara, expressa e adequada quanto à sua natureza e classificação.

Nessa esteira, deve-se concluir que as mesmas normas, princípios e valores que norteiam as relações de consumo, em especial aquelas que envolvam o entretenimento de crianças e adolescentes, no ambiente físico, devam ser utilizadas também no virtual.

Como esclarece Renata Cattini Maluf Aguirre²⁰²,

(...) Assim como nos demais casos, o comércio eletrônico do entretenimento realizado por consumidores deve ser norteado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, vulnerabilidade, informação e transparência, boa-fé, equidade e confiança, soberania do consumidor, veracidade, privacidade, função social dos contratos, segurança e proteção dos interesses econômicos, tanto na fase pré-contratual quanto na sua execução. Tais princípios são indispensáveis para suscitar a confiança dos consumidores, estabelecendo relações mais equilibradas e seguras. Portanto, em todas as compras virtuais de produtos e serviços de entretenimento, em todos os serviços digitais de entretenimento, em todas as circunstâncias em que os consumidores de entretenimento estiverem realizando comércio eletrônico, haverá aplicação dos princípios citados e das normas consumeristas.

Tal conduta no ambiente de divulgação e comercialização do entretenimento infantil não isenta, é claro, de haver no local de exibição a mesma informação quanto à natureza da diversão ou do espetáculo e a faixa etária específica novamente em destaque.

No caso de crianças menores de 10 (dez) anos, é taxativo o parágrafo único do artigo 75 do Estatuto, ao proibir seu ingresso e permanência a esses locais públicos, ainda quando as diversões e espetáculo tenham sido classificados como adequados à sua faixa etária, sem o monitoramento de um adulto, pais ou responsáveis. Logo se vê tratar-se de proibição absoluta ligada à idade. Assim, pouco importa se o limite de idade do espetáculo permita o ingresso de crianças menores de 10 (dez) anos de idade, uma

²⁰²AGUIRRE, Renata Cattini Maluf, “Relações de consumo no comércio eletrônico do entretenimento”, in FRANCEZ, Andréa, NETTO, João Carlos Costa e D’ANTINO, Sérgio Famá (Coordenadores), “Direito do Entretenimento na Internet”. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 179.

vez que estas só poderão nele ingressar se acompanhadas dos pais ou de algum adulto responsável.

Essa proibição, como refere Roberto João Elias²⁰³, não diz respeito ao espetáculo, que é próprio à idade, “porém com outros fatores, como, por exemplo, o contato com adolescentes e adultos, que pode não ser conveniente à sua formação moral”.

Há quem sustente a ampliação dessa faixa de proibição para 12 (doze) anos de idade, como sugere Guilherme de Souza Nucci²⁰⁴, pois, segundo ele, “os maiores de 10 (dez) anos também são crianças e não se sabe ao certo o porquê de poderem ingressar sozinhos em cinemas, teatros, circos, etc”.

De se reconhecer, realmente, que pais e responsáveis conscienciosos devam evitar deixar seus filhos, pupilos, alunos, entre 10 (dez) e 12 (doze) anos, sozinhos nesses locais. Isso se justifica especialmente diante do grande número de pessoas normalmente reunidas nesses eventos. Em caso de ocorrência de algum sinistro, como um incêndio, por exemplo, a criança necessitará de um responsável para orientá-la, auxiliá-la ou encaminhá-la ao devido socorro.

O descumprimento das ordens estampadas nos artigos 74 e 75 do ECA, independentemente de haver provocado qualquer prejuízo material, gera a responsabilidade administrativa do responsável pelo estabelecimento ou o empresário, na forma do artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente cuja sanção pode ser pecuniária, mediante o pagamento de multa, chegando até ao fechamento provisório do local.

Lembre-se que tal responsabilidade se justifica, ainda mais quando se tem presente que a classificação indicativa das exposições ou apresentações ao vivo, abertas ao público, tais como as circenses, teatrais e shows musicais, é feita pelos próprios exibidores, por meio da autotaxação, isto é, a atribuição da classificação indicativa é realizada pelo responsável pela obra, podendo ser confirmada ou não pelo Ministério da Justiça (artigos 2º, inciso II e 4º, inciso I, ambos da Portaria nº 368/2014).

²⁰³ELIAS, Roberto João, “Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente – De acordo com o novo Código Civil”, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 70.

²⁰⁴NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”. Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2014, pp. 243-4.

O artigo 76 e parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como os artigos 74 e 75, também estão intimamente relacionados com a temática da classificação indicativa, sobre reproduzir o conteúdo dos artigos 221, incisos I e IV, e 227, *caput*, da CF/88, dando realce acentuado à prevenção especial.

Pode-se afirmar que o estudo isolado dos aludidos dispositivos mereceria, por si só, uma tese. Aliás, nessa direção caminhou Antonio Jorge Pereira Júnior cujas pesquisas feitas em sede de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo lhe serviram de inspiração para lançar um livro sobre o assunto em outubro de 2011²⁰⁵.

Tem-se a certeza de que muitas questões tormentosas que norteiam a classificação indicativa derivam não só da interpretação como da efetiva aplicação do artigo 76 e de seu parágrafo único.

Dentre elas estão (i) a competência para a edição de portarias regulamentadoras da classificação indicativa; (ii) a eleição dos critérios temáticos para a classificação indicativa; (iii) a indicação das faixas etárias e a recomendação dos horários de restrição de exibição de determinados programas; (iv) a extensão da classificação indicativa e, mui especialmente, (v) a sanção que sua inobservância provoca, especialmente às emissoras de rádio e TV.

Todos esses aspectos serão enfrentados no Capítulo V do presente estudo, mas desde logo, deve-se lembrar que as muitas Portarias Ministeriais editadas pelo Ministério da Justiça, desde 1990, reguladoras do modelo classificatório, afora o próprio artigo 254 do ECA, foram assacados como inconstitucionais e objeto de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 392, ADI 2398, ADI 3907, ADI 3927), a última das quais tramita no Supremo Tribunal Federal há 15 (quinze) anos (ADI 2404).

O pano de fundo da discussão é um só: o poder econômico dos meios de comunicação de massa no Brasil e a influência que exercem, cada vez mais ostensivamente, na formação das pessoas, especialmente as crianças, modelando seu comportamento estético, direcionando-os no consumo de bens, desvirtuando valores e substituindo, muitas vezes, o importante papel desempenhado pela própria família na

²⁰⁵ Trata-se do livro “Direitos da Criança e do Adolescente em face da TV” publicado pela Editora Saraiva em outubro de 2011. Em abril de 2012, o mesmo autor foi articulista da Revista do Advogado nº 115, publicada pela AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, na qual discorreu sobre “A internet como televisão: extensão dos deveres das empresas de radiodifusão às empresas que atuam no meio virtual”.

condução moral e cultural infantojuvenil. O anseio lucrativo das emissoras de comunicação não pode suplantar o sobreprincípio da proteção integral nem fazer vista grossa à prevenção especial. Ao contrário deve-se primar por uma adequada programação infantojuvenil que acorra a pessoa em natural desenvolvimento.

Em razão da grande importância da matéria em apreço e da sua indiscutível repercussão no desenvolvimento de crianças e adolescentes, relata Ângela Maria Silveira dos Santos²⁰⁶ que “o Ministério Público, por meio de promotores de justiça da infância e juventude tem, comumente, expedido recomendações às diversas emissoras de televisão, objetivando a inserção, em sua programação, das respectivas classificações (artigo 201, § 5º, “c”)", além de celebrar termos de ajustamento de conduta²⁰⁷ com o

²⁰⁶SANTOS, Ângela Maria Silveira dos, “Prevenção”, in “Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos, Coordenação MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 351.

²⁰⁷A Lei nº 7.347, de 24-07-1985 (Lei da Ação Civil Pública) dispõe no artigo 5º, § 6º, o seguinte: “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. O compromisso de ajustamento de conduta ou termo de ajustamento de conduta (TAC) consiste, portanto, em documento que encerra uma obrigação de fazer, de não fazer ou de dar, visando o ajuste de conduta do transgressor ou violador de direito transindividual, com eficácia de título executivo extrajudicial (artigo 585, inciso VIII do Código de Processo Civil). Tem as finalidades de (i) evitar o ajuizamento da ação civil pública ou, se em curso esta, arquivá-la, suspendê-la ou extingui-la e, ainda, (ii) prevenir, desconstituir ou reparar os danos causados aos bens legais e constitucionalmente protegidos quanto aos direitos metaindividuais. O artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por seu turno, praticamente repete o texto do artigo 5º, § 6º da LACP, e, como adverte Guilherme de Souza Nucci, “busca facilitar o cumprimento dos direitos infantojuvenis, em fase pré-processual, geralmente investigatória (inquérito civil), mediante o estabelecimento do termo de ajustamento de conduta, por meio do qual a entidade *devedora* compromete-se a sanar a falha ou omissão em determinado prazo. Não o fazendo, pode-se executar diretamente o acordo, sem necessidade de processo de conhecimento” (NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2014, pp. 661-2). Pergunta-se, então, se o Ministério Público estadual pode firmar termo de ajustamento de conduta regulando a entrada, horário e idade em diversão e espetáculos públicos (artigo 74, ECA) e, ainda, se pode, por esse instrumento, exigir que as emissoras de televisão insiram o aviso de classificação indicativa em suas programações (artigo 76, ECA). Ora, de acordo com o citado artigo 5º, § 6º, da LACP e como artigo 14 da Resolução nº 23, de 17-09-2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, “poderá o Ministério Público firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados”. Os direitos mencionados no artigo 1º da citada Resolução são todos aqueles cuja tutela esteja a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, dentre os quais estão, inegavelmente, os interesses e direitos infantojuvenis. Como esclarece João Batista de Almeida, “1º) Somente os órgãos públicos legitimados para a ação civil pública e coletiva poderão tomar o compromisso de ajustamento de conduta. Trata-se, portanto, de faculdade reservada única e exclusivamente a ‘órgãos públicos’; 2º) Não se trata de transação, pois não existem concessões mútuas. O interessado compromete-se a ajustar sua conduta ‘às exigências legais’, portanto, o ajustamento é à lei. O legitimado assume o compromisso de não ajuizar a ação como intentava fazer, que também restaria sem objeto após o compromisso; 3º) Há certa liberdade quanto ao objeto do compromisso, que pode versar sobre obrigação de fazer ou não fazer, como pode incluir outras modalidades de ajuste, desde que o fim colimado seja a reparação do bem lesado ou o impedimento de que a lesão venha a ocorrer ou a se ampliar; 4º) Devem ser impostas cominações ao interessado, de caráter patrimonial, para a hipótese de descumprimento; 5º) O compromisso terá eficácia de título

objetivo de cessarem os abusos cometidos pelas emissoras, sob pena de execução específica (artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Em caso de descumprimento das recomendações, a ação civil pública²⁰⁸ vem sendo o instrumento processual capaz de compelir as emissoras acerca do cumprimento

executivo extrajudicial, o que significa que pode ser executado, se inadimplido. Se for homologado em juízo, passa a ser título executivo judicial; 6º) Se for tomado no inquérito civil, só poderá fazê-lo o Ministério Público, a quem cabe a sua promoção com exclusividade. Nada impede que seja tomado em juízo, e, neste caso, encerrará o processo. Se tomado no inquérito civil, ocasionará o seu arquivamento, que deverá ser homologado pelo Conselho Superior. Aliás, o próprio termo de compromisso deverá ser submetido àquele Colegiado; 7º) Restrição: não podem ser objeto de compromisso as condutas atinentes à improbidade administrativa (Lei 8.429/92, art. 17, § 1º) (ALMEIDA, João Batista de, “Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública”, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 239-240). Feitas essas observações, com a única ressalva de entendimento, pois acredita-se que o ajustamento seja fruto de uma transação que se converte em “lei”, de se concluir que: (i) ter o Ministério Público estadual legitimidade para firmar termo de ajustamento de conduta regulando a entrada, horário e idade em diversão e espetáculos públicos (artigo 74, ECA), e, também, para exigir que as emissoras de televisão insiram o aviso de classificação indicativa em suas programações (artigo 76, ECA); (ii) haver coerência na fixação do TAC, na medida em que igualmente competente o Ministério Público estadual para intervir em ações individuais ou coletivas que afetem, direta ou indiretamente, interesses infantojuvenis; (iii) como decorrência da necessária prevenção especial (artigos 74, 75 e 76 do ECA) cuja fiscalização é de todos os cidadãos e, *ipso facto*, do Representante destes (o Ministério Público federal e estadual), inegável a proteção operada pelo MP na defesa da matéria ali ventilada; (iv) conveniente que o termo de ajustamento de conduta diga respeito à obrigatória adequação do espetáculo, do local e horário de sua apresentação, sujeitando as emissoras de televisão ou de radiodifusão, ou os locais de apresentação de espetáculos públicos a se amoldarem às exigências legais, pena de incidência de multa ou mesmo de desaprovação da veiculação do espetáculo ou retirada de circulação do jogo eletrônico com impactos diretos no exercício de sua atividade.

²⁰⁸Paulo Afonso Garrido de Paula ao apresentar as características gerais da tutela jurisdicional diferenciada dos direitos da criança e do adolescente (tutela preventiva e de urgência), acrescenta que os direitos da criança e do adolescente são, a um só tempo, sócio-individuais, pertencendo indistintamente à sociedade e ao indivíduo em razão dos valores social e pessoal que integram o bem jurídico protegido, merecendo atenção, celeridade e seriedade no acesso à justiça e difusos já que podem atingir uma gama indeterminada de pessoas e interesses. Na tutela sócio-individual, a jurisdição diferenciada manifesta-se ainda pela legitimidade concorrente e disjuntiva do Ministério Público para toda e qualquer ação civil, pela necessidade de sua intervenção quando não for parte, pela cognição sumária em todos os procedimentos, pela possibilidade de concessão de liminares relacionadas à defesa da integridade da criança e do adolescente, pelo contraditório inicial ou diferido e pela regularidade formal. A tutela coletiva prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente não destoa do sistema de proteção aos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, inaugurado com o advento da Lei nº 7.347/85, e aperfeiçoado com o CDC, de 1990. Nesse diapasão, inclusive, a Lei nº 8.069/90 manda aplicar, no que couber, a Lei nº 7.347/85 (art. 224), que, por sua vez, determina a incidência da Lei nº 8.078/90, sendo que esta volta a precisar a regência subsidiária da Lei nº 7.347/85 (GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada”. São Paulo: Editora RT, 2002, pp. 87 *usque* 105). Pelo exposto, de se concluir que a tutela jurisdicional coletiva devida a crianças e adolescentes, caracterizada pelo traço da relevância social, possa ser manejada pelo Ministério Público no exercício de uma ação civil, que nesse caso, será pública, já que o *parquet* é o legitimado constitucionalmente instituído para essa defesa. Essa também a lição de Sérgio Shimura: “a expressão ‘ação coletiva’ (*não-individual*) constitui-se em *gênero* que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), diferenciando-se da ‘ação individual’, que tem por finalidade veicular pretensão puramente subjetiva e particularizada. Não se desconhece que cada qual pode ter suas peculiaridades e procedimentos específicos, mas é certo que todas estão voltadas a servir de instrumento à proteção de interesses coletivos. Enquadrar-se-iam, por exemplo, nesse espaço, a ação popular, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF), a ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, e §§ 1º e 2º; art. 103 e § 2º, CF; Leis 9.868/1999 e 9.882/1999), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF) e a própria ação civil pública.

da regra do parágrafo único do artigo 76, que determina que nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem o aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

Valter Kenki Ishida²⁰⁹ lembra ter sido condenada a pagar o valor de R\$ 5 milhões emissora de televisão que exibiu à tarde novela com cenas de sexo e violência, quantia essa que seria dividida por todas as Unidades da Federação e DF, destinando-se, ainda, 1/27 do aludido montante, para instituições de recuperação de adolescentes infratores. Procurou-se, assim, garantir o direito à diversão sadia atendendo à prevenção especial a que alude o artigo 76 e parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A faixa horária de proteção à criança, nos termos do artigo 10 da Portaria nº 368/2014, do MJ, estende-se das seis às vinte horas. Nesse interstício, podem ser exibidas, na televisão aberta, obras audiovisuais classificadas como livres ou não recomendadas para menores de 10 (dez) anos. Entre vinte e vinte e uma horas podem ser exibidas as obras classificadas como não recomendadas para menores de 12 (doze) anos. Isso significa que as crianças não deveriam ter acesso aos programas exibidos pela televisão aberta a partir das vinte horas, se contarem 10 (dez) anos de idade e, das vinte e uma horas em diante, se tiverem 12 (doze) anos de idade. Aos adolescentes a faixa de proteção se estende das vinte e uma horas até as vinte e três horas – os adolescentes com 14 (quatorze) anos, podem ter acesso à programação até as vinte e duas horas e os com 16 (dezesseis) anos, até as vinte e três horas. A partir desse horário até as seis horas a faixa de exibição é adulta (ou seja, atende aos maiores de dezoito anos de idade).

Todavia, como é cediço, cada vez se torna mais difícil impedir que uma criança com dez anos tenha acesso à televisão após as vinte horas, o mesmo ocorrendo com as de doze anos a partir das vinte e uma horas. Daí porque ser fundamental a educação familiar. É realmente a família, por meio dos pais, no exercício do poder familiar, que devem orientar seus filhos e preservar-lhes a dignidade e a integridade física, psíquica e moral. Entretanto, tal condução deve estar alicerçada por uma atuação proativa das

Em todas elas, o ponto em comum reside nos extremos do procedimento: legitimidade ativa concorrente e disjuntiva e a coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*” (SHIMURA, Sérgio, “Tutela Coletiva e sua efetividade”. São Paulo: Editora Método, 2006, pp. 43-44). Sobre o tema *mandado de segurança coletivo*, ver, também, AURELLI, Arlete Inês. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

²⁰⁹ISHIDA, Valter Kenji, “Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência”, 16ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015, pp. 193-194.

próprias emissoras de televisão, do Poder Público e da sociedade em geral como cogestores nesse processo.

Nesse sentido, sugere-se que as emissoras de TV disponibilizem, na faixa horária entre vinte e vinte e duas horas, principalmente, programações que possam também ser assistidas por crianças cientes de que o público infantil poderá estar nesse horário diante da televisão.

O artigo 77 da legislação estatutária sugere, ainda, que os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo observem a classificação indicativa das obras audiovisuais por eles comercializadas, exibindo-a no invólucro, e prestando informações sobre sua natureza e faixa etária a que se destinam, pena de responderem nos termos do artigo 256 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos dias que correm, já são rarefeitas as locadoras de vídeo, diante do avanço de outros mercados impulsionados, especialmente, pela proliferação da internet e dos serviços de acesso condicionado (tais como NET, Skype e Claro TV) e os vídeos por demanda, como o NOW e o revolucionário Netflix²¹⁰, em que as obras audiovisuais são ofertadas na forma de catálogo, para fruição por difusão não-linear, em horário determinado pelo consumidor final, de forma onerosa. Apesar disso, a regra insculpida no artigo 77 se adéqua, perfeitamente, a esses novos ambientes, devendo a programação em geral e as obras audiovisuais apresentarem os símbolos e as demais informações da classificação indicativa.

Os artigos 78 e 79 do Estatuto da Criança e do Adolescente, muito embora não façam alusão direta à classificação indicativa, mantém com ela, pertinência temática. Explica-se.

²¹⁰O Netflix é um dos maiores serviços de *streaming* de vídeos no mundo. É um serviço de televisão por internet, que oferece acesso ilimitado de horas de conteúdo ou, melhor dizendo, a uma ampla seleção de filmes, séries, documentários, monólogos e programas infantis. O leque é vastíssimo e é apresentado aos utilizadores um pouco como acontece com o *facebook* e outros serviços da internet com base em algoritmos. A ideia não é que o utilizador cada vez que queira ver um programa vá à procura do mesmo numa interminável lista ou mediante pesquisa. Isso também é possível, mas a ideia da Netflix é ir apresentando ao utilizador sugestões personalizadas que cominam com o aquilo que habitualmente assiste (FIGUEIREDO, Maria, “Afiml, o que é o Netflix?”, in <http://hightechgirlblog.com/2015/07/afiml-o-que-e-netflix/>, acesso feito em 14-02-16, às 09:03h).

De fato, os mencionados dispositivos advertem que as revistas e publicações²¹¹ destinadas ao público infantojuvenil deverão, a exemplo das diversões e espetáculos públicos, bem assim das obras audiovisuais em geral, preservar a qualidade de seu conteúdo evitando que crianças e adolescentes se coloquem em contato com conteúdos impróprios, tais como aqueles que revelem mensagens pornográficas ou obscenas (parágrafo único do artigo 78 do ECA), além de ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios²¹² de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições (artigo 79 da legislação estatutária).

Para logo se vê que as restrições de conteúdo a que aludem os citados dispositivos legais guardam estreita relação com os critérios temáticos adotados na classificação indicativa, a saber: (i) a advertência ao conteúdo pornográfico ou obsceno remonta às limitações relativas aos espetáculos, diversões e programas que exploram o sexo e a nudez; (ii) a proibição relacionada à exposição visual e a mensagens, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas e tabaco aproxima-se das restrições impostas às programações que contenham cenas em que os personagens utilizam ou comercializam drogas ou qualquer produto que cause dependência química e, (iii) a vedação à ilustração ou qualquer apologia ao uso de armas e munições está em sintonia com o necessário combate à violência, especialmente a que entra em milhões de lares pela “caixa mágica”, como, metaforicamente, fora denominada a televisão, em seu lançamento no mercado.

Assim como as obras audiovisuais devem evitar a exposição infantil a determinados conteúdos, também as revistas e publicações destinadas a esse público não de seguir idêntica orientação. Todavia, enquanto as primeiras sujeitam-se à classificação indicativa, as segundas devem ser protegidas com embalagem opaca, sendo lacradas para o fim de sua comercialização, com advertência de conteúdo.

Realmente, inexistente portaria ou lei específica regulando o material impresso, exceto os referidos dispositivos, c.c. o artigo 81, inciso V, todos do Estatuto, este último

²¹¹“Revistas são publicações periódicas na forma de brochura, com escritos variados e geralmente ilustrados. *Publicações* são livros ou folhetos” (ISHIDA, Valter Kenji, “Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência”, 16ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 196).

²¹²“*Ilustrações* são desenhos, imagens ou gravuras que acompanham as revistas e publicações, incluindo livros, jornais e revistas. *Fotografias* são reproduções de imagens utilizadas nas revistas e publicações. *Legendas* são pequenos textos, geralmente descritivos ou explicativos que se coloca abaixo das ilustrações e fotografias. *Crônicas* são seções ou colunas de jornais ou revistas consagradas a assuntos especiais. *Anúncios* são mensagens em que se pretende levar ao público a qualidade de um produto ou serviço” (ISHIDA, Valter Kenji, “Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência”, 16ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 196).

proibindo a venda à criança e ao adolescente, dentre outros produtos, das revistas e publicações que contenham os conteúdos referidos no artigo 78, cuja infração acarreta sanção administrativa (artigo 257, ECA).

O controle a referida exposição como mecanismo preventivo acaba resvalando no poder parental. Roberto João Elias²¹³ comenta que “embora algumas disposições referente a menores, como é o caso deste artigo” – referindo-se o autor ao artigo 78 do ECA – “pareçam inócuas, pois o menor poderá, por meio de um adulto, obter revistas pornográficas, a verdade é que todas elas têm em vista a proteção integral”. Por essa razão, o comerciante e as editoras devem observar as normas de proteção à criança e ao adolescente, sob pena de incorrerem no pagamento de multa de três a vinte salários de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidência, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação (artigo 257 do ECA²¹⁴).

Proteger a criança e o adolescente também é o objetivo do artigo 80 da legislação estatutária que proíbe o ingresso e a permanência deles em estabelecimentos que explorem comercialmente jogos de azar, como bilhar, sinuca ou congêneres, como os que se ofertam em bares, lanchonetes e *lan houses*. A inclusão de tais práticas como proibitivas a crianças e adolescentes faz sentido na medida em que, a exemplo do álcool e das drogas, o jogo também vicia, sobre desviar a criança e o adolescente dos afazeres

²¹³ELIAS, Roberto João, “Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente”, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 95.

²¹⁴REPRESENTAÇÃO DEDUZIDA POR CONSELHO TUTELAR – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) – VEICULAÇÃO, EM *OUTDOOR*, DE ANÚNCIO DE REVISTA MASCULINA PROTAGONIZADO POR MODELO DESPIDA E EM POSE SENSUAL – APLICABILIDADE DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 78 E 257 DO ECA – Proteção dos infantes em razão da condição especial de pessoas em processo de formação da personalidade e do caráter – Responsabilidade da empresa mantenedora dos engenhos publicitários caracterizada – Sentença mantida – Recurso desprovido. Em razão da tutela constitucional assegurada à criança e ao adolescente, pessoas em pleno processo de formação de sua personalidade e caráter, o Estatuto que lhes é próprio (ECA – Lei n. 8.069/90), em seu art. 257, traz previsão expressa de aplicação de multa no caso de descumprimento do disposto no art. 78, ao estatuir que ‘as revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo’. No caso vertente, não restam dúvidas de que a representada, empresa responsável pela veiculação, em *outdoor*, de anúncio de revista masculina que estampa modelo despida em pose sensual, praticou a conduta ilícita descrita na representação, não se divisando causa eximente de sua responsabilidade, ademais do que não restou demonstrado que a publicidade invecivada contasse com autorização do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – Conar” (TJ/SC, 2ª. Câmara de Direito Público, Apelação nº 2008.020993-2, SP, Des. Rel. João Henrique Blasi, DJ 06-09-2011). Em sentido contrário, Valter Kenji Ishida para quem “apenas a publicação em revista é que proporciona a punição pela infração administrativa tipificada pelo art. 257. Assim, esta não alcança outro tipo de publicação como a de *outdoor*, porque vedada está a analogia *in malam partem*” (ISHIDA, Valter Kenji, “Infração administrativa no Estatuto da Criança e do Adolescente”. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 88). Em que pese a opinião de Ishida, nesta tese se defenderá a primazia do sobreprincípio da proteção integral que perpassa pela efetividade da prevenção especial, razão pela qual se aplaude a decisão proferida pelo Tribunal catarinense.

comuns à sua idade. Os proprietários de tais estabelecimentos são obrigados, assim, a informar o público sobre a prática de jogos em suas dependências, afixando aviso para ciência e orientação²¹⁵. Tal aviso desempenha, em certa medida, a mesma função da classificação indicativa, que é empregada, textualmente, nos jogos eletrônicos e aplicativos, bem como nos jogos de interpretação de personagens (RPG), tudo, aliás, como prescrevem os artigos 32 *usque* 37 da Portaria nº 368/2014, do Ministério da Justiça.

A inobservância pelo responsável ou pelo empresário em observar tal dever de informação pode acarretar-lhes sanção administrativa consistente no pagamento de multa e, em caso de reincidência, até mesmo o fechamento provisório do estabelecimento (artigo 258 do Estatuto). A fiscalização do cumprimento de tal regra cabe aos membros do Conselho Tutelar, bem assim à própria polícia.

Nem mesmo bilhete de loteria e equivalentes²¹⁶ pode ser adquirido por criança ou adolescente (artigo 81, inciso VI do ECA).

De se notar, enfim, que o legislador pretendeu evitar a proliferação do vício provocado pela prática constante de jogos de azar, o que, porém, não se aplica nas hipóteses de quermesses e festas escolares em que não é incomum encontrar-se um salão de “bingo”²¹⁷. Esta modalidade de jogo, muito comum no período das comemoradas “festas juninas”, tem, costumeiramente, finalidade altruísta e os prêmios entregues aos ganhadores são amealhados pela congregação, no caso das quermesses organizadas por paróquias e igrejas, ou pelos alunos, na hipótese das festividades escolares, permitindo-se, assim, excepcionalmente, o acesso de crianças e adolescentes, preferencialmente acompanhados por adultos.

²¹⁵Nesse sentido, devem, igualmente proceder os clubes que disponibilizam salões de jogos onde há, à disposição dos sócios, mesas de bilhar e sinuca, bem assim os hotéis e navios de bandeira estrangeira que navegam em mares brasileiros, especialmente quando é cobrado um preço pelo tempo a ser despendido na partida.

²¹⁶Incluam-se, portanto, todas as variadas apostas comercializadas em casas lotéricas, inclusive o turfe.

²¹⁷Diferente foi o tratamento dispensado às casas de “bingo” que proliferaram no país, especialmente na metade da década de 90, e que eram verdadeiros “cassinos” disfarçados, o que também serviu aos fliperamas, igualmente proibidos para crianças e adolescentes.

IV.4.1.O que evitar para garantir o direito à prevenção especial

Como se destacou linhas acima, os critérios temáticos empregados pelo sistema classificatório (sexo e nudez, violência e drogas) estão em harmonia com os adotados pelo legislador estatutário para o fim de garantir eficiência à prevenção especial (pornografia e obscenidade; bebidas alcoólicas, tabaco, armas, munições, fogos de estampido e de artifício; jogos de azar, bilhar, sinuca e congêneres), e que estão em evidência nos artigos 78, 79, 80 e 81, incisos I a VI do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os referidos temas, longe de terem sido incluídos aleatoriamente no Capítulo da “Prevenção Especial”, denotam a preocupação do legislador em afastar da criança e do adolescente a proximidade com assuntos que possam desviar-lhes a formação reta de sua personalidade e de seu caráter, instigando-os à adultização e erotização precoce, além de evitar que tenham acesso a lugares que os incitam a cometer práticas delituosas e nos quais há circulação de produtos que facilitam o emprego da violência sobre causar dependência química.

Tal proximidade de um só turno reforça ser a classificação indicativa um real instrumento na direção da prevenção especial infantojuvenil.

Os critérios temáticos adotados pelo sistema classificatório serão analisados, individualmente, no próximo capítulo. Neste, porém, quer se chamar a atenção para algumas polêmicas quanto às restrições contidas na legislação estatutária.

IV.4.1.1. Extensão e Conteúdo da expressão “mensagens pornográficas ou obscenas” (artigo 78, parágrafo único, ECA)

Ao se falar em pornografia e obscenidade logo se faz uma associação com conteúdos que exploram a prática sexual ou a exposição dos órgãos sexuais, masculino e feminino.

Tal associação faz sentido, na medida em que por pornografia entende-se “a figura, fotografia, filme, espetáculo, obra literária ou de arte relativos a ou que tratem de coisas ou assuntos obscenos ou licenciosos, capazes de motivar ou explorar o lado

sexual do indivíduo” e obscenidade “a qualidade ou caráter de obsceno”, isto é, “aquilo que fere o pudor”²¹⁸.

Embora toda pessoa seja dotada de pudor, um sentimento de vergonha, de incômodo produzido “pelo que pode ferir a decência”, existe o que se denomina, na lição de Julio Fabbrini Mirabete²¹⁹, um “pudor coletivo”, isto é, aquele que atende ou está em conformidade com os costumes vigentes em determinado lugar e durante determinado tempo. O pudor, sentimento adquirido e desconhecido entre os povos primitivos, é, na expressão de Fragoso²²⁰, “afirmação da cultura”. Assim, quando um fato não obedece às regras costumeiras observadas pela grande maioria dos cidadãos, ofendendo a moralidade média da coletividade, merece repressão. Para a apuração da existência ou não de ofensa ao pudor público, necessário torna-se, portanto, uma apreciação dos usos e costumes quanto à época, ao lugar do fato etc.; não se deve atender, porém, “às exigências extraordinárias das sensibilidades mórbidas ou exageradas ou às austeridades do puritanismo ou aos falsos princípios sem equilíbrio na concepção da vida social²²¹”.

Daí porque afirmar-se que o sentimento de pudor é noção extremamente relativa e jurídica²²².

Nessa esteira, o assunto interessa muito aos penalistas, tendo em vista haver o Código Penal brasileiro tipificado, como crimes ultrajantes ao pudor público, tanto o

²¹⁸FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 4ª edição, Curitiba:Editora Positivo, 2009, pp. 1603 e 1422, respectivamente. O termo obscenidade foi definido pela Suprema Corte Americana em 1957. Considerava-se como tal o material que o cidadão comum reputasse como exibição ofensiva da conduta sexual, de acordo com os valores da comunidade. A partir de 1973 acrescentou-se a necessidade de o material ser carente de sérios valores literários, artísticos, políticos ou científicos. A exposição de material obsceno era ato vedado em qualquer meio de comunicação em massa (PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, “Direitos da criança e do adolescente em face da TV”. São Paulo:Editora Saraiva, 2011, p. 212).

²¹⁹MIRABETE, Julio Fabbrini, “Manual de Direito Penal – Parte Especial (Arts. 121 a 234 do CP)”, vol. 2. São Paulo:Editora Atlas, 1986, p. 461.

²²⁰FRAGOSO, Heleno Cláudio, “Lições de direito penal, parte especial (arts. 213 a 359), vol. 3, 3ª edição. São Paulo:Forense, 1981, p. 28.

²²¹FARIA, Bento de, “Código penal brasileiro comentado”, vol. 6. São Paulo:Distribuidora Record Editora, 1959, p. 171.

²²²Em época não muito distante, o beijo na boca em praça pública consistia ato ultrajante ao pudor (ato obsceno) algo que, nos dias de hoje, não mais representa ação que afete o pudor coletivo, principalmente nos grandes centros urbanos. A prática do ato sexual, por outro lado, realizado em ambientes públicos, permanece sendo considerado ato obsceno. Nesse sentido, lembra-se do episódio ocorrido em 2006 envolvendo a atriz Daniela Cicarelli e seu então namorado Tato Malzoni flagrados praticando relação sexual em pleno mar da praia de Tarifa, na Espanha. A notícia foi amplamente divulgada e o vídeo dos enamorados disponibilizado no *site* youtube teve milhares de acessos.

“ato obsceno” (artigo 233, CP²²³), quanto o escrito ou objeto obsceno (artigo 234 e parágrafo único do CP²²⁴), sendo a pornografia uma forma de veicular a obscenidade²²⁵.

De acordo com Mirabete²²⁶,

Ato obsceno é o ato impudico, que tenha qualquer característica sexual em sentido amplo, real ou simulado, atritando com o sentimento médio de pudor. São atos obscenos aqueles que, embora não se referindo à atividade sexual, envolvem órgãos a ela referentes. A micção é ato natural, mas, quando praticada na via pública, com exibição do pênis, é indiscutível que ofende o pudor público, representando conduta censurada pelo consenso comum (...).

(...) *Escrito* é a expressão gráfica composta de letras que exprimem um pensamento, podendo resultar de processo manuscrito ou mecânico. São escritos os impressos, jornais, revistas, livros, cartazes, panfletos, etc. *Desenho* é a representação gráfica de um objeto, seja original ou reprodução por impressão, *pintura* a representação colorida de pessoas ou coisas, *estampa* a gravura impressa, normalmente reprodução de quadros, fotografias, etc. e *qualquer objeto obsceno* abrange as esculturas, bonecos, filmes, fotografias, *poster*, etc. (...) É necessário, porém, que se revele o propósito, na obra, de excitar a sensualidade e a luxúria e o sentido pornográfico não pode ser aferido por uma ou outra passagem de um relato, sendo necessária uma apreciação em conjunto.

Ora, se a prática de ato obsceno atinge o “pudor coletivo”, sendo punido pelo Código Penal, com maior razão deve-se combatê-lo quando sua prática afeta o público infantil, vulnerável e imaturo na recepção de tais conteúdos²²⁷.

²²³“Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

²²⁴“Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição, ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Parágrafo único – Incorre na mesma pena quem: I – vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; II – realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo que tenha o mesmo caráter; III – realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno”.

²²⁵A disseminação da pornografia pelos meios eletrônicos, a saber, internet, whatsapp, smartchat, etc. tem causado uma grande preocupação aos operadores do Direito, especialmente nas esferas cível, penal e infantojuvenil, justamente por potencializar a banalização do sexo, fomentando a prática da pedofilia, mediante a exposição ultrajante de crianças e adolescentes nus, submetidos a práticas sexuais abusivas acessíveis nesses ambientes. Maximiza, ademais, a prostituição infantil e o tráfico de crianças. Não é objetivo deste trabalho o enfrentamento dessas questões, mas, não se olvide que a prematura exposição de crianças a programas, espetáculos, diversões, obras literárias, revistas e jogos que explorem tais conteúdos atuam como fortes deflagradores de tais atitudes criminosas. Nessa toada, o Estatuto da Criança e do Adolescente tipifica como crimes, entre os artigos 240 e 241-D, os de “utilização de criança ou adolescente em cena pornográfica ou de sexo explícito” (artigo 240); “comércio de material pedófilo” (artigo 241); “difusão de pedofilia” (artigo 241-A); “posse de material pornográfico” (artigo 241-B); “simulacro de pedofilia” (artigos 241-C) e “aliciamento de menores” (artigo 241-D), sendo certo que o artigo 241-E traz uma norma explicativa quanto ao sentido a ser atribuído à expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica”, dispositivo que foi incluído ao ECA pela Lei nº 11.829, de 2008.

²²⁶MIRABETE, Julio Fabbrini, “Manual de Direito Penal – Parte Especial (Arts. 121 a 234 do CP)”, vol. 2. São Paulo: Editora Atlas, 1986, p. 462.

²²⁷APELAÇÃO - Ação Civil Pública visando à condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais difusos e coletivos, decorrentes da publicação de matéria ilustrada com desenhos

O fato de ser a sociedade atual mais permissiva pode, entretanto, dificultar a identificação do que sejam “mensagens pornográficas ou obscenas”. Tal argumento, contudo, não pode servir de escudo para justificar a ausência de proteção à criança. Os critérios que devem nortear a eleição de tais conteúdos são aqueles aceitos no ambiente familiar inserido no contexto da sociedade média, onde princípios éticos sejam difundidos.

Eis, portanto, a *mens legis* estatutária que pretende, ao referir-se a “mensagens pornográficas ou obscenas”, evitar a exposição do público infantojuvenil ao recebimento de informações escritas ou fotográficas com forte apelo sexual, exibição da genitália, além de exposição a palavras, desenhos, pinturas ou gravuras inadequados que revelem o intuito de ofender ou constranger alguém.

Todavia, não há confundir o conteúdo erótico ou sensual com o ato obsceno. Aquele, eventualmente, pode estar compreendido no conceito deste. No ato obsceno, como se disse, o agente pratica ato que contrasta com o sentimento médio de pudor ou com os bons costumes.

Essa diferenciação é importante no contexto da legislação estatutária na medida em que “as revistas e publicações que contenham mensagens pornográficas ou obscenas devem ser protegidas e comercializadas com embalagem opaca (normalmente de cor preta); revistas eróticas ou sensuais devem ser comercializadas em embalagem lacrada, mas transparentes, com advertência de seu conteúdo²²⁸”.

pornográficos, em jornal de grande circulação nacional – Sentença de improcedência – Pleito de reversão do julgado, sob o fundamento de que o material veiculado pela ré, prejudicial ao desenvolvimento infantil e ao desenvolvimento da sexualidade, atingiu número significativo de crianças e adolescentes em todo o território nacional, acarretando, assim, dano moral coletivo - Impossibilidade – Preliminar de cerceamento de defesa afastada – Natureza do pedido que dispensa a demonstração de danos individualmente suportados – Ilicitude consistente na violação à regra inserta no art. 78 do ECA - Figura do dano moral coletivo que, não obstante o progressivo reconhecimento pela doutrina e jurisprudência pátrias, não resta caracterizada no caso em epígrafe – Configuração do dano extrapatrimonial que demanda avaliação objetiva e ofensa injustificável – Publicação isolada, em periódico dirigido ao público adulto – Princípio da proteção integral que reclama a participação conjunta da família, da sociedade e do Estado – Inteligência do art. 227 da Constituição Federal - Dano indenizável não verificado – Sentença mantida - Recurso não provido. (...) Do que se depreende da análise dos autos, ante o nítido caráter pornográfico das ilustrações em questão, resta patente o descumprimento, por parte da apelada, do aludido dever legal, passível de apuração, mediante procedimento específico, da prática de eventual infração administrativa inserta no art. 257 do ECA (TJSP, Apelação nº 0001250-45.2012.8.26.0100-SP, sendo apelante Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude Central da Capital e apelado Empresa Folha da Manhã S/A, Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Relatora Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 10-03-2014, v.u.).

²²⁸ISHIDA, Valter Kenji, “Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência”, 16ª edição. São Paulo:Editora Atlas, 2015, p. 195.

Em parecer proferido por Jurandir Norberto Marçura, Procurador de Justiça de São Paulo, nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela Abril S.A. em face do Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude de Campinas, SP²²⁹, lê-se que,

(...) mensagens pornográficas ou obscenas a que alude o texto legal são aquelas que, espalhando devassidão e libertinagem, ferem o pudor público, *id est*, o sentimento de decência das pessoas. Não há confundir pornografia e obscenidade com erotismo e sensualidade. O legislador teve o cuidado de agregar ao termo ‘pornográficas’, o vocábulo ‘obscenas’, cujo conceito já é bastante conhecido, tendo em vista sua aplicação no tipo penal sob *nomen iuris* ‘Ato obsceno’ (CP, art. 233), justamente para limitar as possíveis controvérsias conceituais, objetivando restringir o direito de expressão somente naquilo que fosse absolutamente necessário ao acautelamento dos interesses da criança e do adolescente.

Nessa esteira, muitas revistas, notoriamente conhecidas como “revistas masculinas”, como a Playboy e a Carícia, não seriam consideradas revistas pornográficas ou obscenas, devendo sua comercialização ser realizada em embalagem lacrada, mas não opaca, com advertência de seu conteúdo.

Realmente, nem todos os conteúdos eróticos e sensuais são obscenos, cabendo o exame cuidadoso de cada caso. A generalização poderia levar ao aniquilamento da própria cultura e ao empobrecimento da arte²³⁰.

E o que dizer dos anúncios ou propagandas que muitas vezes, subliminarmente, contém mensagens pornográficas e obscenas? A restrição contida no artigo 78 e parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente se estenderia também para esse ambiente?

Tal assunto cruza as fronteiras nacionais e é, por exemplo, objeto de discussão em outros países da América do Sul, como sói acontecer com a Colômbia.

Sobre a questão, assim se expressa Guillermo Corzo Carvajal²³¹:

En el mercado hay tres pornografías, cada una relacionada con las zonas que excita y los productos que ofrece. La más conocida, *la pornografía del sexo*.

²²⁹TJSP, MS nº 32.871-0-3, Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo *in Justitia* 176/168.

²³⁰Lembre-se da famosa “Vênus de Milo”, da belíssima estátua de “David”, em que os corpos nus revelam sensualidade sem serem obscenos. O mesmo se diga sobre a “Mona Lisa”, de Da Vinci ou da “Moça com Brinco de Pérola”, pintura do holandês Johannes Vermeer. Em ambas as obras realçaram os pintores a sensualidade no olhar e nos detalhes dos lábios das respectivas modelos. Para os padrões atuais brasileiros, nenhuma dessas obras clássicas, porém, seriam consideradas pornográficas ou obscenas.

²³¹CARVAJAL CORZO, Guillermo, “Prioridad... Pervertir a Los Niños: Atrapados em la perversa cultura del consumo”. Bogotá: Editor Fernando Jaimes Peláez, 2012, pp. 58-60.

Este ofrece obscenamente el cuerpo o partes de él lo vemos desde las producciones llamadas XXX o regada a través de toda la publicidad que nos bombardea a diario por medio de la llamada "multimedia". Es un gancho importante para ofrecer otros productos y para generar atención y "ratings". Alrededor de ella se encuentran incluidas todas las formas de obscenidad y morbosidad, tanto en la imagen como en la palabra. La escalada en ascenso del lenguaje procaz y grosero que cada vez vemos más en nuestros niños, niñas y adolescentes hace parte de este estilo pornográfico. La publicidad no ahorra estimular sutil o directamente el erotismo sexual en todas sus formas para lograr posicionar una marca o vender un producto²³².

Assim como se defenderá que o modelo de classificação indicativa possa ser utilizado, com adaptações, para o ambiente da propaganda e da publicidade, assunto que será abordado no capítulo seguinte, defende-se que as restrições atinentes às "mensagens pornográficas e obscenas" também se apliquem aos anúncios insertos em revistas e publicações destinadas ao público infantil.

IV.4.1.2. "Bebidas alcoólicas e armas" (artigos 79 e 81, I, II e III, ECA): a prevenção especial incide qualquer que seja a dosagem alcoólica e mesmo se a arma for de brinquedo?

O artigo 79 do Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe que as revistas e publicações destinadas ao público infantojuvenil divulguem ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições e o artigo 81, incisos I, II e III proíbe a comercialização desses mesmos produtos à criança e ao adolescente.

Sem dúvida alguma, quer-se evitar que as crianças e os adolescentes sejam expostos a produtos que não só causem dependência química (como é o caso das bebidas alcoólicas e do tabaco), como também estimulem a prática da violência (tal qual ocorre com as armas e as munições).

²³²No mercado há três modelos de pornografia, cada um deles relacionado às áreas que excitam e os produtos que oferece. O mais conhecido, o modelo da pornografia do sexo. Este obscenamente fornece o corpo ou partes dele e o vemos a partir das produções chamadas XXX, regado ao longo da publicidade que nos bombardeia todos os dias através da "multimedia". É um gancho importante para oferecer outros produtos e gerar atenção e "ratings". Em torno dele estão incluídos, como todas as formas de obscenidade e morbidade, tanto a imagem quanto a palavra. Em escalar ascensão da linguagem grosseira que cada vez mais nós estamos vendo presente em nossas crianças e adolescentes e que faz parte deste estilo pornográfico. As peças de publicidade sutil ou diretamente estimulam o erotismo sexual em todas as suas formas para alcançar a posição de uma marca ou vender um produto (tradução livre).

A constante exposição de tais produtos no universo infantojuvenil é fator desencadeador do consumo dos mesmos entre crianças e adolescentes aumentando os riscos sociais e de saúde pública.

Deve-se chamar a atenção, entretanto, para alguns importantes aspectos, que o aludido dispositivo aparentemente não enfrenta, e que serão apresentados a seguir.

O primeiro diz respeito à extensão do termo “revistas e publicações” nele empregado. Ao que parece os veículos destinatários da restrição imposta pela legislação estatutária, limitam-se “as revistas e publicações”, dando a ideia de que apenas as mensagens transmitidas por esses meios de comunicação é que não poderiam divulgar, expor e anunciar referidos produtos. Nesse ponto, o legislador dá a entender ter ignorado as maciças campanhas publicitárias que utilizam obras audiovisuais para divulgar tais produtos, na televisão e na internet, especialmente as bebidas alcoólicas.

Ao comentar o citado dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci²³³ afirma que o mesmo pode se esvaziar na medida em que as empresas não têm interesse algum em fazer propaganda de bebidas, cigarros ou armas em revistas infantis. O ponto fulcral, no entendimento dele, “seria banir qualquer anúncio desse tipo também nos comerciais de televisão”.

A preocupação de Nucci é procedente, na medida em que se vê uma ostensiva propaganda de determinadas bebidas alcoólicas (a cerveja é, sem dúvida, a principal delas), na TV brasileira, e, também, em outdoors e supermercados, por exemplo.

Por que a publicidade de cerveja²³⁴ é tolerável e rotineira e a de uísque²³⁵ não?

Se o legislador emprega a expressão “bebidas alcoólicas”, de forma generalizada, a restrição não deveria atender toda e qualquer bebida alcoólica independentemente da dosagem de álcool presente por mililitro?

²³³NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”. Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2014, p. 248.

²³⁴Bebida fermentada cuja preparação se efetua a partir de cereais germinados (malte), sendo aromatizada com lúpulo. Contém 3-7% de álcool, glicerina, anidrido carbônico, maltose, dextrina, compostos azotados, minerais, pequenas quantidade de tanino, substâncias amargas, corantes e ácidos orgânicos (*in* <http://www.geocities.ws/emverdade/pesquisasbiblicas/bebidas/teor-alcoolico.html>, site visitado em 21-02-16, às 10:30h).

²³⁵Aguardente destilada na Escócia a partir de cevada e na América a partir de milho, com um teor alcoólico entre 43° e 44°. A sua típica cor dourada e o ligeiro sabor de fumo devem-se ao armazenamento, durante anos (nunca menos de cinco) em pipas de carvalho previamente fumadas (*in* <http://www.geocities.ws/emverdade/pesquisasbiblicas/bebidas/teor-alcoolico.html>, site visitado em 21-02-16, às 10:35h).

Será que a dependência química gerada pelo consumo de uísque e de outras bebidas destiladas é pior do que a provocada pela cerveja?

No Brasil, a publicidade de bebidas alcoólicas é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) e, de modo mais específico, pela Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do artigo 220 da Constituição Federal.

A legislação consumerista dedica a Seção III, do Capítulo V (artigos 36 a 38), à publicidade em geral e trata basicamente de defender o consumidor da propaganda enganosa ou abusiva, sem qualquer referência específica às bebidas alcoólicas.

A Lei nº 9.294, de 15-07-1996, por sua vez, trata da propaganda de produtos específicos, entre eles as bebidas alcoólicas. Em seu artigo 4º veda a veiculação, nas emissoras de rádio e televisão, da propaganda de bebidas durante o período compreendido entre as vinte e uma e seis horas, além de proibir a associação desses produtos ao esporte, à condução de veículos, ao desempenho saudável de qualquer atividade e a imagens ou ideias de maior êxito ou de sexualidade das pessoas. Prescreve, ademais, no § 2º do aludido artigo 4º, que os rótulos das embalagens de bebidas alcoólicas conterão advertência para que se evite o consumo excessivo de álcool.

Tais restrições não se aplicam, contudo, à propaganda estática localizada em estádios, veículos de competição e similares, nem nas chamadas e caracterizações de patrocínio dos produtos, para eventos alheios à programação normal ou rotineira das emissoras de rádio e televisão, que, nesse caso, poderão ser feitas em qualquer horário, desde que identificadas apenas com a marca ou slogan do produto, sem recomendação do seu consumo.

Mas, afinal, quais são as bebidas alcoólicas sujeitas ao rigor da lei?

O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.294/96 é taxativo ao afirmar que “consideram-se bebidas alcoólicas, as potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay-Lussac²³⁶” (13º GL). Dessa forma, a publicidade de cervejas, de bebidas “ice” e da maioria dos vinhos não é regulada pela referida lei, sendo tratada, do ponto de vista

²³⁶A expressão é utilizada em homenagem a Joseph Louis Gay-Lussac, cientista francês, que desenvolveu, no âmbito da química e da física, a Lei Volumétrica de Gay-Lussac e que relaciona o volume de substâncias gasosas antes e depois da ocorrência de reações químicas (*in* https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_Gay-Lussac, site visitado em 21-02-16, às 09:55h).

legal, da mesma maneira que a propaganda de produtos inofensivos, tais como leite e suco de frutas.

Para as bebidas com teor alcoólico igual ou inferior a 13° GL, as únicas regras que lhes dão tratamento diferenciado de outros produtos estão contidas nos anexos “P” e “T” do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, de 18-02-2008, elaborado pelo Conselho Superior do CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária)²³⁷ que, inclusive, as classifica em três categorias: as bebidas normalmente consumidas durante as refeições, por isso, ditas de mesa (como as cervejas e os vinhos, objetos do Anexo “P”); as fermentadas, destiladas, retificadas ou obtidas por mistura (normalmente servidas em doses, cuja publicidade é disciplinada pelo Anexo “A”); e a categoria dos “ices”, “coolers”, “álcool pop”, “ready to drink”, “malternatives”, e produtos a eles assemelhados, em que a bebida alcoólica é apresentada em mistura com água, suco ou refrigerante, enquadrada em Anexo próprio (o Anexo “T”), e no Anexo “A”, quando couber.

O referido Código foi elaborado por representantes das agências de publicidade, dos anunciantes e dos veículos de comunicação de massa, refletindo, portanto, os interesses desses segmentos. Não há qualquer mecanismo que obrigue as empresas e os profissionais a obedecerem ao Código – o Estado não tem poder coercitivo sobre os anunciantes, e a observância das normas é totalmente voluntária.

Entretanto, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária estabelece, pautado no princípio da proteção integral da criança, que a publicidade de bebidas alcoólicas não terá crianças e adolescentes como público alvo. Diante deste princípio, os anunciantes e suas agências devem adotar cuidados especiais na elaboração

²³⁷“Desde 1978, por meio da ação do CONAR, a publicidade brasileira promove e aplica recomendações e parâmetros éticos para peças publicitárias de todos os tipos, a partir dos princípios da autorregulamentação. O CONAR foi o pioneiro no país na imposição de restrições a anúncios de produtos e serviços de todos os tipos, inclusive aqueles destinados a crianças e adolescentes. Em 2006, essas normas específicas, refletindo a preocupação da sociedade com o tema, passaram por uma completa revisão. Desde então, o Brasil tem uma das mais exigentes regras legais e éticas para a publicidade dirigida a menores de idade, conforme aferido por extensa pesquisa internacional. Divulgadas as novas normas éticas, o CONAR tratou de aplicá-las com zelo redobrado. Até dezembro de 2014, o CONAR havia instaurado e julgado 416 processos éticos enquadrados na Seção 11, espaço definido no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária para tratar da publicidade de produtos e serviços destinados a crianças e adolescentes, além de outras partes do Código. Afinal, seus demais dispositivos, a começar pelo artigo 1º (“Todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro”), seguem perfeitamente válidos para peças destinadas ou que tangenciam o público menor de idade”, *in* “As normas éticas e a ação do CONAR na publicidade de produtos e serviços destinados a crianças e adolescentes”, CONAR, 35 anos de ética na prática, acessível em <http://www.conar.org.br/>

de suas estratégias mercadológicas na estruturação de suas mensagens publicitárias, de modo que:

a) crianças e adolescente não figurem, de qualquer forma, em anúncios de bebidas alcoólicas, neles só podendo atuar maiores de 25 anos de idade;

b) as mensagens são exclusivamente destinadas a público adulto, de onde ser obrigatória a indicação clara no sentido de se tratar de produto impróprio para menores, sendo defeso o emprego de recursos gráficos e audiovisuais reconhecidamente pertencentes ao universo infantojuvenil, tais como animais “humanizados”, bonecos ou animações que possam despertar a curiosidade ou a atenção de menores nem contribuir para que eles adotem valores morais ou hábitos incompatíveis com a menoridade;

c) o anúncio somente será inserido em programação, publicação ou *website* dirigidos predominantemente a maiores de idade; diante de eventual dificuldade para aferição do público predominante, adotar-se-á programação que melhor atenda ao propósito de proteger crianças e adolescentes;

d) os *websites* pertencentes a marcas de produtos que se enquadrem na categoria infantojuvenil deverão conter dispositivo de acesso seletivo, de modo a evitar a navegação por crianças e adolescentes.

A sanção mais grave imposta pelo CONAR àqueles que desrespeitarem essas orientações é a suspensão da propaganda considerada irregular. Não há qualquer punição adicional aos autores, patrocinadores e veiculadores da peça publicitária contidos no Código de Autorregulamentação Publicitária. Desse modo, os anunciantes são estimulados a produzir propagandas cada vez mais ousadas, visto que, na pior das hipóteses, deverão suspendê-las após algumas semanas, quando já terão surtido o efeito desejado²³⁸.

Demais disso, tais diretrizes servem para atender as propagandas de bebidas alcoólicas e mesmo assim dentro do horário legal de restrição.

Assim, muito embora no termo “bebidas alcoólicas” empregado pelo ECA não haja qualquer limitação à dosagem de álcool contida na bebida para considerá-la nociva ao público infantojuvenil, certo é, por outro lado, que tanto a Lei n° 9.294/96 como o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária não consideram a cerveja, por

²³⁸A Lei n° 9.294/96 impõe ao infrator, no art. 9°, inciso V, sem prejuízo de outras penalidades, multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 10.000,00.

exemplo, uma bebida alcoólica, e, portanto, o anúncio desse produto não se submete às restrições contidas nesses referidos diplomas, estando, ademais, desagasalhada da própria legislação estatutária.

Apesar do baixo teor alcoólico contido na cerveja, sabe-se que, assim como as demais bebidas alcoólicas ela é, sim, capaz de gerar dependência química, especialmente sendo consumida com regularidade, ainda que em quantidade moderada.

A maior parte dos trabalhos publicados a respeito da influência da publicidade de bebidas alcoólicas sobre crianças e adolescentes mostra correlação entre a exposição à publicidade e a formação de opiniões e comportamentos relacionados ao consumo da bebida. Com efeito, as crianças têm opiniões bem estruturadas sobre a bebida alcoólica e seus efeitos mesmo antes de experimentá-la. Apesar de pais, colegas e outras influências ambientais serem importantes para a moldagem dessas convicções, a propaganda do álcool também constitui uma importante fonte a partir da qual as crianças aprendem sobre a substância²³⁹.

O apelo das campanhas publicitárias, principalmente em torno da cerveja, cuja veiculação não obedece nenhuma restrição etária é outro problema a ser enfrentado, sem falar nos próprios títulos dos produtos, tais como as conhecidas cervejas, “Devassa” e “Proibida”, que só por si exploram a sensualidade e o erotismo incentivando, especialmente o consumidor mirim e juvenil, a ficar fortemente atraído a experimentar aquele produto. Todas essas questões são suficientes para justificar a importância do assunto.

Nesse aspecto, é dever da família, da sociedade e do Poder Público repensar o conceito de “bebida alcoólica”, ampliando, se o caso, a extensão do termo, para que as hipóteses hoje excluídas de proteção infantil passem a sê-lo com os olhos voltados ao melhor interesse da criança. Pode-se sugerir, ainda, que os locais de venda e comercialização desses produtos dificultem sua acessibilidade especialmente ao público infantil e que as campanhas publicitárias advirtam o consumidor, inclusive o mirim, qual a dosagem de ingestão de tais bebidas é permitida por faixa etária e com que frequência podem (ou não) ser consumidas, tudo para o fim de minimizar o acréscimo

²³⁹MOREIRA JÚNIOR, Sebastião, “Regulação da Publicidade das Bebidas Alcoólicas”, *in* Textos para Discussão n° 20 editado pela CONLEG – Consultoria Legislativa do Senado Federal (Coordenação de Estudos), Brasília, fev/2005, p. 16.

significativo de dependentes químicos no país, o que já é, infelizmente, uma triste realidade nacional.

Associada ao uso de bebidas alcoólicas as práticas violentas são outra preocupação do legislador estatutário, tanto que restringiu ele, no mesmo artigo 79, a divulgação em revistas e publicações de ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de armas e munições e, no artigo 81, inciso I, proibiu a venda de tais produtos às crianças e adolescentes.

Mas, tais proibições atingem a toda e qualquer arma, ainda que de brinquedo, mesmo as que lançam água e bolhas de sabão? Também estas estão impedidas de serem exibidas e comercializadas ao consumidor mirim?

Afirma-se, realmente, que alguns modelos de armas de brinquedo sirvam exclusivamente para entreter a criança e, por essa razão, não se sujeitam às proibições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, nem levam o fornecedor à punição disciplinada no artigo 242 do mesmo diploma legal. Mas, seriam as armas, ainda que de brinquedo, instrumentos ideais para o entretenimento infantil?

Dir-se-á que como o artigo 26 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22-12-2003) proíbe a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas possam ser confundidas, de se proibir, também, a publicidade e a comercialização de tais cópias para crianças.

Reconhecendo a importância do zelo, cuidado e atenção que se deve dedicar à criança, parte-se do pressuposto de que o citado artigo 26 deve dialogar com a legislação estatutária ainda mesmo quando se restrinja a referir-se a utilização de armas de brinquedo na prática criminosa, ou seja, quando dela se usa para o fim de cometer um ilícito penal.

Como relata Roberta Densa²⁴⁰, muita polêmica despertaram as Leis nºs 5.180/2013, do Distrito Federal, e 15.301/2014, do Estado de São Paulo, ambas relacionadas ao assunto em questão²⁴¹.

²⁴⁰DENSA, Roberta, “Proteção jurídica da criança e do adolescente consumidores de entretenimento: fundamento liberal”, tese de doutorado em direito defendida na PUC/SP, sob orientação de Regina Vera Villas Bôas, 2015, pp. 173-175.

A primeira delas proibiu a fabricação, a venda, a comercialização e a distribuição, a qualquer título, de armas de brinquedo que sejam réplica ou simulacros de armas de fogo, inclusive “brinquedos que disparem bala, bola, espuma, luz e assemelhados, que produzam sons ou que projetem quaisquer substâncias que permitam a sua associação com arma de fogo” e instituiu a “semana do desarmamento infantil”, com campanhas sobre a prevenção da violência.

Obrigou, ainda, as lojas que vendem brinquedos infantis a incluir no recinto um aviso com os seguintes dizeres: “este estabelecimento não comercializa armas de brinquedo”.

A segunda proíbe a fabricação, venda e comercialização de armas de fogo de brinquedo no território do Estado de São Paulo, mas, distintamente da primeira, não tece minúcias e, portanto, nada fala sobre as armas que disparam bolhas de sabão e congêneres.

Apesar de aprovada na Assembleia Legislativa do Estado, o Governador do Estado de São Paulo vetou a norma ao argumento de que a matéria nela tratada é de competência do Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Estado, porém, legislar sobre o assunto. Todavia, derrubado o veto, o Governador paulista ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade que está tramitando no Supremo Tribunal Federal, desde maio de 2014 (ADI 5.126), sendo relator o Ministro Gilmar Mendes, com parecer do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, no sentido de declarar apenas a inconstitucionalidade dos artigos 3º e 4º da supramencionada lei²⁴².

²⁴¹Outros estados também propuseram normas de conteúdo semelhante. É o caso da Paraíba (Lei nº 10.225, de 18 de dezembro de 2013), do Mato Grosso do Sul (Lei nº 1.601, de 26 de julho de 1995) e de Rondônia (Lei nº 841, de 28 de outubro de 1999).

²⁴²CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. COMPETÊNCIA. INICIATIVA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 15.301/2014, DO ESTADO DE SÃO PAULO. PROIBIÇÃO DE FABRICAÇÃO, VENDA E COMERCIALIZAÇÃO DE ARMAS DE FOGO DE BRINQUEDO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. IMPOSIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES AO PODER EXECUTIVO. INICIATIVA LEGISLATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. 1. Não usurpa competência privativa da União para legislar sobre material bélico (art. 22, XXI, da Constituição da República) lei estadual que vede fabricação, venda e comercialização de arma de fogo de brinquedo no território do ente federado. 2. Submete-se à competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal matéria relacionada à venda, fabricação e comercialização de arma de fogo de brinquedo, pois se enquadra na proteção à infância e à juventude (art. 24, XV, da Constituição). 3. Não pode lei derivada de iniciativa do Poder Legislativo criar atribuições de fiscalização do cumprimento da lei e de promoção de campanha educativa pelo Executivo, pois viola DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE POR RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, EM 19/12/2014 09:09. PGR Ação direta de inconstitucionalidade 5.126/SP iniciativa privativa do Chefe do Executivo para dispor sobre a matéria (arts. 61, II, “e”, e 84, VI, “a”, da Constituição da República). 4. Parecer pela

O tema é tão controvertido que é objeto do Projeto de Lei (PL) 4.479, de 18 de novembro de 2004, iniciado na Câmara dos Deputados. Busca alterar a redação do artigo 81, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que a venda de armas de brinquedos a crianças e adolescentes também seja proibida. A este PL, apensou-se à proposição o Projeto de Lei 4.826, de 1º de março de 2005, cujo intento era alterar o artigo 26 do Estatuto do Desarmamento, para vedar fabricação, venda, comercialização e importação de qualquer tipo de arma de brinquedo.

O PL 4.479/2004 foi aprovado, na Câmara dos Deputados, pela Comissão de Seguridade Social e Família, pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e pela Comissão de Constituição e Justiça. Atualmente, aguarda exame no Senado Federal. A Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, ao apreciar os dois projetos de lei, votou pela aprovação do PL 4.479/2004 e pela rejeição do PL 4.826/2005, por entender, pelo critério da especialidade, que a matéria deve ser tratada pelo ECA.

Assim como se defendeu, linhas acima, que a prevenção especial deva atender também a determinadas bebidas alcoólicas hoje desprovidas de restrições pela lei estatutária, de se aplaudir a tentativa de proibição não só da difusão, como da comercialização de armas de brinquedo, especialmente daquelas que em tudo se assemelham as armas de fogo originais.

IV.4.1.3. “Fogos de estampido e de artifício” (artigo 81, inciso IV, ECA): é possível responsabilizar o fabricante?

Entende-se por “fogos de estampido” as peças e instrumentos fabricados em atividade pirotécnica, capazes de queimar, produzindo barulho, como bombas, provocando uma explosão; “fogos de artifício”, por seu turno, são as peças e instrumentos fabricados em atividade pirotécnica, capazes de queimar, produzindo luzes e fogo de caráter ornamental, como rojões. Ambos não podem ser vendidos à criança ou adolescente por serem considerados perigosos, constituindo sua comercialização,

procedência parcial do pedido, para declaração de inconstitucionalidade dos arts. 3º e 4º da Lei 15.301, de 12 de janeiro de 2014, do Estado de São Paulo.

fornecimento e entrega a estas pessoas crime previsto na mesma legislação estatutária (artigo 244)²⁴³.

A dúvida que se apresenta, porém, gira em torno de saber se é possível responsabilizar o fabricante com base no citado artigo 81, IV do ECA.

O dispositivo sob comento proíbe a venda ou comercialização à criança ou adolescente de fogos de artifício e de estampido. Assim, à primeira vista, o fabricante – que nem sempre se afigura na relação direta com o consumidor – somente seria responsabilizado se tivesse se omitido no dever de informá-lo adequadamente quanto aos riscos do produto por ele confeccionado, ou, ainda, se, por descuido ou inabilidade, houvesse confeccionado viciadamente o produto, como quando se dá mediante a inclusão de maior quantidade de material explosivo que o recomendado (em outras palavras, só responderia se tivesse agido com culpa).

²⁴³ AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. Compra e venda de fogos de estampido. Elementos de prova suficientes para a formação da convicção. Julgamento no estado que não viola os princípios da ampla defesa e do contraditório e, ao revés, consagra o princípio da razoável duração do processo. Cerceamento de defesa não caracterizado. Existência de decisão criminal transitada em julgado reconhecendo a culpabilidade da ré pelo evento danoso. Compreensão do disposto no art. 935 do Código Civil. Dever inafastável das rés em indenizar o autor. Arbitramento de pensão mensal que se mostra razoável para o caso em epígrafe. Dano moral devidamente comprovado. Arbitramento que não se mostra excessivo para a espécie. Alteração. Inviabilidade. Recurso desprovido. (...) No que pertine à responsabilidade da empresa apelante, convém salientar que houve a prática de ato ilícito, porquanto o disposto no art. 244 do Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe a venda de fogos de estampidos a menores (...) (TJSP, Apelação nº 0003324-48.2006.8.26.0079, Comarca de Botucatu, apelantes Maria Amélia Cespedes Zanetti e Lhiga Comércio e Distribuidora de Doces, apelado Rafael Henrique dos Santos – menor representado, 27ª Câmara de Direito Privado, v.u., Des. Relator Dimas Rubens Fonseca, j. 12-7-2011). O Projeto de Lei nº 47/2013, do Senado Federal, que dispõe sobre a fabricação, o comércio e o uso de fogos de artifício, e dá outras providências, traz, em sua exposição de motivos, importante justificativa, assinada pelo Senador Cyro Miranda, para se dar atenção à matéria. Afirma-se que, no Brasil, “os fogos de artifício são largamente utilizados em diversas ocasiões: competições esportivas de diferentes modalidades, inclusive jogos de futebol, e outras festividades de diversas naturezas”. Tem o seu glamour e sua beleza, como, por exemplo, o famoso espetáculo de queima de fogos da virada de ano na Praia de Copacabana. Desafortunadamente, porém, essas celebrações, não raras vezes, redundam em acidentes, sendo ilustrativo o verificado no Réveillon de 2001, que resultou em um óbito e em cerca de oitenta pessoas feridas, afora o trágico acidente da boate “Kiss”, em Santa Maria, RS, que colocou fim à vida de mais de duas centenas de jovens. A respeito dos acidentes com fogos de artifício, a grande maioria deles ocorre em razão de vício de qualidade do artefato fabricado em desacordo com o regulamento técnico específico ou por mau uso decorrente da inobservância às instruções fornecidas pelo fabricante. As consequências mais comuns desses descuidos são as queimaduras nos dedos, braços, tórax, pescoço, rosto e mãos, podendo ocorrer lesões mais graves como mutilações e cegueira. Muitas vezes, as vítimas são crianças. Em 2002, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) realizou a primeira pesquisa para analisar a qualidade desses artefatos. Seu propósito foi o de acompanhar e verificar se as medidas de melhoria implementadas pelo setor produtivo e pelo órgão regulador surtiram o resultado desejado, de modo a garantir a oferta de um produto mais seguro para o consumidor (in <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=141852&tp=1>, site visitado em 24-02-16, às 16:13h).

Partindo desse pressuposto e distanciando o fabricante do consumidor final (no caso, do consumidor mirim), talvez fosse o caso de isentá-lo da responsabilidade fundada na violação do artigo 81, IV do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, tais atitudes não se afiguram, só por só, nítidos exemplos de quebra do princípio da prevenção especial a merecer, portanto, aplicação direta do referido dispositivo legal?

Nesse cenário, admitindo-se que o fabricante também faça parte da cadeia consumerista, pois ele também comercializa – ainda que por interposta pessoa – referidos produtos, é seu dever não só alertar o consumidor, de forma clara e ostensiva, quanto aos riscos porventura oriundos do manuseio de fogos (de estampido ou de artifício), como, também, acondicioná-los em embalagens adequadas, sobre, ainda, zelar para que sejam rigorosamente obedecidos os critérios de sua confecção.

Assim, de se reconhecer a responsabilidade do fabricante com fundamento no artigo 81, inciso IV da legislação estatutária na medida em que a comercialização de fogos de artifício e de estampido depende diretamente da atitude preventiva daquele, especialmente quanto à orientação de manuseio, indicação de conteúdo e alerta proibitivo ao público infantojuvenil.

Tal posicionamento se reforça e se eleva exponencialmente naquelas hipóteses de fabricação artesanal, clandestina e ilegal, em que o fabricante encarrega-se diretamente de comercializar tais produtos.

Logo, após refletir sobre o assunto, parte-se da premissa de que também o fabricante deva responder com fundamento no artigo 81, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente.

CAPÍTULO V – A UTILIZAÇÃO DO MODELO DE CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA COMO FORMA DE PREVENÇÃO ESPECIAL À CRIANÇA

V.1. Da Classificação indicativa

O tema central do presente trabalho revela a simbiose existente entre a classificação indicativa e o direito da criança à prevenção especial. Pretende-se refletir, realmente, em que medida aludida classificação constitui ícone fulcral para o regular exercício desse direito, a ponto de sua inobservância ou falta de regulamentação eficaz tornar letra morta uma série de dispositivos legais que formalmente reconhecem que a criança é uma pessoa em desenvolvimento, cujo melhor interesse deve ser respeitado.

Importante é deixar claro, desde logo, que a tese ora proposta não só aplaude o sistema de classificação indicativa como nele reconhece um importante papel deflagrador da doutrina da proteção integral a merecer seriedade proporcional ao poder que encerra, considerando-o um instrumento democrático à disposição do Estado para a regulação de entretenimentos produzidos e transmitidos pelas empresas de comunicação.

Todavia, a questão relativa à extensão do uso do sistema de classificação indicativa e as sanções impostas aos transgressores desse sistema coloca em posições aparentemente contrapostas, de um lado o direito à liberdade de comunicação e do outro o papel do Estado no controle da qualidade da informação transmitida ao público infantil pelos meios de comunicação de massa.

O desafio que ora se propõe, portanto, bem revela a ebulição da matéria na medida em que longe ela está de alcançar uma unanimidade de opiniões.

Afinal, no que consiste a classificação indicativa? Quais os critérios utilizados para orquestrar tal sistema classificatório? A sociedade clama pela classificação indicativa? Pode opinar a seu respeito? A classificação indicativa da programação ofende o princípio constitucional da incensurabilidade? Há violação ao direito à liberdade de expressão? Qual o verdadeiro conteúdo desse direito dentro do contexto de Estado Democrático e Constitucional de Direito? Quais os limites impostos ao sistema? Haverá sanções aplicadas àqueles que desrespeitarem (por ação ou omissão) o sistema classificatório?

As respostas a tais indagações serão fornecidas de acordo com a evolução do presente capítulo, mas, de antemão, pode-se assegurar haver divergências em vários setores, a saber, tanto na sociedade em geral, como no ambiente das famílias, muitas das quais, aliás, mal conhecem o mecanismo da classificação indicativa, deixando, portanto, de utilizá-lo em favor de seus filhos ou dependentes; entre os empresários dos meios de comunicação e publicitário, que, apesar de conhecerem a estrutura classificatória, preferem desviar o foco das atenções para restringi-lo ao aparente entrelaço entre a classificação indicativa e a liberdade de expressão e de informação; no universo jurídico, no qual juristas de escol e os próprios representantes do Poder Judiciário alternam posições, ora inflamando, ora acalmando a temática, tanto assim que ainda carece de decisão a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2404, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), em 05 de fevereiro de 2001, e que pretende ver proclamada a inconstitucionalidade do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente no trecho que consigna “em horário diverso do autorizado”²⁴⁴.

Partindo-se desses pressupostos, será obedecido um roteiro que terá início com o exame perfunctório em torno da regulamentação da classificação indicativa por meio de uma série de Portarias – quase todas elaboradas pelo Ministério da Justiça – e que sucessivamente foram editadas nos últimos 25 anos, sendo certo que, atualmente, está em vigor a Portaria nº 368, de 11 de fevereiro de 2014.

Segue-se daí a árdua tarefa no sentido de traçar uma definição para a classificação indicativa, uma vez que, como se demonstrará, para se definir um termo é preciso compreendê-lo no universo da linguagem, explicando-se o seu significado e indicando-se seu verdadeiro sentido²⁴⁵.

²⁴⁴Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo **em horário diverso do autorizado** ou sem aviso de sua classificação:

Pena – Multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”. (Os grifos não constam do original). Em seu “Código Civil e Legislação Civil em Vigor”, Theotônio Negrão esclarece em nota ao referido dispositivo que a parte final deste artigo é de difícil entendimento, talvez por falta de uma vírgula, podendo ser lida assim: “duplicada em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias” (NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto F., BONDIOLI, Luis Guilherme A. e FONSECA, João Francisco N. da, “Código Civil e Legislação Civil em Vigor”, 33ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 1181).

²⁴⁵A linguística é salutar ao direito na medida em que este é constituído por termos extraídos da linguagem. De fato, as disposições usuais da Semiótica fundam-se nas ideias tomadas de Ferdinand de Saussure (1857-1913), ilustre renovador da linguística a qual constitui como Linguística Geral – aplicável a todas as línguas. Saussure propôs o desenvolvimento de uma Semiologia (que hoje denomina-se Semiótica) como estudo geral dos signos. Seu “Curso de Linguística Geral” foi publicado em 1916 por

Justificar-se-á quais são os fundamentos legais e teóricos da classificação indicativa, ou seja, por que é imprescindível classificar a programação televisiva, os filmes, DVDs, jogos eletrônicos e de interpretação de personagens (RPG), indicando-se os temas abordados e as faixas etárias atendidas, respeitando-se, ainda, os horários de exibição. Colocar-se-á em evidência o duelo teórico protecionista e libertário, ousando-se sugerir uma terceira vertente teórica para compatibilizar a matéria.

Serão apresentados, na sequência, os critérios utilizados pelo sistema de classificação indicativa, revelando, a um só tempo, a seriedade e o profissionalismo com que foram eleitos, destacando a significativa participação da sociedade civil por meio de audiências públicas nas quais igualmente opinaram organizações de proteção aos direitos humanos e da criança e do adolescente, colaborando e engrandecendo a discussão em torno do assunto.

Destaque-se, nessa oportunidade, apenas *en passant*, que os critérios para fixação do sistema classificatório levaram em conta a análise de temas de considerável impacto negativo na formação da criança, tais como sexo, nudez, violência e drogas.

dois de seus discípulos. A obra de Saussure teve uma grande repercussão universal. Quase na mesma época, o filósofo pragmatista norte-americano Charles S. Morris escreveu um livro sobre Semiótica cujo foco central estava no conhecimento: ele estudou as condições que devem satisfazer uma assertiva para que possa corresponder à realidade (AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José & RATIO, Julio, “Introducción al derecho”, Buenos Aires:Abeledo-Perrot, 4ª edição, 2004, p. 79). Logo, pode-se concluir que a Semiótica seria uma teoria geral dos sinais ou signos. Os sinais constituem entes físicos, sendo, portanto, intersubjetivos: ondas sonoras, palavras escritas, marcas de tinta sobre folhas de papel, gestos, flâmulas, radiações luminosas provenientes de sinalizadores etc. O sinal ocupa posição intermediária entre objetos e pessoas. Os objetos, para a Semiótica, dividem-se em fatos ou situações e coisas, sob o ponto de vista da permanência temporal, pois os fatos têm, em regra, pequena duração, ao contrário do que sucede com as coisas (DINIZ, Maria Helena, “Compêndio de Introdução à Ciência do Direito”. São Paulo, Editora Saraiva, 2ª edição, 1989, p. 149). Num conceito mais genérico, o signo é tudo que representa algo para alguém, um objeto, um desenho, um dado físico, um gesto, uma expressão facial, etc. Como unidade de um sistema que permite a comunicação inter-humana, signo é um ente que tem o *status* lógico da relação. Nele, um suporte físico se associa a um significado e a uma significação. O suporte físico é a parte material do signo, apreendida pelos nossos sentidos, aquilo com o qual temos contato fisicamente (ex: os gestos da mímica; as ondas sonoras da fala, as marcas de tinta no papel da escrita, as roupas do vestuário, etc.). Ele refere-se a algo que está no mundo (concreto, imaginário, subjetivo, empírico, atual, passado ou futuro), denominado de seu significado, entendido como a representação individualizada do suporte físico. E, suscita na mente de quem o interpreta uma noção, ideia ou conceito, que é a sua significação (CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário, Linguagem e Método”, São Paulo. Editora Noeses, 3ª edição, 2009, pp. 33 e 34). Destacam-se três planos na investigação dos sistemas sígnicos : (i) sintático, que estuda os sinais relacionados entre si mesmos, prescindindo dos usuários e das designações. A sintaxe, enquanto conexão dos signos entre si, é a teoria da construção de toda linguagem. Sintaticamente, a linguagem é um sistema de signos relacionados conforme regras sintáticas de *formação*, que indicam o modo de combinar signos elementares, visando formar signos mais complexos e permitindo, dentro da linguagem, a construção de expressões bem formadas, sintaticamente significativas, e de *derivação*, que permitem gerar novas expressões a partir de outras já dadas; (ii) semântico, que encara os objetos designados pelos sinais, ou seja, a relação dos sinais com os objetos extralinguísticos. Trata dos sinais e dos objetos denotados e, (iii) pragmático, que estuda os símbolos, suas significações e as pessoas (utentes) ligadas à semiose.

Dar-se-á destaque à análise da ADI 2404, ocasião em que será colocada em pauta a polêmica referente ao embate – real ou aparente, como se verá – entre a liberdade de expressão e de informação e a classificação indicativa, com o propósito especial de esclarecer, afinal, se o sistema classificatório representa (ou não) ofensa ao princípio da incensurabilidade. Serão comentadas as opiniões esposadas por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, com ênfase ao voto do Ministro Relator, Dias Toffoli.

Por fim, revelar-se-á a extensão da classificação indicativa, quando, então, serão apresentadas algumas propostas que servirão, no mínimo, para uma maior conscientização sobre a matéria. Assim, por exemplo, sustentar-se-á que o sistema classificatório deva se estender também para o ambiente digital, no qual, nos dias que correm, as crianças passam boa parte do tempo sujeitando-se a receber as mais diversas informações, sem freios e, muitas vezes, sem qualquer orientação dos próprios pais ou responsáveis. É de se pensar, também, na ampliação do sistema (com adaptações naturais) às campanhas publicitárias, cujo poder persuasivo e de indução influencia sobremaneira os consumidores mirins, criando verdadeiros estereótipos e réplicas estéticas e comportamentais. O mesmo se diga quanto a algumas modalidades esportivas que nada mais fazem senão fomentar a violência ou, ainda, a exibição de programas que contenham, subliminarmente, forte conteúdo violento e erótico.

V.1.1. Breve resenha cronológica do tratamento regulatório alusivo à classificação indicativa

A questão em torno da classificação indicativa acirrou-se a partir do advento da Constituição Federal de 1988, tendo como ponto de partida o reconhecimento de que o Estado, a família e a sociedade deveriam se empenhar em dar à criança e ao adolescente tratamento prioritário e garantir-lhes proteção integral.

De fato, como seres em desenvolvimento, crianças e adolescentes mereceram do legislador constituinte redobrada atenção e a certeza de que algumas matérias a elas relacionadas deveriam ganhar destaque, a fim de proporcionar-lhes um crescimento sadio e equilibrado.

Assim, por meio do art. 220, § 3º²⁴⁶ delegou-se à lei federal regular²⁴⁷ a matéria referente a diversões e espetáculos públicos e estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e de televisão que contrariem o disposto no art. 221²⁴⁸.

Nessa mesma linha, o legislador constituinte estabeleceu, no inciso XVI do art. 21²⁴⁹, ser da competência exclusiva da União a função de legislar sobre classificação para efeito indicativo de diversões públicas e de programas de rádio e de televisão²⁵⁰.

O legislador estatutário, ao disciplinar a matéria, praticamente repetiu o texto constitucional em seus arts. 74 e 75.

²⁴⁶“Art. 220..... *omissis*.....”
§ 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”.

²⁴⁷[Do lat. *regulare*]. *V.t.d.* 1. Sujeitar a regras; dirigir, regerar: *É necessário regular o comportamento das crianças*. 2. Encaminhar conforme a lei. 3. Esclarecer e facilitar por meio de disposições (a execução da lei); regulamentar: *O Presidente baixou decreto regulando a lei votada pelo Congresso*. 4. Estabelecer regras para; regularizar (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 4ª edição, Curitiba: Editora Positivo, 2009, no verbete “regular”, p. 1725). “O *poder regulamentar* é a faculdade de que dispõem os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (Constituição Federal, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado. No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem a reclamar providências imediatas da Administração, impõe se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar, através de decreto, as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa” (MEIRELLES, Hely Lopes, “Direito Administrativo Brasileiro”, 16ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp.106-107).

²⁴⁸“Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

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

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

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

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

²⁴⁹“Art. 21. Compete à União:

..... *omissis*.....
XVI – exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”.

²⁵⁰SANTOS, Ângela Maria Silveira dos, “Prevenção”, in “Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos, Coordenação MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 344 e 345.

No *caput* do art. 74, dispõe o ECA, guardando correspondência com o § 3º do art. 220 da CF, que caberá ao Poder Público, por meio de órgão competente, regulamentar as diversões e espetáculos públicos, informando a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horário em que sua apresentação se mostre inadequada.

Atualmente, a lei que trata dessa matéria é a Lei nº 10.359, de 27-12-2001²⁵¹, que somente entrou em vigor em 30-06-2004, por meio da redação dada pela Lei nº 10.672/2003. Reconheceu, contudo, competir ao Poder Executivo, uma vez ouvidas as entidades representativas das emissoras, concessionárias e permissionárias de serviços de televisão, inclusive por assinatura e a cabo, proceder à classificação indicativa dos programas de televisão.

Nesse diapasão, a tarefa foi conferida ao Ministério da Justiça que, por meio da Secretaria Nacional de Justiça, vem editando Portarias Ministeriais a fim de atender aludida exigência.

Indicar-se-ão, em ordem cronológica, as principais Portarias Ministeriais (vale dizer, do Ministério da Justiça) que se dedicaram a regular o sistema classificatório brasileiro e que revelam que o assunto ainda é tormentoso, dependendo de uma ampla participação popular.

São elas:

1) *Portaria nº 773, de 19-10-1990*: no ano de 1990, o Ministério da Justiça publicou a Portaria nº 773, por meio da qual estabelecia critérios de classificação por faixa etária, em atendimento ao Estatuto da Criança e do Adolescente, com vistas a exigir que as emissoras de TV respeitassem e apresentassem a classificação²⁵². Ocorre

²⁵¹Referida lei tratou de duas situações distintas, pois, além de prever a necessidade da prévia classificação indicativa a ser estabelecida pelo Poder Executivo (art. 3º), dispôs, ainda, sobre a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo que possibilite ao usuário o bloqueio temporário da recepção de programação inadequada, inclusive nos casos de sinal transmitido por assinatura e a cabo (art. 1º).

²⁵²AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABSTENÇÃO DA TRANSMISSÃO DO FILME "CALÍGULA". REMESSA OFICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL A QUALQUER ESPÉCIE DE CENSURA. RETRANSMISSÃO NO HORÁRIO INDICADO PELA PORTARIA Nº 773/90. COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VALORES CONSTITUCIONAIS. 1- Cuidando-se de sentença de improcedência de ação civil pública, tenho por interposta a remessa oficial, por analogia ao disposto na Lei 4.717/65, art. 19 (cf. STJ, REsp 1108542/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJe 29/05/09). 2- A emissora de TV ficou-se inerte, não contestando a ação, de sorte que, tornando-se revel, reputam-se verdadeiros os fatos alegados pela autora em sua petição inicial. Desnecessidade de produção de outras provas. Cerceamento de defesa não configurado. 3- A Constituição Federal de 1988, em seu art. 220, caput, é peremptória ao assegurar que "A manifestação do pensamento, a criação, a

que alguns deputados questionaram, à época, a constitucionalidade da referida Ministerial e o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre o assunto, dando parecer no sentido da constitucionalidade da Portaria n.773²⁵³.

2) *Portaria n° 796, de 08-09-2000*: editada em atenção à demanda da sociedade em face de abusos de algumas emissoras de TV. Um dos mais relevantes aspectos dessa Portaria foi ter incluído a faixa etária de 16 anos²⁵⁴.

expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição". Veda, ainda, qualquer espécie de censura (CF, art. 220, § 2º e art. 5º, IX). 4- Com fundamento na CF, art. 220, § 3º, foi editada a Portaria n. 773/90, do Departamento de Classificação Indicativa do Ministério da Justiça, que, suprimindo omissão legislativa, dispôs sobre a classificação de diversões e espetáculos públicos, sendo certo que os espetáculos não recomendados para menores de 18 anos (como é o filme "Calígula") foram considerados inadequados para antes das 23:00h. A Portaria visa a compatibilizar a liberdade de expressão com outros valores constitucionalmente protegidos. 5- Uma vez que a película em questão só foi exibida após aquele horário, tendo a emissora de TV respeitado a regulamentação emanada do próprio Poder Público, com amparo na CF, art. 220, § 3º, não se verifica qualquer ilicitude na sua conduta. Inviável, dessarte, acolher o pedido da autora, sob pena de transformar-se o Juiz em verdadeiro censor, com ofensa direta à Carta Federal. 6- Apelação e remessa oficial, tida por interposta, improvidas. (TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL: AC 15691 SP 2001.03.99.015691-8).

²⁵³A aludida Portaria foi combatida pela ADI 392 interposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) que alicerçava o seu pedido na incompetência do Ministério da Justiça para regular as diversões e espetáculos públicos, contrariando, segundo seu entendimento, expresso dispositivo constitucional (art. 220, § 3º, inciso I), segundo o qual competiria à lei federal regular a matéria. Sob color de se manter a harmonia entre os Poderes, evitando-se a supremacia de um sobre o outro, com a conseqüente lesão à ordem democrática, a ação objetivava tornar sem efeito a Portaria n. 773/90. Nesse sentido, segundo sustentava aquele Partido autor, a Portaria Ministerial teria "atropelado a atividade do Congresso Nacional, já que não poderia ser baixada sem a existência de lei federal de que cogita o mesmo artigo". Concluía, portanto, que a edição da Portaria Ministerial n. 773/90, do Senhor Ministro da Justiça, que versava sobre matéria de competência de lei federal, feria a letra da Constituição, precisamente o inciso I, § 3º do art. 220, e devia, portanto, ser declarada inconstitucional. Tendo sido Relator o Ministro Marco Aurélio Mello manifestou-se ele, em fase preliminar, pela carência da demanda posta, pois entendeu ser incabível a ação direta de inconstitucionalidade para atacar a citada Portaria Ministerial. Nesse sentido, esclareceu o citado Ministro que, tendo sido a ação dirigida contra mera Portaria do Ministro de Estado da Justiça que regulamentou diploma legal do Congresso Nacional (a natureza do ato normativo atacado decorria não só do teor respectivo, como também fora revelada pela própria Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, no que previu, mediante o preceito do artigo 74, que o Poder Público "regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, e os horários em que sua apresentação se mostre inadequada"), eventual extravasamento do poder regulamentar, resolver-se-ia no campo da legalidade, ensejando, até mesmo, a atuação do Congresso na forma do disposto no artigo 49, inciso V, no que revelava competir a ele "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitassem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa".

²⁵⁴Assim como a Portaria n. 773/1990, a Portaria n. 796/2000 foi igualmente objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trata-se da ADI 2398 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em que se pleiteava a declaração de inconstitucionalidade do ato, ao argumento, em síntese apertada, de que (i) faltaria ao Ministro da Justiça competência para regular diversões e espetáculos públicos, a qual teria sido conferida, pelo art. 224 da Constituição da República, a um "Conselho de Comunicação Social"; (ii) a Portaria teria pretendido, de forma indevida, regular diretamente o art. 220, § 3º, I, da Constituição, dado que os preceitos legais a que se refere (notadamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente) não conteriam nenhum comando de natureza material, carecendo o ato, assim, da necessária intermediação normativa por lei federal; e (iii) o conteúdo da Portaria implicaria censura prévia e restrição à liberdade de expressão artística, na medida em que estabeleceu horários específicos para exibição de determinados programas de televisão, bem como ofensa ao princípio da legalidade, pois a adoção de critérios restritivos para horários e faixas etárias de espetáculos e diversões públicas dependeria de lei federal. Entendia seu autor que teriam sido ofendidos os arts. 5º, II, 220, §§ 2º e 3º, 221, IV, e 224 da Constituição da República, motivo pelo qual pleiteava, liminarmente, a suspensão do ato

3) *Portaria nº 899, de 03-10-2001*: ampliou o sistema de classificação indicativa para abarcar, igualmente, os jogos eletrônicos de qualquer natureza, determinando que devessem exibir no invólucro informações sobre a natureza do jogo e faixa etária recomendada, ou seja, “livre”, “inadequado para menores de 12 anos”, “inadequado para menores de 14 anos”, “inadequado para menores de 16 anos” e “inadequado para menores de 18 anos”.

4) *Portaria nº 1.549, de 21-11-2002*: por meio da qual foi instituído o Comitê Interinstitucional para Classificação Indicativa de Filmes, Programas Televisivos, Espetáculos Públicos e jogos eletrônicos e de RPG²⁵⁵, com a atribuição de opinar sobre a implementação da política de classificação brasileira.

Como esclarece Antonio Jorge Pereira Júnior²⁵⁶, “tal Comitê, de caráter consultivo, esteve vinculado à SNJ, e foi responsável pela elaboração do novo padrão de

impugnado e pedia, ao final, fosse declarada a inconstitucionalidade da íntegra da Portaria n. 796, de 8 de setembro de 2000, do Sr. Ministro da Justiça. Foram prestadas informações pelo Ministério da Justiça, tendo, igualmente opinado, tanto a Advocacia-Geral da União quanto a Procuradoria-Geral da República. Levada a ação ao então Relator Ministro Antonio César Peluso, propugnou ele a extinção anômala do processo, pois a Portaria, objeto da ação, já teria sido parcialmente revogada, mediante derrogação dos arts. 7º, 8º e 9º, *ex vi* do art. 18 da Portaria nº 1.597, de 02-07-2004, do Ministro da Justiça. Todavia, tendo ocorrido revogação parcial do ato, a ação não teria perdido o objeto. Apesar disso, o aludido Ministro considerou-a inviável, o que fez com apoio nas impugnações do Ministério da Justiça, subscritas assim pela AGU, como pela PGR, no sentido de que a Portaria impugnada extraia fundamento de validade do art. 74 do ECA, de modo que eventual crise normativa poderia ter lugar apenas no campo da legalidade, e, não, no da constitucionalidade, o que impedia cognição da demanda pela citada Corte. Esclareceu César Peluso ser inegável a validade da Portaria que orbitava no poder de regulamentar o disposto no art. 74 do Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo referência, ainda, a ADI 392, que decidira controvérsia praticamente idêntica a esta. Lembrou César Peluso, ademais, que o STF já teria fixado o entendimento de que no sistema de controle abstrato de normas não cabe ação direta de inconstitucionalidade para o exame de ato regulamentar de lei. De se notar que a questão referente à censura prévia não chegou a ser apreciada pelo STF naquela oportunidade. Em 2001, entretanto, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), por meio de petição assinada por Eros Roberto Grau, propôs nova Ação Direta de Inconstitucionalidade, desta feita impugnando o art. 254 do ECA, por entendê-lo contrário à Constituição (arts. 21, inciso XVI, 5º, inciso IX e 220, §§ 1º, 2º e 3º). A síntese da petição inicial da referida ação (ADI 2404), está vazada no fato de que a lei não pode, sem gravíssima ofensa à Constituição, transformar a classificação indicativa ou informativa em ato de permissão ou autorização, de modo a criar hipótese de proibição para impor penalidades. Dita ADI 2404 carece de julgamento no STF onde tramita há 15 (quinze) anos e sobre ela discorrer-se-á em item autônomo.

²⁵⁵O Comitê Interinstitucional para Classificação Indicativa, composto por representantes convidados de segmentos religiosos, culturais, da indústria cinematográfica, de organizações não-governamentais e da sociedade civil interessados no assunto, atendia a expectativa do então Secretário Nacional de Justiça, Antônio Rodrigues de Freitas Júnior, no sentido de aprimorar o procedimento de classificação etária da programação das televisões, dos espetáculos públicos, dos jogos eletrônicos, dos produtos cinematográficos e de RPG. Segundo ele, a finalidade da classificação etária era permitir que a informação cultural recebida pela criança e pelo adolescente não fosse nociva para sua formação pedagógica. O Comitê não teria responsabilidade pelas decisões administrativas, assim como a administração não teria necessariamente que acatar a posição do Comitê. Um dos objetivos do Comitê foi atualizar os critérios utilizados pelos classificadores (<http://gazetaweb.globo.com/porta/noticia-old.php?c=2210&e=>, site visitado em 06-01-2016, às 12:24h).

²⁵⁶PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, “Direitos da criança e do adolescente em face da TV”. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, pp. 254-255.

classificação. Antes de lançar-se o Decreto Presidencial com as novas disposições, o Ministério da Justiça submeteu as propostas à coletividade”.

5) *Portaria nº 1.597, de 02-07-2004*: estabelecia critérios para a classificação etária e horária de filmes nos segmentos cinema, vídeo e DVD. De acordo com a referida Portaria, as obras audiovisuais referentes a cinema, vídeo, DVD e congêneres deveriam ser classificadas segundo a faixa etária a que não se recomendassem, locais e horários em que sua apresentação se mostrasse inadequada.

Paradoxalmente, porém, o acesso de crianças e adolescentes a obras audiovisuais classificadas como inadequadas à faixa etária correspondente seria permitido na companhia dos pais ou responsáveis expressamente autorizados, observados os seguintes limites: a) crianças de 10 a 11 anos poderiam ter acesso a espetáculos e diversões públicas classificados como “inadequados para menores de 12 anos”; b) adolescentes de 12 a 13 anos poderiam ter acesso a espetáculos e diversões públicas classificados como “inadequados para menores de 14 anos”; c) adolescentes de 14 a 15 anos poderiam ter acesso a espetáculos e diversões públicas classificados como “inadequados para menores de 16 anos”; d) independentemente da classificação indicativa atribuída, crianças de 0 a 9 anos somente teriam o acesso a diversões e espetáculos públicos quando acompanhados de seus pais ou responsáveis, que podiam optar pelo acesso de seus filhos a espetáculos ou diversões públicas classificados como “inadequados para menores de 10 anos”; e) não seria permitido, em qualquer hipótese, o acesso de crianças e adolescentes a diversões ou espetáculos públicos cuja classificação recebida fosse correspondente a “inadequado para menores de 18 anos”.

A autorização referida anteriormente deveria conter firma reconhecida em cartório e ser retida no estabelecimento de exibição, locação ou venda de obras audiovisuais destinadas a cinema, vídeo e DVD. Os *trailers*, durante sua exibição, deviam veicular a classificação do produto principal ou fazer constar a seguinte frase: “Verifique a classificação indicativa do filme”.

6) *Portaria nº 378, de 21-03-2005*: instituiu Grupo de Trabalho vinculado à Secretaria Nacional de Justiça para subsidiar a regulamentação da classificação indicativa da programação televisiva. O Grupo seria constituído por representações institucionais, desempenhadas por igual número de membros titulares e suplentes, e seria composto por representantes do Ministério da Justiça (a quem se atribuiria a presidência); Ministério da Cultura; Ministério da Educação; Secretaria Especial de

Direito Humanos; Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica; Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA); Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude (ABMP); Associações de Emissoras de Televisão com abrangência nacional e Entidades civis com reconhecida atuação em mídia e direitos da criança e do adolescente.

7) *Consultas Públicas realizadas entre 2005 e 2006*: diante da constatação da ausência de procedimentos uniformes nos sistemas anteriores de classificação, o Comitê Interinstitucional criado pela Portaria nº 1.549/2002 ficou encarregado de aprimorar a classificação esforçando-se por conceber um método transparente, no qual o programa seria avaliado de acordo com três variáveis: descrição fática dos programas, temática e gradação de inadequações. Essa tarefa foi levada a termo com a participação de profissionais de prestígio de variados setores. Com o apoio em especialistas que assessoraram os trabalhos, reviram-se os critérios de avaliação.

Reduziu-se o período de espera da classificação, do ponto de vista operacional, com a contratação de novas pessoas – analistas – e aquisição de equipamentos. Deu-se transparência aos critérios de avaliação, e as empresas cujos produtos eram a ela submetidos poderiam recorrer da classificação respectiva.

Outra atividade inovadora desempenhada pelo Comitê Interinstitucional foi tornar pública a consulta nacional, realizada durante o ano de 2005, dando-se amplo conhecimento e divulgação da atividade de classificação. Pela primeira vez, convidava-se a população a opinar acerca da definição de alguns critérios que serviriam para compor as faixas horárias e etárias a serem observadas pelas emissoras de televisão, bem como os símbolos que indicariam a avaliação e deveriam acompanhar os programas transmitidos.

Centenas de organizações e ao menos 10 mil cidadãos e cidadãs participaram de diferentes etapas dessa construção – o que foi fundamental para mitigar a força dos argumentos utilizados em prol dos interesses corporativos contrários à política de classificação das obras audiovisuais. Tornou-se possível, assim, aprofundar e evidenciar

as diferentes posições, o que contribuiu para que o debate superasse a dicotomia equivocada de “censura” *versus* “liberdade de expressão”²⁵⁷.

8) *Portaria nº 1.100, de 14-07-2006*: regulamentou a Lei nº 10.359, de 27-12-01, no que concerne ao exercício da classificação indicativa de diversões públicas, especialmente obras audiovisuais destinadas a cinema, vídeo, DVD, jogos eletrônicos, jogos de interpretação (RPG) e congêneres, indicando como órgão classificador o Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação da Secretaria Nacional de Justiça (DEJUS/MJ), a partir de critérios estabelecidos no Manual de Classificação Indicativa²⁵⁸.

Ângela Maria Silveira dos Santos²⁵⁹, comentando a citada Portaria Ministerial, esclarece que ela solucionou algumas questões práticas no dia a dia do operador do ECA, como a que transferiu para o produtor ou responsável pelo evento público o dever

²⁵⁷ A ANDI - Agência de Notícias dos Direitos da Infância, a partir de convênio com o Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação do Ministério da Justiça, elaborou, no primeiro semestre de 2006, um documento com ampla reflexão sobre as diversas questões relacionadas ao processo de Classificação Indicativa de conteúdos audiovisuais, documento esse que foi organizado em três idiomas e que se encontra acessível no site <http://www.andi.org.br/publicacao/classificacao-indicativa-construindo-cidadania-na-tela-da-teve>, visitado em 06-01-16, às 15:35h.

²⁵⁸ O “Manual da Classificação Indicativa” ou “Guia Prático da Classificação Indicativa” é obra do Ministério da Justiça, mais especificamente da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) no âmbito do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. A Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) é uma das cinco secretarias que fazem parte do Ministério da Justiça e possui vasta área de atuação. É da responsabilidade da Secretaria tratar dos assuntos relacionados à nacionalidade e naturalização de estrangeiros, à coordenação da política nacional sobre refugiados e ainda às atividades de cooperação Judicial. Também estão a cargo da SNJ a coordenação das atividades de classificação indicativa de programas de televisão e filmes, diversões públicas, jogos eletrônicos e de interpretação (RPG), a qualificação, o acompanhamento de prestação de contas e a cassação de títulos de entidades de Utilidade Pública Federal (UPF) e de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips). As organizações estrangeiras, de direito privado, sem fins lucrativos, precisam da autorização da SNJ para funcionar no País. A orientação e coordenação das ações de combate à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos, da política de justiça e das entidades que executam serviços de microfilmagem completam as atividades da Secretaria. O primeiro manual é de 2006 e seu conteúdo revelava a Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público preocupação em atender ao melhor interesse da criança e do adolescente pautado na doutrina da proteção integral. Naquela ocasião, alguns temas foram considerados inadequados e nocivos ao saudável desenvolvimento físico e psíquico infantojuvenil tendo sido distribuídos em itens que se encontram correlacionados às faixas etárias e horários de exibição. Em 2012 foi lançada a segunda edição do aludido manual, igualmente organizado pela SNJ, visando fortalecer ainda mais a ideia de corresponsabilidade entre Estado, família e sociedade (na qual se incluem as empresas de comunicação), chamando a atenção e dando pleno conhecimento público aos mecanismos que envolvem a classificação indicativa das obras audiovisuais. Buscava a Secretaria Nacional de Justiça, naquela oportunidade, unificar e dar maior publicidade aos critérios e à interpretação do “Manual da Nova Classificação Indicativa”. O esforço de tornar cada vez mais clara a classificação indicativa vai ao encontro do propósito efetivo da política pública: fornecer instrumentos confiáveis para a escolha da família e a proteção da criança e do adolescente contra imagens que lhes possam prejudicar a formação.

²⁵⁹ SANTOS, Ângela Maria Silveira dos, “Prevenção”, in “Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos, Coordenação MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 346.

de indicar os limites de idade a que não se recomendavam as diversões, seguindo os parâmetros contidos no Manual, isentando o Ministério da Justiça de análise prévia.

A título de exemplo, lembra a autora, ainda, ter a Portaria nº 1.100/2006 outorgado legitimidade a todo cidadão de averiguar o cumprimento das normas de fiscalização indicativa por meio de representação fundamentada dirigida ao Ministério da Justiça, ao Conselho Tutelar, ao Ministério Público, ao Poder Judiciário e ao Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, afora haver estendido ao cidadão o direito de participar do Grupo Permanente de Colaboradores Voluntários para auxiliar de classificação indicativa.

Em respeito à responsabilidade familiar, a Portaria deixou a cargo dos pais e responsáveis o poder discricionário de decidir o acesso ou não de seus filhos ou pupilos às diversões e aos espetáculos acima de sua faixa etária, privilegiando as decisões tomadas pelo núcleo familiar, no tocante ao lazer e à diversão.

9) *Portaria nº 264, de 09-02-2007*: tinha caráter eminentemente procedimental. Definiu a natureza jurídica, a finalidade e o alcance da classificação indicativa; apontou o Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificações (DEJUS) como o órgão responsável para exercer a classificação e definiu a sua atribuição; ressaltou os programas que não estão sujeitos à análise prévia; arrolou os legitimados a requererem a classificação indicativa e os documentos necessários; previu a possibilidade de autoclassificação com a dispensa de análise prévia; orientou como deve ser feita a reclassificação das obras anteriormente classificadas; previu a possibilidade de interposição de recurso, por meio de pedido de reconsideração para as hipóteses de indeferimento ou deferimento de forma diversa do pedido classificatório; atribuiu ao cidadão a função de averiguar o cumprimento das normas de classificação e encaminhar representação ao Ministério da Justiça, Ministério Público, Conselho tutelar, Poder Judiciário e aos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente; estabeleceu o período de horário entendido como de “proteção à criança e ao adolescente”; previu a possibilidade do requerimento da classificação indicativa ser deflagrado por qualquer pessoa e determinou a finalidade da classificação indicativa dentro dos parâmetros do ECA.

Além disso, a referida Portaria estabeleceu, outrossim, as categorias de classificação, por meio da estipulação de grades de horários para a programação, com base nos critérios de sexo e violência; indicou a quem é dirigida a classificação e o seu

objetivo; disciplinou a forma como deve ser veiculada a classificação indicativa e esclareceu que *trailers*, chamadas e/ou congêneres estão sujeitos à classificação do produto principal a qual estão vinculados.

Dita Portaria, a exemplo de suas antecessoras n^{os} 773/1990 e 796/2000, também veio a ser atacada por Ação Direta de Inconstitucionalidade que restou arquivada pelo Supremo Tribunal Federal²⁶⁰.

10) *Portaria n^o 1.220, de 11-07-2007*: editada poucos meses depois da Portaria n^o 264/2007 restringiu-se a melhorar a redação daquela anterior, tendo, contudo, deixado de enumerar os interessados pelo requerimento de classificação indicativa das obras, o que, à época, foi considerado um avanço, certo que a apresentação de um rol poderia enclausurar o procedimento, dificultando-o.

Referida Portaria foi igualmente questionada pelo Partido Popular Socialista (PPS), em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3927). Para o Partido, mesmo que a Portaria n^o 1.220/2007 tenha trazido algumas alterações em relação à anterior (Portaria n^o 264/2007), manteve ela a vinculação obrigatória entre a classificação indicativa e as faixas horárias de exibição, “evidenciando, assim, grave ofensa ao princípio maior da liberdade de expressão consagrado pela Carta Política”²⁶¹.

²⁶⁰Cuida-se da ADI 3907 ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS) ao argumento de que a Portaria 264/2007 afrontaria o inciso IX do artigo 5^o da Constituição Federal, bem como o artigo 220 (*caput* e § 1^o, inciso I), que proíbem restrições à liberdade de expressão. “Sob o imponente e eufêmico nome de classificação indicativa, o Ministério da Justiça busca ressuscitar, por meio de um ato normativo, a vetusta e famigerada censura, abolida pela ordem constitucional de 1988”. A pretexto de regulamentar disposições da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), da Lei 10.359/01 e do Decreto 5.834/06, que tratam do processo de classificação indicativa de obras audiovisuais, o Ministério da Justiça, por meio da Portaria 264, “exorbita sua competência e cria direito novo e inconstitucional”, salientou o presidente do partido, Roberto Freire. Isto porque o próprio ECA se limitaria a prever a necessidade de classificação indicativa das obras de acordo com a faixa etária das crianças e adolescentes. “Não compete ao Estado Democrático de Direito brasileiro o papel de exercer atividade de monitoramento prévio de conteúdo das obras audiovisuais, podendo, apenas, classificá-las de acordo com sua natureza e faixa etária à qual não são recomendadas”, finaliza Roberto Freire na ação. Distribuída à relatoria do Ministro Eros Grau assim se posicionou: “(...) 9. A ADI tem como pressuposto o cotejo entre atos normativos dotados de autonomia, abstração e generalidade e o texto da Constituição do Brasil, situação que não ocorre nestes autos. 10. O entendimento da Corte é firme no sentido de que a ADI não ser via adequada para a impugnação de atos regulamentares. (...) Nego seguimento a esta ADI, nos termos do art. 21, § 1^o, do RISTF, determinando o seu arquivamento”.

²⁶¹O PPS argumentava que a justificativa do Supremo para arquivar as ADIs anteriores, de que os atos do Ministério da Justiça “seriam meros atos regulamentares sem autonomia normativa”, não procedia. Insistia em afirmar o presidente do Partido, Roberto Freire, que a Portaria 1.220/2007, que regulamenta disposições da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), “longe de regulamentar as normas a que se refere, criou novo direito: a vinculação obrigatória da classificação indicativa às faixas horárias de exibição das obras audiovisuais”. Por essa razão, pedia ao Supremo que declarasse a inconstitucionalidade da Portaria 1.220/2007, do Ministério da Justiça. Levada a questão a então Presidente, Ministra Ellen Gracie, mais uma vez, decidiu-se pelo descabimento da ADI, pois o que se pretendia era submeter ao controle concentrado de constitucionalidade o de legalidade do poder

11) *Portaria nº 3.203, de 08-10-2010*: regulamentou a atribuição de classificação indicativa a obras audiovisuais exibidas em mostras e festivais, partindo do pressuposto de que qualquer diversão pública deve garantir o respeito aos direitos da criança e do adolescente.

12) *Portarias nºs 1.642, de 03-08-2012, e 1.643, de 06-08-2012*: a primeira regulamentou o processo de classificação indicativa para serviço audiovisual de acesso condicionado (SeAC), definindo de forma mais clara a corresponsabilidade de programadoras e distribuidoras de TV por assinatura. Dispensou, contudo, esses fornecedores de verem a programação vinculada ao horário estabelecido na Portaria nº 1.220/2007, desde que disponibilizassem sistema de bloqueio de canais ou de programas; divulgassem objetiva e amplamente a forma de utilização de tais sistemas de controle e de bloqueio e possibilitassem ao usuário acessar a qualquer tempo, durante a exibição de um programa, a informação completa de sua classificação indicativa. A segunda, por seu turno, determinou que jogos e aplicativos comprados pela internet também teriam de obedecer à classificação. Definia jogos eletrônicos como sendo aqueles vendidos ou distribuídos gratuitamente no Brasil por meio de *download*, mídia física, pré-instalados no aparelho ou acessados no Brasil, em sítios eletrônicos voltados ao público brasileiro. A Portaria determinava que as empresas que comercializassem ou oferecessem gratuitamente esses programas ficariam responsáveis por avaliar o conteúdo com base nos critérios de sexo, drogas e violência e especificariam a classificação indicativa de acordo com o padrão nacional.

13) *Portaria nº 368, de 11-02-2014*: trata-se da Portaria Ministerial atualmente em vigor que, para logo, atualizou a temática da classificação indicativa levando em consideração algumas mudanças sociais ocorridas recentemente. Considerou, assim, a proposta aprovada durante a I Conferência Nacional de *Gays*, *Lésbicas*, *Bissexuais*, *Travestis* e *Transexuais*, realizada em Brasília de 5 a 8 de junho de 2008, que reforçou a necessidade de classificar como inadequadas para crianças e adolescentes obras audiovisuais que apresentem conteúdos homofóbicos, racistas ou degradantes a essa parcela da população. Do mesmo passo, a Portaria nº 368/2014 também levou em linha

regulamentar. Sustentou a Ministra que “o esquivamento imputado pelo requerente a este Supremo Tribunal Federal no seu dever de guarda da Constituição representa, na verdade, a indispensável obediência desta Corte à organicidade do sistema de controle abstrato vigente, que possui como um de seus pilares o princípio da hierarquia das normas. Tenho como certo que esta Casa, ao se deparar, nesse tema, com o instrumento processual cabível e adequado, não se furtará, nem por um instante, à sua missão constitucional precípua”. Julgou-se, assim, pelo descabimento da citada ADI, à qual se negou seguimento, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do STF.

de conta a Declaração de Salvador, adotada pelo 12º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, em 19 de abril de 2010, e reforçou a importância do apoio da sociedade civil e dos meios de comunicação às iniciativas dirigidas à proteção das crianças e adolescentes à exposição a conteúdos que possam exacerbar a violência e a criminalidade, particularmente, os que descrevem e glorificam atos de violência contra mulheres e crianças. Não se olvidou de considerar, ainda, os avanços tecnológicos e, por essa razão, determinou que os jogos eletrônicos e aplicativos sejam constantemente atualizados de acordo com os critérios de classificação indicativa como forma de proteção às crianças e adolescentes e, por fim, deu ouvidos ao resultado de consulta pública realizada pelo Ministério da Justiça entre outubro de 2010 e abril de 2011, referente à política pública da classificação indicativa.

Para logo se vê que, a partir da Portaria 368/2014, a classificação indicativa ganhou maior participação da sociedade, regulamentando o papel a ser desempenhado pelos colaboradores voluntários que poderão auxiliar na atividade de classificação indicativa, observadas as disposições da Lei nº 9.608, de 18-02-1998. Demais disso, a Portaria reforça o direito de qualquer pessoa verificar o cumprimento das normas de classificação indicativa podendo, inclusive, encaminhar representação fundamentada acerca do seu descumprimento ao Ministério da Justiça, aos Conselhos Tutelares, ao Ministério Público, ao Poder Judiciário e ao CONANDA (Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente), o que será viabilizado por meio da criação de um portal na internet que reunirá toda a legislação a respeito do assunto e apresentará informações sobre o processo de classificação²⁶².

Com as mudanças, as TVs pagas (serviço por acesso condicionado) e os serviços de vídeo por demanda na internet, antes fora da regra de classificação, passaram a exibir a classificação etária dos conteúdos, do mesmo modo que as mostras e festivais.

²⁶²Em 12-02-2014, foi editada a Portaria nº 26, da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça que instituiu o Cadastro Nacional de Classificadores Externos da Classificação Indicativa – Projeto Classifique – com os seguintes objetivos: promover a participação e o controle social no processo de classificação indicativa, ampliar a transparência e a prestação de contas da política de classificação indicativa e ampliar a participação da sociedade na classificação indicativa, por meio de apoio ao monitoramento de jogos e aplicativos digitais e de programas exibidos no âmbito nacional ou regional nas televisões aberta e fechada, além da classificação prévia de obras audiovisuais.

Entre outros pontos, a referida Portaria, ainda, unifica todas as normas administrativas relacionadas ao tema em um único documento e estabelece a autoclassificação para os programas ao vivo.

Estabelece a Portaria a classificação indicativa a seis categorias de classificação de conteúdo, que variam de livre a não recomendado para menores de 18 anos. Elas são definidas de acordo com o grau de incidência de cenas de sexo e nudez, violência e drogas nos programas e devem acompanhar os termos do Guia Prático da Classificação Indicativa.

Por esta razão, acredita-se que a Portaria 368/2014 facilitou a classificação, ampliando as possibilidades de autoclassificação²⁶³ por parte das emissoras e distribuidoras, tornando o sistema mais ágil e simples e construindo um ambiente de confiança entre o Estado, a sociedade civil e as empresas de comunicação social.

No caso de descumprimento das regras, o programa poderá passar por uma reclassificação e caberá ao Ministério Público ajuizar ações punitivas às empresas.

Prevê-se, ainda, que a reexibição de obras seriadas (novelas e minisséries) reeditadas, com acréscimo ou supressão de conteúdos, se sujeitem à classificação derivada, hipótese em que a emissora deverá apresentar, previamente, apenas 10% da obra. Anteriormente, era necessário todo o conteúdo.

O processo de classificação indicativa, disciplinado nos termos da referida Portaria, integra, assim, o sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente, composto por órgãos públicos e organizações da sociedade civil.

A sucinta análise das principais Portarias Ministeriais alusivas à classificação indicativa revela, *prima facie*, não só a crescente evolução no tratamento da matéria e o enriquecimento de seu conteúdo – não apenas como reflexo natural do avanço tecnológico, mas como demonstração de um esforço contínuo e denso por parte daqueles que estão engajados em sua prospecção como política pública eficiente e de abrangência nacional – como ainda sensibiliza a população a compreender, dialogar e fiscalizar o mecanismo classificatório de obras audiovisuais nele reconhecendo sua mais

²⁶³Entende-se por autoclassificação a atribuição da classificação indicativa pelo responsável pela obra, a ser confirmada ou não pelo Ministério da Justiça. De acordo com a Portaria nº 368/14 o DEJUS poderá ratificar a autoclassificação mediante a análise de documentos que acompanham a própria obra respeitando, assim, a indicação sugerida pelo responsável da obra.

cerebrina função que é a de garantir proteção às crianças e adolescentes sem nem de leve ferir o direito à liberdade de expressão e informação de qualidade.

Lembre-se que não se pretendeu aqui esgotar o assunto, nem se apresentaram todas as Portarias editadas nos últimos 25 anos, que podem ser consultadas por meio do sítio eletrônico do Ministério da Justiça.

V.1.2. Definição: compreendendo a classificação indicativa

Inegavelmente, em alguns ambientes, mais do que em outros, se destaca o papel do dever à prevenção especial em torno da criança, notadamente naqueles em que esta permanece por longas horas sendo entretida por mensagens visuais, auditivas e sensoriais, como uma porta aberta apta a receber brisas, ventos e tempestades.

Assim se dá, por exemplo, nos meios televisivos e cinematográficos, afora a hipnose tecnológica proporcionada pela internet e pelos jogos eletrônicos.

Em estudo minucioso sobre os direitos da criança e do adolescente em face da televisão, Antonio Jorge Pereira Júnior²⁶⁴ adverte que,

Nos meios televisivos, o público infantojuvenil é muito mais *trabalhado* e *orientado* por profissionalismo dos criadores de programas e publicidade, em níveis inalcançáveis pelo *amadorismo* educativo dos pais, amadorismo esse que se deve entender no sentido de carecerem de instrução acerca de como usar recursos psicológicos e tecnológicos para educar os filhos segundo valores que reputam adequados, inclusive em face de programação televisiva que estimula os jovens a atuarem em sentido contrário ao quadro de valores que os pais julgariam adequados para seus filhos. A maioria dos pais, pela situação de vida moderna, não consegue acompanhar a tecnologia persuasiva da mídia e avaliar seus conteúdos em contraste com o que desejariam para seus filhos. Diante da tecnologia de indução ao consumo há hipossuficiência do teleconsumidor. (Os grifos constam do original).

A partir desta constatação, denota-se a importância da classificação indicativa como instrumento capaz de segmentar os temas, as imagens, os sons e os conteúdos que, estando acessíveis à criança, desempenham o papel de promover-lhe o acesso à cultura, educação e lazer com qualidade, sempre atentos à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

²⁶⁴PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, “Direitos da criança e do adolescente em face da TV”. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 203.

De fato, ao reconhecer que a criança é dotada de uma condição especial e que em razão disso merece proteção integral, chega-se a conclusão de que é dever do Estado, da sociedade e da família contribuir na preservação de suas integridades física e psíquica fomentando o uso e a propagação de mecanismos que respeitem tal condição.

A política pública da classificação indicativa foi construída, como já se viu no item anterior, especialmente, entre 2005 e 2006, a partir de um intenso debate entre emissoras, comunidade acadêmica, sociedade civil e governo. O modelo baseia-se na responsabilidade compartilhada entre as emissoras de TV, produtores e distribuidores de jogos, cinema e vídeo, o poder público, as famílias e a sociedade.

Classificar indicativamente a programação dos diferentes tipos de mídia consiste em apontar conteúdos apropriados ou inapropriados para crianças e adolescentes, em consonância com suas faixas etárias e com seus lugares de inserção biopsicossocial.

O Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação (DEJUS) do Ministério da Justiça, ligado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ/MJ), classifica a faixa etária de programas de televisão, filmes para cinema e DVD, jogos eletrônicos e de interpretação de personagens (RPG). Não são passíveis de classificação indicativa as exposições ou apresentações ao vivo, abertas ao público, como as circenses, teatrais e shows musicais, as competições esportivas, os programas e propagandas eleitorais, as propagandas e publicidades em geral e os programas jornalísticos (art. 4º, I a V da Portaria nº 368, de 11-02-2014, do Ministério da Justiça)²⁶⁵.

²⁶⁵Muito embora as exposições ou apresentações ao vivo, abertas ao público, as competições esportivas, as propagandas e publicidades em geral e os programas jornalísticos não sejam passíveis de classificação indicativa acredita-se que mereceriam curial atenção do Poder Público, das famílias e da sociedade. Nesse sentido, de se destacar a extensão que se pretende atribuir à classificação indicativa e que será, igualmente, objeto do presente estudo. A fim de iniciar tal reflexão, contudo, lembra-se, desde logo, que o CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) desenvolve um importante papel no controle de campanhas publicitárias abusivas e enganosas. Muito embora não se aplique, realmente, a política da classificação indicativa nesse ambiente (o da publicidade), acredita-se que algumas dessas campanhas deveriam se sujeitar ao crivo orientador e pedagógico ínsito ao referido modelo, sobretudo porque a publicidade utiliza a persuasão como principal estratégia de convencimento, uma vez que o texto publicitário se apropria da retórica, de figuras de linguagem e de raciocínios que objetivam convencer o receptor da mensagem formulada (CITELLI, Adilson, “Linguagem e persuasão”, ed. revista e atualizada, São Paulo: Editora Ática, 2006, p. 20). Ao discorrer sobre as teorias protecionista ou conservadora e autonomista ou libertária em torno da classificação indicativa, o tema voltará à tona e será, minudentemente, investigado. Nessa oportunidade, contudo, vale lembrar a pesquisa realizada pelos alunos do curso de Comunicação Social – Rádio e TV da Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC que em texto intitulado “Erotização e Infância: as Duas Faces da Publicidade” analisaram a campanha “Use e se Lambuze”, da marca de roupas infantis *Lilica Ripilica*. A campanha foi criada em 2008 pela agência *OpusMúltipla Comunicação Integrada*, e foi apresentada através de imagens veiculadas em revistas, *outdoors* e internet. Com o intuito de lançar no mercado a coleção *Tea Time*, que tem estilo

O sistema da classificação indicativa funciona, assim, como um organograma no qual estão alocados alguns assuntos ou temas considerados impróprios para um crescimento infantil saudável, de acordo com a faixa etária e obedecidos os horários e locais de divulgação, de modo a manter em evidência os arranjos e as inter-relações dessas unidades constitutivas, a saber, qual desses assuntos ou temas merece estar acessível a qual das faixas etárias indicadas, dentro dos horários e nos locais que determinam.

Nesse diapasão, definir²⁶⁶ a classificação indicativa é tarefa fundamental, dentro dos contornos do presente estudo, por meio do qual se pretende reconhecer nela

inspirado no tradicional chá inglês, a campanha em questão utilizou-se de imagens que causaram espanto e que, por isso, permaneceu pouco tempo em circulação. A *Lilica Ripilica* é uma marca destinada à classe A que, como se sabe, possui um forte poder aquisitivo. Para promover sua coleção de roupas que, cabe explicitar, são equiparadas à moda adulta, porém, destinadas ao público infantil, a campanha “Use e se Lambuze” provocou polêmica. Segundo reportagem publicada no *site* do *Instituto Alana*, a peça chegou a ser, por ordem do Ministério Público do Estado do Paraná, comarca de Londrina, retirada de circulação, e, em março de 2009, por meio do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e a Marisol (fabricante), foi decidido que a empresa não mais veicularia publicidade com imagens de crianças como a que constava na denúncia apresentada e também pagaria uma multa compensatória ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina no valor de R\$ 20 mil. A imagem em questão foi exibida em um *outdoor*, e trazia a foto de uma menina com cerca de cinco anos sentada em uma espécie de divã. Ela vestia as roupas da marca: saia, blusa, colete e lenço, todos em tons de rosa e branco, usava meias brancas à altura dos joelhos e um sapato rosa. A criança segurava nas mãos um doce, tinha o rosto sujo de açúcar e creme e olhava diretamente para a câmera com um meio-sorriso nos lábios. Ao lado, as palavras “Use e se Lambuze”. Motivos florais enfeitavam o fundo e a marca aparecia no canto inferior direito, fechando a imagem. O estudo dos referidos alunos comprovou que, de início, pode-se perceber a manipulação de alguns recursos expressivos que auxiliam na construção da imagem, que transforma em “mocinha” uma menina ainda tão jovem: o ângulo de tomada apresenta um leve *contra-plongée* colocando a menina em uma posição superior, o que lhe confere um ar mais sóbrio; na escolha da objetiva vê-se uma proximidade maior e mais nítida sem profundidade de campo, destacando e enfatizando a expressão facial da criança. Utilizando-se de cores leves e traços suaves, a imagem ganha um aspecto de simplicidade. Os tons femininos mostram um ambiente mais direcionado às meninas, com a presença de uma iluminação difusa sem referência, apresentada de forma generalizada e uma textura mais lisa. Porém esta aura de delicadeza pode remeter a outro pensamento: a vivacidade das cores foi retirada, e o cenário ganhou um aspecto sério, quase adulto. A propaganda se desenvolve em uma mensagem que induz a uma sensualidade e maturidade não condizentes com o universo infantil. É violenta por instaurar um modelo de infância que desestabiliza a formação da criança, tanto educacional quanto sexual. A imagem mostra uma criança exposta em pose adulta com alto teor de sensualidade, o que acaba destruindo sua inocência. A mensagem contida na propaganda acarreta muitos problemas para o futuro dos pequenos. Abusando da sensualidade e da criação de um padrão de comportamento de que a criança, em especial a da segunda infância e da pré-adolescência, deva se vestir como uma mulher madura, a propaganda transforma costumes através da violência simbólica. (FLORES, Alice Lacerda Pio, OLIVEIRA JÚNIOR, José Nunes de, SANTOS, Maria Eduarda Viana e TEIXEIRA, Suellen Souza, “Erotização e Infância: as Duas Faces da Publicidade”, in *Revista Anagrama: Revista Científica Interdisciplinar da Graduação, Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC, Ano 4, Edição 3, Março-Maio de 2011, pp. 5-7*). Afora os comentários constantes do bem elaborado texto a que acima se refere, de se notar um conteúdo erótico até mesmo no *slogan* da campanha “Use e se Lambuze”. Tendo sido utilizada a imagem de uma menina, chega-se a intuir o incentivo que a referida campanha publicitária sugere em torno da prematura exposição do feminino às fantasias sexuais e a utilização do corpo e da silhueta como estimulantes desses mesmos fetiches.

²⁶⁶Por “definição” deve-se compreender: 1. *Lógica jurídica*. a) Operação que visa determinar a compreensão de um conceito (Hamilton); b) conjunto de termos conhecidos determinantes do conceito

um método eficiente para a promoção do desenvolvimento intelectual, psíquico e comportamental infantil em consonância com os objetivos e princípios constitucionais informadores da educação e da cultura²⁶⁷.

definido, representado por um termo único (Lalande e Pascal); c) proposição que expõe os caracteres genéricos e diferenciais de uma coisa; d) oração imperfeita que revela o que uma coisa é ou o sentido de uma palavra (Goffredo Telles Jr. e Van Acker); e) conceito complexo que expõe o que é uma coisa ou uma palavra (Maritain); f) explicação de uma coisa ou de um termo (Sinibaldi); g) operação de revelar o que um objeto é pela enunciação de seus aspectos inteligíveis; h) delimitação de uma coisa para distingui-la das demais ou determinação de um conceito (Puigarnau). 2. *Direito canônico*. Decisão. 3. *Retórica jurídica*. Exposição dos diversos lados pelos quais se pode tratar de uma temática ou assunto (DINIZ, Maria Helena, “Dicionário Jurídico”, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 33). Muitas vezes tem-se a ideia do termo, ou seja, das suas possibilidades de uso num discurso, mas não se é capaz de apontar, por meio de outras palavras, as características que fazem com que algo seja nominado por aquele termo, isto é, que fazem com que possa ele ser utilizado em certos contextos. Para ser fixada, a ideia do termo precisa ser demarcada linguisticamente, ou melhor, constituída em linguagem, pois só assim ela se torna articulável intelectualmente. É por meio da definição que se realiza tal demarcação. Definir, assim, é explicar o conceito, pô-lo em palavras, é identificar a forma de uso do termo (CARVALHO, Aurora Tomazini de, “Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico”, 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2013, p. 63). Herbert L. A. Hart esclarece que a “definição”, como a palavra sugere, é primariamente uma questão de traçado de linhas ou de distinção entre uma espécie de coisa e outra, as quais a linguagem delimita por palavras distintas. A necessidade de tal traçado de linhas é muitas vezes sentida por aqueles que estão perfeitamente à vontade com o uso no dia a dia da palavra em questão, mas não podem exprimir ou explicar as distinções que, segundo sentem, dividem uma espécie de coisas de outra. Assim, afirma o autor, todos nós estamos por vezes nesta provação; é fundamentalmente o caso do homem que diz: “Sou capaz de reconhecer um elefante quando vejo um, mas não sou capaz de o definir”. A mesma provação foi expressa pelas famosas palavras de Santo Agostinho acerca da noção de tempo. “O que é, pois, o tempo? Se ninguém me perguntar, eu sei; se desejar explicá-lo àquele que me pergunta, não sei” (HART, Herbert L. A., “O Conceito de Direito”. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 18, Tradução de A. Ribeiro Mendes do original intitulado “The Concept of Law”, Oxford University Press, 1961). A definição de uma palavra, portanto, pode fornecer um mapa que demonstre claramente as relações tenuemente sentidas entre o que se conhece e as outras coisas, muito embora não é demasiado reforçar que o conceito de um vocábulo não depende da relação com a coisa, mas do vínculo que mantém com outros vocábulos. Nestas condições, definir não é fixar a essência de algo, mas sim eleger critérios que apontem determinada forma de uso da palavra, a fim de introduzi-la ou identificá-la num contexto comunicacional. Não definimos coisas, definimos termos. Os objetos são batizados por nós com certos nomes em razão de habitarmos uma comunidade linguística, ao definirmos estes nomes restringimos suas várias possibilidades de uso, na tentativa de afastar os problemas de ordem semântica inerentes ao discurso. Por isso que, quanto mais detalhada a definição, menores as possibilidades de utilização da palavra. Toda definição é composta de duas partes: (i) *definiendum*, termo a definir; e (ii) *definiens*, enunciação do significado do termo. Para a constituição do *definiens* utilizamo-nos de certos critérios, escolhidos de acordo com nossa tradição linguística, os quais são responsáveis pela indicação da forma de uso da palavra. Ao eleger tais critérios separamos dois tipos de características: (i) definidoras; e (ii) concomitantes. As primeiras (definidoras) são utilizadas para demarcação do conceito no qual o objeto é pensado. Estando elas presentes em todos os objetos nominados pelo termo (*definiendum*), são responsáveis por atribuímos a tais objetos o mesmo nome. Já as segundas (concomitantes) são as infinitas outras, percebidas ou não, que não levamos em conta na delimitação do conceito do termo. O conceito de uma palavra pode ser visto sob dois fatores: (i) conotação, formada pela classe de seu uso (x) excluída a de seu não-uso (-x); e (ii) denotação, formada pelos elementos que se subsomem à tal classe, ou seja, aquelas significações que podem ser nomeadas de x (CARVALHO, Aurora Tomazini de, “Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico”, 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2013, pp. 63/4).

²⁶⁷A fim de estabelecer uma relação entre a classificação indicativa e os objetivos e princípios constitucionais informadores da educação e da cultura, transcrevem-se, abaixo, alguns dos artigos que compõem a Magna Carta e que evidenciam tal interligação. Os destaques aos pontos de contato foram postos agora.

Acredita-se, realmente, que a temática relativa à classificação indicativa dialoga – e muito – com um dos principais entraves ao progresso e crescimento brasileiros: a falta de acesso e o baixo incentivo destinado à educação.

Fala-se muito em erradicação da pobreza, em alcance de uma equilibrada justiça social, em incentivo ao progresso econômico, em meio-ambiente sustentável, em inclusão digital, em saúde de qualidade. Todavia, tem-se a certeza de que todos esses aspectos de elevada importância e de carência visível na sociedade brasileira estão, de uma forma ou de outra, intrincados à lastimável ausência e ao pouco estímulo destinado à educação. Sem esta, entretanto, nenhum daqueles projetos e metas poderá ser alcançado.

Chega-se a questionar: o direito e suas instituições podem contribuir de forma mais específica para a promoção de valores e direitos como a educação?

“Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a **proteção** à maternidade e à **infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

“Art. 205. A **educação, direito de todos e dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a **colaboração da sociedade**, visando ao **pleno desenvolvimento da pessoa**, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

“Art. 215. **O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional**, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

“Art. 216. Constituem **patrimônio cultural brasileiro** os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – **as formas de expressão**;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – **as criações científicas, artísticas e tecnológicas**;

(...)”.

“Art. 220.*omissis*.....”

§ 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**”.

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

I – **preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas**;

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

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

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

“Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**”.

Não se questiona a capacidade retórica do direito de enunciar direitos e princípios, mas a sua capacidade concreta de contribuir para que estes valores, princípios ou mesmo direitos sejam efetivamente implementados. Ao assegurar a Educação como um direito fundamental, a Constituição está de fato contribuindo para que as crianças possam ter os seus interesses atendidos, ou simplesmente está criando uma ilusão como aquela pessoa que nos deseja felicidades, mas nada faz para que nossa vida seja melhor?

É verdade que o direito pode ter objetivos simbólicos, mas, quando uma sociedade se redemocratiza, como ocorreu com o Brasil em 1988, por intermédio de um participativo processo constituinte, o direito tende a ter componentes fortemente aspiracionais. Ele descreve condutas voltadas à transformação de uma realidade que não mais satisfaz. Constituições democráticas são, no mais das vezes, reativas a um passado recente ou mesmo longínquo de arbítrio, autoritarismo, ou ainda, de pobreza e desigualdade. A questão é saber qual o potencial que estas normas têm para que sejam cumpridas.

A nosso ver não é apenas porque a Constituição enuncia o direito à Educação, do modo como o faz, que este direito será cumprido. Ou seja, a enunciação do direito é apenas um ponto de partida. Evidente que uma sociedade pode obter um consenso tão profundo em relação à realização de um direito e dispor de quantidade de recursos suficientes para a sua implementação, que não são necessários grandes esforços para tirá-lo do papel. No mais das vezes, no entanto, os direitos são objeto de disputa. Temos distintas compressões sobre quais as obrigações que decorrem de um direito ou, ainda, nota-se um hiato entre a enunciação do direito e a disposição de levá-lo à última consequência, arcando com todos os custos que decorrem de sua implementação. No caso do direito à Educação as duas coisas parecem ocorrer ao mesmo tempo. Embora seja difícil encontrar alguém que tenha a disposição de se demonstrar contrário à Educação, dada a sua imensa carga positiva, é muito comum que se discorde sobre qual modelo educacional que melhor realizaria o direito à Educação.

Acredita-se, assim, que a classificação indicativa está atrelada ao direito à educação, pois funciona como um filtro na propagação da cultura, no ambiente da comunicação social, auxiliando na formação do caráter infantil. Constitui peça estruturante na seleção e orientação de conteúdos audiovisuais. É guia no encaminhamento ético e na formação intelectual e psicológica da criança e é a base a despertá-la para a ciência, para a investigação, para a proliferação da cultura, o que, em essência, auxilia na formação de cidadãos críticos, conscientes e visionários.

Se por um lado os meios de comunicação servem à construção de um imaginário que condiciona o modo de pensar, sentir e agir, fundamental é que tal construção seja no mínimo responsável. A classificação indicativa revela a preocupação do adulto com o desenvolvimento físico, mental e psicológico da criança, realça sua

²⁶⁸VIEIRA, Oscar Vilhena e ALMEIDA, Eloisa Machado de, “Direito, Educação e transformação”, in “Justiça pela Qualidade na Educação”, Organizado pela Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 12.

responsabilidade na orientação e na conformação de pessoas equilibradas funcionando como um reforço para o alcance de tal desiderato.

Como reconhece Antonio Carlos Rodrigues do Amaral²⁶⁹,

A educação, nessa ótica, além de propiciar elementos formativos e informativos que permitam ao indivíduo desenvolver-se em sua totalidade, deverá despertar-lhe o sentido da responsabilidade individual, que é absolutamente vinculada à atuação humana permeada pela valoração moral. Caso contrário, num cenário iluminado pela ignorância de valores essenciais ao homem, que deveriam ser obtidos à luz de conhecimentos que permitissem a sua adequada identificação, dar-se-ia nascimento, no dizer de Mortimer Adler²⁷⁰, a uma geração de ignorantes do ponto de vista ético e moralmente deformada.

Além de estar atrelada à educação, a discussão em torno da classificação indicativa é, ainda, matéria de cunho interdisciplinar, porque, a um só tempo, interessa à psicologia e à medicina; é afeta à antropologia, à sociologia, à economia e não pode escapar dos olhares atentos dos profissionais da área jurídica²⁷¹.

²⁶⁹AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do, “Ética social e governamental: advocacy e lobby”. São Paulo: Hottopos, 1997, p. 62.

²⁷⁰Mortimer Jerome Adler foi um filósofo aristotélico e escritor estadunidense que nasceu, aos 28 de dezembro de 1902 em Nova Iorque e, morreu, aos 28 de junho de 2001 na Califórnia. A teoria pedagógica de Mortimer Adler baseia-se, essencialmente, em três livros publicados na década de 80. *The Paideia Proposal: an Educational Manifesto*; *Paideia Problems and Possibilities* e *The Paideia Program*. Adler parte do pressuposto que as semelhanças básicas entre os indivíduos são mais importantes que as suas diferenças, uma ideia que suporta a defesa de um currículo igual para todos em detrimento de um currículo diferenciado. Acredita firmemente que todas as diferenças individuais que possa haver entre os alunos podem ser abordadas num contexto de igualdade. É importante perceber que, segundo Adler, todas as crianças têm as mesmas tendências inerentes, os mesmos poderes inerentes. Como a igualdade social implica a mesma qualidade de vida para todos, então deveria haver o mesmo tipo de escola para todos (<https://pt.m.wikipedia.org>, site visitado em 29-12-15, às 14:36 horas).

²⁷¹Sob a ótica da saúde, os critérios arrolados como base para a conformação do organograma da classificação indicativa levarão em consideração aspectos tomados de empréstimo até mesmo do pai da psicanálise, Sigmund Freud, para considerar determinados assuntos ou temas inadequados ao público infantil. Discorrer-se-á sobre os assuntos eleitos como inadequados ao público infantil em item autônomo, mas, de antemão, sabe-se, a título de exemplo, que a sexualidade, o erotismo, a pornografia e a nudez são temas que há mais de um século já foram estudados por Freud; de acordo com a antropologia, a sociologia e a economia, a classificação indicativa buscará compreender as relações do homem na sociedade em que vive e a maneira como enfrenta determinadas vivências, notadamente relacionadas à violência e ao uso de drogas psicotrópicas. Finalmente, o olhar do direito procurará vislumbrar a importância da classificação indicativa dentro de um Estado democrático de direito, apartando-a da censura prévia e compatibilizando-a com os outros direitos e princípios fundamentais, especialmente com o da liberdade de expressão e de informação. De fato, o direito de comunicação respeita, de um lado, a preservação da opinião, da expressão e da informação, especialmente quando exteriorizadas através de um meio de comunicação de massa, e, de outro lado, se refere à integração jurídica da existência e do funcionamento responsável desses meios de comunicação.

Buscando atribuir-lhe uma definição conotativa, verbal e informativa²⁷², dir-se-á que a classificação indicativa é um conjunto de informações sobre o conteúdo de obras audiovisuais e diversões públicas com o escopo de proceder à sua adequação referentemente ao horário e local para sua exibição, com restrição a determinadas faixas etárias. Trata-se, na verdade, de um alerta à família (pais ou responsáveis) sobre a adequação da programação (de TV, filmes, DVD, jogos eletrônicos e de interpretação – RPG) à idade de crianças e adolescentes. Funciona, portanto, como uma verdadeira orientação ou recomendação acerca da exibição do conteúdo de determinado programa televisivo, filme, DVD, jogos eletrônicos e de interpretação, estando a internet, mais recentemente, igualmente, inserida neste contexto²⁷³, como se examinará mais detidamente no item V. 1.6.2., infra.

Sobre os limites da classificação indicativa dedicar-se-á, separadamente, em item específico, justamente por manter estreita pertinência com a proposta que se quer

²⁷²Ricardo Guibourg diferencia: (i) *definições conotativas* e (ii) *definições denotativas*. As primeiras delimitam o uso da palavra, apontando, mediante outros vocábulos, os critérios (características) que nos fazem chamar certos objetos por aquele nome, de forma que, mesmo não enumerando tais objetos há possibilidade de identificá-los. Já as segundas não indicam as características comuns que nos possibilitam agrupar certos objetos sob a denominação do termo definido, mas enumeram os objetos por ele nomeados, permitindo, assim, a identificação de seu conceito. Para elucidar esta diferenciação o autor utiliza como exemplo a palavra “planeta”. Enunciar: “Mercúrio, Vênus, Terra, Marte, Júpiter, Saturno, Urano, Netuno” é definir denotativamente o termo, ao passo que enunciar: “corpo celeste, opaco, que brilha pela luz reflexa do Sol, arredor do qual descreve uma órbita com movimento próprio e periódico” é defini-lo conotativamente. Nota-se que as denominadas *definições denotativas* são abertas, não determinam o conceito, elas o induzem e, por isso, clamam por uma *definição conotativa*. É esta última que nos autoriza usar a palavra “planeta” numa frase, que aponta seu conceito, determinando porque algo é nominado “planeta”. Além da diferenciação entre definições denotativas e conotativas Ricardo Guibourg trabalha com a distinção entre definições: (i) *verbais*; e (ii) *ostensivas*. De acordo com seus critérios classificatórios, as primeiras identificam as características definitórias de uma palavra por meio de outras palavras, enquanto as segundas apontam para o objeto portador de tais características (são sempre denotativas). Um professor universitário, por exemplo, pode definir o conceito de “direito” apontando para um compêndio de legislação e dizendo: “*Isto é direito*”. Trata-se de definição ostensiva. Ainda segundo os critérios classificatórios do autor, as definições podem ser: (i) *informativas*, quando descrevem o costume linguístico de certa comunidade a respeito do uso da palavra (ex: as presentes no dicionário de uma língua); e (ii) *estipulativas* quando identificam a forma de uso da palavra por uma pessoa em seu discurso. É este tipo de definição que permite a introdução de novos termos, requeridos pelo discurso científico e a precisão daqueles ordinariamente já conhecidos (GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, “Introducción al conocimiento científico”. Buenos Aires: Eudeba, 1985, pp. 55-60).

²⁷³O marco civil da internet, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, em consonância com a Constituição cidadã e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, dedicou espaço para tratar da proteção da criança, o que faz no art. 29, a saber:

“Art. 29. O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Parágrafo único. Cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no *caput*, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes”.

apresentar a partir deste trabalho, mas, de antemão, deve-se sinalizar que a filosofia que reveste o sistema classificatório é assaz eficiente para ser estendido para outros ambientes hoje dele desguarnecidos.

Esclarece Roberta Densa²⁷⁴ que “a classificação indicativa pode ser definida como uma catalogação ou categorização do conteúdo da obra, com o objetivo de identificar a faixa etária a que não se recomenda o entretenimento”. Ou, como prefere Antonio Jorge Pereira Júnior²⁷⁵, “é um serviço prestado às crianças e adolescentes, aos pais, e às próprias empresas televisivas, que poderão apoiar-se com segurança nos critérios de classificação oferecidos pelo órgão competente como esteio para o melhor cumprimento de sua função social”.

De acordo com o “Manual da Nova Classificação Indicativa” elaborado pelo Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação (DEJUS) da Secretaria Nacional de Justiça, órgão do Ministério da Justiça, em parceria com a ANDI – Agência de Notícias dos Direitos da Infância,

A classificação indicativa é norma constitucional processual que resulta do equilíbrio entre duas outras regras: o direito à liberdade de expressão e o dever de proteção absoluta à criança e ao adolescente. E porque deriva deste equilíbrio tão tênue quanto tenso acaba por resultar, ou melhor, por exprimir um duplo comando: por um lado, dirigindo-se ao Estado exige do Executivo o cumprimento do dever de classificar, de produzir e estabelecer parâmetros para a produção de informação pública sobre o conteúdo de produtos audiovisuais; e, por outro, dirigindo-se à sociedade exige das emissoras de TV, dos distribuidores de produtos audiovisuais e demais responsáveis, em primeiro lugar, a veiculação da classificação atribuída a cada programa e, em segundo, a não-exibição do programa em horário diverso de sua classificação.

A classificação indicativa se encontra, pois, consolidada como política pública do Estado (especificamente do Ministério da Justiça) e seus símbolos são reconhecidos pela maioria das famílias as quais os utilizam para escolher a programação televisiva, os filmes e os jogos que suas crianças e adolescentes devem ou não ter acesso.

A classificação indicativa desempenha, por certo, função informativa e pedagógica, na medida em que procura alertar aos adultos, aconselhando-os na

²⁷⁴DENSA, Roberta, “Proteção jurídica da criança e do adolescente consumidores de entretenimento: fundamento liberal”, tese de doutorado em direito defendida na PUC/SP, sob orientação de Regina Vera Villas Bôas, 2015, p. 184.

²⁷⁵PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, “Direitos da criança e do adolescente em face da TV”. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 253.

obediência aos critérios por ela estabelecidos no sentido de proteção e defesa dos direitos infantojuvenis (artigos 6º e 7º, da Portaria nº 368/14, do Ministério da Justiça).

Traçando-se um paralelo entre o modo de apresentação e exposição do entretenimento televisivo, cinematográfico, incluindo DVD, jogos eletrônicos e de interpretação – RPG com o de outros produtos, como, por exemplo, os medicamentos, dir-se-á que a classificação indicativa funciona como se fora um rótulo apostado na embalagem na qual se destacam os principais componentes daquele produto, qual sua finalidade e função e quais são as pessoas aptas a consumi-lo e com que frequência²⁷⁶.

É por isto que a classificação indicativa exerce uma função informacional e seletiva não podendo, jamais, ser ignorada, especialmente pelos adultos responsáveis, notadamente pelos pais e, mui especialmente, pelos fornecedores dos conteúdos audiovisuais e de entretenimento.

Partindo desse raciocínio, e reconhecendo a necessidade de uma atuação responsável e, ao mesmo tempo, colaborativa de todos os envolvidos, a Ministra Nancy Andrichi já vinha se posicionando em torno da classificação indicativa.

Senão, vejamos:

CIVIL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. MENOR ACOMPANHADO DOS GENITORES IMPEDIDO DE INGRESSAR EM ESPETÁCULO DE TEATRO. ESPETÁCULO IMPRÓPRIO E NÃO RECOMENDÁVEL À IDADE DO MENOR. CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA E PROIBITIVA. CONDUTA DO EXIBIDOR DO ESPETÁCULO QUE SE REVELA ADEQUADA AO

²⁷⁶Permite-se fazer essa analogia simbólica a fim de não só definir a classificação indicativa como também visualizar qual é, na essência, sua função primordial. Assim, por exemplo, os medicamentos contêm, em suas respectivas embalagens, informações sobre sua composição e eventuais contraindicações, modo de utilização, finalidade precípua, e, especialmente, a apresentação da faixa etária a quem se destinam. Os medicamentos que atendem às crianças (ou melhor, os assim denominados de uso pediátrico) devem ter essa especificação em seu invólucro de forma ostensiva; aqueles que só podem ser utilizados a partir de uma faixa de idade, do mesmo modo, deverão conter esse esclarecimento constante da embalagem de forma clara, de maneira que o consumidor, ciente das referidas informações, possa fazer o uso correto e eficiente do medicamento adquirido, combatendo a doença ou sintoma patológico apresentado. Do mesmo modo, funciona a classificação indicativa. Os conteúdos audiovisuais e de entretenimento são produtos assim como os medicamentos. Enquanto estes, porém, vêm acondicionados em embalagens, aqueles são ora apresentados visualmente (como ocorre com os programas televisivos e os cinematográficos), ora igualmente acondicionados em embalagens (como se dá com os DVDs e jogos eletrônicos) e, em ambas as situações, devem conter toda a informação necessária a dar ao consumidor pleno conhecimento de seu respectivo conteúdo e a quem ele se destina, podendo ser exibido. Os critérios indicados no organograma classificatório não são aleatórios; ao contrário, são fruto de um estudo que revela as “contraindicações”, malefícios e reações adversas ocasionadas especialmente às crianças e justamente por isso restringe-se sua exibição a determinados horários supostamente menos acessíveis a elas. A classificação indicativa funciona, assim, como um verdadeiro “remédio” contra a exposição de certos conteúdos considerados prejudiciais às crianças e que caminham no sentido diametralmente contrário ao da boa cultura e da educação e comunicação respeitosa e equilibrada.

PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO.

1. Não se considera prequestionada a legislação federal analisada apenas no voto vencido. Súmula 320/STJ.

2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

3. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de súmula, de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, “a” da CF/88.

4. O ECA, como a maior parte da legislação contemporânea, não se satisfaz com a simples tarefa de indicar os meios legais para que se reparem os danos causados a este ou aquele bem jurídico. O legislador, antes de tudo, quer prevenir a ocorrência de lesão aos direitos que assegurou. Foi com intuito de criar especial prevenção à criança e ao adolescente que o legislador impôs ao poder público o dever de regular as diversões e espetáculos públicos, classificando-os por faixas etárias (art. 74, ECA).

5. Na data dos fatos, 02/02/2006, vigia a Portaria 796, de 08/09/2000, do Ministério da Justiça, regulamentando, de forma genérica e vaga, a classificação indicativa para espetáculos teatrais. Do texto dessa norma, não se extrai qualquer regra que expressamente autorizasse a entrada de menores, em espetáculos teatrais impróprios para sua idade, desde que acompanhados dos pais e/ou responsáveis.

6. Era razoável que o empresário vedasse a entrada de menor em espetáculo classificado como impróprio, ainda que acompanhado de seus pais. Havia motivos para crer que a classificação era impositiva, pois o art. 258 do ECA estabelecia sanções administrativas severas ao responsável por estabelecimento ou empresário que deixasse de observar as disposições desse mesmo diploma legal “sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo”. A sanção poderia variar de 3 a 20 salários mínimos e, na reincidência, poderia resultar no fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

7. Não se afigura razoável exigir que o recorrente, à época, interpretasse o art. 258 do ECA, sopesando os princípios próprios desse microsistema jurídico, para concluir que poderá eximir-se de sanção administrativa sempre que crianças e adolescentes estivessem em exhibições impróprias, mas acompanhados de seus pais ou responsáveis. Com isso, eventual erro do recorrente sobre o dever que lhe era imposto por lei é absolutamente escusável.

8. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.209.792-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08-11-2011).

A essa altura, e projetando a classificação indicativa também para o cenário contratual consumerista, há quem ouse defini-la como “parte integrante da oferta”²⁷⁷ devendo ser rigorosamente observada pelo fornecedor²⁷⁸, sendo o Código de Defesa do

²⁷⁷Fala-se em oferta como sinônimo de proposta, a saber, a primeira fase na formação dos contratos em geral. De fato, os contratos se formam pela acomodação entre a proposta/policitação e a aceitação. Quando o oblato (aceitante) recepciona positivamente e de forma íntegra a proposta vinda do proponente (ofertante ou policitante), seja nos contratos paritários, seja nos contratos de adesão, diz-se que o contrato se instalou. No ambiente consumerista, prefere-se substituir a palavra proposta por oferta. Realmente, quem oferece, apresenta ou propõe para que seja aceito.

²⁷⁸Serão fornecedores as emissoras de televisão, os promotores do entretenimento cinematográfico, os produtores e divulgadores de jogos eletrônicos e DVDs. Todavia, como já se esclareceu neste estudo (v. item II da Parte I, p. 41, trabalho impresso – Projeto para Qualificação) admitindo-se ser possível falar

Consumidor excelente fonte complementar do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷⁹”.

A análise é interessante e merece ser respeitada.

Nesse sentido, acredita-se, realmente, que os produtos sujeitos à classificação indicativa sejam comercializados por meio de verdadeiros contratos de adesão²⁸⁰, nos quais, como se sabe, o consumidor vê mitigado o seu poder de entabular cláusulas e condições contratuais, destacando-se, por isso mesmo, ainda mais, o papel da

em fornecedor por equiparação, como sendo aquele responsável por colocar o produto ou serviço à disposição do consumidor, ou como aquele que fornece, abastece, entrega ditos bens ou serviços à disposição de alguém, fornecedores também serão os pais ou responsáveis que no exercício regular do poder familiar deverão primar pela proteção integral de seus filhos ou tutelados. Partindo desse pressuposto, indagar-se-ia se na hipótese de a criança ser consumidora, incide a excludente de responsabilidade com base na culpa exclusiva da vítima (art. 12, § 3º e 14, § 3º, do CDC)? Referida questão foi proposta ao debate em aula ministrada pelo Des. Sérgio Seiji Shimura no curso de Mestrado da PUC/SP, em Direitos Difusos e Coletivos, na disciplina “Direito Processual Coletivo e Relação de Consumo”. Lembra-se que a questão não encontrou posição pacífica entre os alunos. Acredita-se, realmente, que devam ser os pais (fornecedores por equiparação) responsabilizados de alguma forma. Assim, *mutatis mutandis*, haveria exclusão de responsabilidade do fornecedor se havendo ele agido escorreitamente (imagine-se ter rotulado o filme, o jogo ou a programação, recomendado obediência ao sistema classificatório) e, mesmo assim, o pai, fornecedor por equiparação, ter dado de ombros a tais indicações, permitindo que seu filho menor assistisse filmes inadequados, com alta carga de violência, por exemplo. Incitado pelo veículo, a criança toma uma arma e mata um coleguinha. O fornecedor é responsabilizado? Acho que viajei demais...

²⁷⁹DENSA, Roberta, “Proteção jurídica da criança e do adolescente consumidores de entretenimento: fundamento liberal”, tese de doutorado em direito defendida na PUC/SP, sob orientação de Regina Vera Villas Bôas, 2015, p. 186. Em sua tese, a autora indica os pontos de contato entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, lembrando que o art. 30 do CDC obriga o ofertante a manter as condições da oferta que, desde logo, o vincula. Nesse sentido, aliás, muito se comentou sobre uma campanha publicitária veiculada pela conhecida loja de departamentos “Casas Bahia” cujos *slogans* publicitários deixavam ao arbítrio exclusivo do consumidor a fixação do preço que pagaria por produtos comercializados na referida loja. Os *slogans* “Quer pagar quanto?” e “Olhou, Levou” levaram a mencionada loja de departamentos a amargar prejuízos e responder por processos judiciais, pois, tomando a pergunta ao pé da letra, caberia ao consumidor o direito de pagar o valor que reputasse indicado. Assim, por absurdo que possa parecer, poderia o consumidor pagar, simplesmente, R\$ 1,00 pela mercadoria desejada. Campanhas publicitárias como esta são lembradas para realçar a importância da comunicação no meio consumerista e o seu poder na hora da realização do negócio.

²⁸⁰O contrato de livre discussão é o contrato por excelência, o contrato ideal, onde cada parte é livre para discutir as cláusulas contratuais, velar por seus interesses, fazer ou não concessões, respeitada a função social do contrato (art. 421 do CC) e a ordem pública. Sob o ponto de vista conceitual, o contrato de livre discussão é um contrato provavelmente equilibrado e justo. Já o contrato de adesão (ou por adesão) é aquele em que as cláusulas são ditadas unilateralmente por uma das partes, invariavelmente, a que é dotada de superioridade econômica em relação à outra, sem que esta última possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo. O contrato de adesão não é antecedido de tratativas, de discussões, de compromissos: um dos contratantes – o aderente, que é geralmente o beneficiário do serviço – aceita em bloco todos os elementos do contrato, aderindo aos seus termos e condições sem que possa vê-los alterados de acordo com seus interesses particulares (LOUREIRO, Luiz Guilherme, “Contratos no Novo Código Civil – Teoria Geral e Contratos em espécie”, 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2004, pp. 119-120).

informação precisa, que é, ademais, genuíno dever acessório derivado do princípio da boa-fé objetiva²⁸¹.

De fato, ao realizar um contrato devem as partes contratantes ter claras, transparentes e inequívocas as avenças firmadas, de modo a não criar falsas expectativas, primando pela preservação do referido princípio da boa-fé objetiva e pelo alcance da função social do contrato²⁸². Nos contratos de adesão – dentre os quais estão incluídos os que comercializam o entretenimento televisivo, cinematográfico, além de DVDs, jogos eletrônicos e de interpretação – RPG – mais enfática se torna a preservação de tal princípio e da referida função, justamente porque, sendo reduzida a intervenção desses contratantes (aderentes) na elaboração do contrato, tanto maior deverá ser o conteúdo informativo, evitando dúvidas, desajustes e desacertos.

A veiculação da classificação indicativa, regulamentada pelo artigo 11 da Portaria nº 368/2014 do Ministério da Justiça, vai de encontro, nesse sentir, à preservação do referido princípio da boa-fé objetiva na medida em que determina que “a informação da classificação indicativa deve ser exibida de forma clara, nítida e acessível nos meios que divulguem ou contenham produtos classificáveis, nos termos especificados no Guia Prático da Classificação Indicativa”.

Assim, caso o fornecedor de entretenimento deixe de afixá-la na forma da lei, ou faça anúncio de peça teatral, filme ou espetáculo sem a devida informação quanto à faixa etária a que se recomenda, ficará sujeito às sanções previstas nos artigos 252 e 253 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸³, que, sob essa ótica, guardam perfeita consonância com o disposto no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor²⁸⁴.

²⁸¹A boa-fé objetiva é cláusula geral inserta na legislação brasileira. Corresponde ao dever de lealdade e observância a transparência com que devem se expressar os contratantes em todas as etapas de formação dos contratos e até mesmo antes de sua conformação ou ainda após sua conclusão. A boa-fé está na ordem do dia e se revela como sendo o respeito a certas regras morais próprias às relações humanas.

²⁸²Como ensina Humberto Theodoro Júnior, “a função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica”. De fato, cumprirá a função social o contrato que desempenhar, de acordo com suas próprias especificidades, o “papel-base” para o qual se idealizou. (THEODORO JÚNIOR, Humberto, “O Contrato e sua Função Social”, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 100). Como lembra Miguel Reale, o “sentido social” é uma das características mais marcantes do Projeto (o autor refere-se ao Projeto do Código Civil que veio a se tornar a Lei nº 10.406/02), em contraste com o sentido individualista que condicionava o Código Beviláqua. Afirma Reale, em alusão às mudanças e conflitos sociais ocorridos durante o século XX que, “se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana” (REALE, Miguel, “O Projeto do novo Código Civil”. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 7).

²⁸³“Art. 252. Deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destinada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação:

A fim de facilitar a compreensão do sistema classificatório, permitindo-se avançar a discussão em torno de outros aspectos relacionados ao assunto, diga-se que a classificação indicativa pode e deve ser compreendida, como um instrumento de proteção e promoção dos direitos infantojuvenis, incluindo-se, nesse ambiente, o próprio direito à educação de qualidade, assim como uma ferramenta importante de diálogo com e de empoderamento da sociedade. A criança, depositária de uma atenção absolutamente prioritária pelo Estado, pela sociedade e pela família, deve ser especialmente considerada nesse processo.

V.1.3. Fundamentos legal e teórico favoráveis à classificação indicativa

Como já se delineou até aqui, mas é de bom tom reforçar, a classificação indicativa encontra fundamento legal direto tanto na própria Constituição Federal (artigos 21, XVI; 220, § 3º, II; 221, I e IV) quanto em leis federais que avançam na direção da proteção integral da criança, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 74 a 76) e a Lei 10.359, de 27 de dezembro de 2001 (artigo 3º), como, ainda, naquelas que indiretamente apontam para o mesmo caminho, como o Código de Defesa do Consumidor (artigo 30) e o Código Civil (artigos 1.583, 1.584 e 1.634).

De outra banda, a classificação indicativa encontra fundamento teórico, tanto no direito ao conhecimento como na necessária e primordial proteção da criança e do adolescente.

Se, por um lado, não se pode negar o direito de a criança conhecer o mundo que a circunda correspondendo tal direito (o direito ao conhecimento) a um verdadeiro suporte para a sua formação intelectual e emocional, pelo outro, não se pode olvidar de protegê-la evitando que desvios indesejados e previsíveis lhe assolem o caminho.

Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”.

“Art. 253. Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, aplicável, separadamente, à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação e publicidade”.

²⁸⁴“Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

Fazendo uso de uma metáfora, permite-se afirmar que se para conhecer é preciso deixar as portas abertas, para proteger é preciso fechá-las. Tomando esse cenário, dir-se-á que o modelo de classificação indicativa está às mãos tanto de quem quer conhecer como de quem quer proteger, pois funciona como a tranca da porta que pode ou não ser acionada, mas que, por prevenção, deve ser utilizada, sempre que recomendado.

A contradição ou tensão existente entre esses dois direitos, portanto, é simplesmente aparente, tendo em vista que o sistema de classificação indicativa não corresponde a um entrave ao conhecimento infantil, como pode parecer a alguns, como se verá linhas abaixo.

Muito pelo contrário. O repúdio ao sistema é que representa um flagrante descaso aos seus principais destinatários, concordando-se, nesse sentir, com os atuais e lúcidos comentários de Débora Vanessa Caús Brandão²⁸⁵,

A questão da criança e do adolescente tem sido subtratada, desde sempre, pelo Poder Público, pela sociedade, pela comunidade e pelos genitores responsáveis. Desde a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), há uma série de equívocos hermenêuticos, omissões por todos os lados, especialmente por parte do Poder Público no que concerne à implementação do Estatuto. São bastante comuns frases se referindo pejorativamente ao Estatuto porque este estabelece direitos, mas não deveres aos seus protagonistas.

Além da leitura equivocada do ECA, isto tem gerado consequências danosas à sociedade brasileira, especialmente aos que mais merecem a proteção: as crianças e os adolescentes”.

De fato, já se enfatizou neste trabalho a importância da doutrina da proteção integral no cenário infantil. Todavia, permite-se o trocadilho: não se pode tapar o sol com a peneira.

Será que a política da classificação indicativa vem sendo efetivamente respeitada ou será que o poder econômico e as constantes disputas por melhor audiência não a colocam em risco? Não estaria ela correndo o perigo de ser mal interpretada, desviando-se o foco de atenção de seu verdadeiro papel para acenderem-se os holofotes em outro ambiente?

²⁸⁵BRANDÃO, Débora Vanessa Caús, “Pra Lá e Pra Cá: O Direito de Ir e Vir da Criança e do Adolescente”, in ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, CARACIOLA, Andrea Boari e JUNQUEIRA, Michelle Asato (Organizadoras), “Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos”. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015, p. 171.

Para responder a essas duas indagações, tome-se o ambiente televisivo como exemplo.

Já em julho de 1994, Rodolfo de Camargo Mancuso²⁸⁶ argumentava ter chegado, àquela época, “o momento da população brasileira, melhor informada de seus direitos em face do Estado, passar a exercer um controle de qualidade acerca da programação televisiva, por modo a acomodá-la aos preceitos constitucionais estampados, sobretudo, nos incisos I a IV do art. 221 da CF/88”.

Naquela oportunidade, o citado autor, apoiando-se em artigo do jornalista José Castello²⁸⁷, colocava em evidência a qualidade duvidosa de determinados programas de televisão que, aparentemente ingênuos, inofensivos e até mesmo verdadeiros chamarizes do público infantil escondiam conteúdos maliciosos e deprimentes, subjugando a inteligência e o poder de crítica do telespectador.

Dentre as programações citadas, destacou-se a conhecida “Escolinha do Professor Raimundo”, idealizada pelo humorista Chico Anysio, e que reunia um grupo de artistas cujos personagens se acomodavam em uma imaginária sala de aula revezando-se, cada qual deles, a responder as muitas perguntas lançadas pelo referido comediante, cujo personagem era justamente o do Professor Raimundo que dava título ao programa. Importante lembrar que a maioria das respostas dadas pelos fantasiosos alunos revelava não só verdadeiras incorreções, como, muitas delas, apresentavam conteúdo erótico. Algumas das personagens femininas menosprezavam a capacidade intelectual da mulher priorizando, por outro lado, apenas sua beleza estética.

Assim, a tal “Escolinha” onde, presume-se, devessem os “alunos” aprender, servia, muitas vezes, para que desaprendessem. É certo que o personagem de Chico Anysio, Professor Raimundo, muitas vezes corrigia, ele próprio, as respostas absurdas de seus “alunos”; mas, a informação rápida já tinha sido transmitida e o prejuízo instalado.

Mais de 20 (vinte) anos se passaram, e a televisão brasileira não só continua a transmitir o referido programa de humor, em canais de TV por assinatura, como, ainda, acaba de reeditá-lo, com novos artistas, representando os mesmos antigos personagens.

²⁸⁶MANCUSO, Rodolfo de Camargo, “Interesse Difuso à Programação Televisiva de Boa Qualidade, e sua Tutela Jurisdicional”, in RT 705/51, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/1994, pp. 55-56.

²⁸⁷CASTELO, José, “A TV aos domingos vai de mal a pior” in “O Estado de São Paulo”, de 19-04-1994, caderno 2.

O referido programa vai ao ar na mais conhecida emissora de televisão brasileira, aos domingos, às 14:00 horas, dentro da faixa de proteção infantil, e está classificado como impróprio para menores de 10 anos.

Seria adequado?

Não faltará quem argumente no sentido de que a programação televisiva é feita em função daquilo que a maioria dos telespectadores quer ou pode assimilar, na pressuposição de que – como já sinalizava Mancuso²⁸⁸ há 22 (vinte e dois) anos atrás –, essa maioria “se situaria num patamar intelectual/cultural não particularmente elevado”. Mas, será que já não é chegado o tempo de se apurar o censo crítico e obrigar que determinados conteúdos sejam retirados da televisão ou se destinem primordialmente ao público adulto²⁸⁹?

Que falar, ainda, quando se voltam os olhares para as telenovelas em que cada vez mais cedo se estimula a sensualidade e coisificação do corpo, além da busca por prazeres fugazes e baratos? E os programas de auditório, em que apresentadores inescrupulosos ridicularizam tanto os anônimos quanto os notórios, causando-lhes constrangimento e humilhação, fazendo chacota de seus gostos pessoais, modo de vestir, falar e comportar-se?²⁹⁰

²⁸⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo, “Interesse Difuso à Programação Televisiva de Boa Qualidade, e sua Tutela Jurisdicional”, in RT 705/51, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/1994, p. 56.

²⁸⁹O texto da Escolinha do Professor Raimundo - Nova Geração está sofrendo cortes para ir ao ar às 14h00. Piadas de duplo sentido estão sendo eliminadas. A ideia dos defensores do humorístico às 23h é justamente apimentar o roteiro e liberar os atores para o improviso. Até agora, a audiência está sendo animadora. Os dois primeiros episódios deram 14 pontos na Grande São Paulo e retomaram a liderança perdida momentaneamente para o Domingo Show, de Geraldo Luís, na Record. Com a Escolinha picante, a Globo espera resolver um velho problema da faixa das 23h dos domingos: as derrotas eventuais para o Programa Silvio Santos, como ocorreu em 2015, com o reality show The Ultimate Fighter (que acabou) e com Tomara que Caia. Se vingar, a Escolinha "sem censura" é apenas para depois de abril de 2016. A emissora tentará manter o mesmo elenco da versão "homenagem" a Chico Anysio, atualmente no ar, com Bruno Mazzeo (Professor Raimundo), Mateus Solano (Zé Bonitinho), Marcius Melhem (Seu Boneco), Dani Calabresa (Catifunda), Marcelo Adnet (Rolando Lero), Lucio Mauro Filho (Aldemar Vigário), Marco Ricca (Pedro Pedreira), Fabiana Karla (Dona Cacilda), Otavio Muller (Baltazar da Rocha), Betty Gofman (Dona Bela) e Marcos Caruso (Seu Peru), entre outros. Notícia veiculada pelo site “Tribuna hoje” (<http://www.tribunahoje.com/noticia/164770/entretenimento/2015/12/22/globo-planeja-verso-picante-da-escolinha-do-professor-raimundo.html>), visitado em 08-01-16, às 11:58h.

²⁹⁰O humorístico "Pânico na Band" se envolveu em mais uma polêmica. Desta feita, com os fãs da cultura pop. Tudo ocorreu na *Comic Con Experience*, em São Paulo, no dia 06-12-15, evento no qual uma das maiores atrações são os Cosplayers. A palavra é uma abreviação de “*costume & play*”, ou seja, além de roupas idênticas às usadas pelos personagens favoritos, os admiradores também agem e falam como os seus ídolos dos filmes, séries, desenhos, quadrinhos, games e etc. Uma das participantes da exposição não gostou das diversas brincadeiras vindas dos repórteres do programa. O quadro apresentado por Lucas Maciel e Aline Mineiro tinha a intenção de “*causar com os nerds*”. Mas rendeu um constrangimento quando uma das frequentadoras da atração foi lambida pelo integrante do periódico. Após o mal-estar durante a gravação da matéria, a jovem, que se identifica como Myo Tsubasa, escreveu um desabafo no seu Facebook. De acordo com o texto publicado, os repórteres do folhetim a “puxaram” para a frente da

Com efeito, não é razoável que diante de uma programação cultural e socialmente indigente, que exhibe o ser humano em condições degradantes, expõe criança a situação constrangedora, exhibe humor grosseiro e vulgar, estende-se por longas horas de conversação “tatibitate” e desprovida de conteúdo²⁹¹, não se reconheça absoluta ofensa ao disposto nos incisos I e IV do artigo 221 da Lei Maior.

Em contrapartida e para que não se pareça pudica ou descrente, é possível identificar, na televisão brasileira, alguns programas dedicados ao público infantil de melhor qualidade, como os que costumeiramente são exibidos pela TV Cultura de São Paulo²⁹².

Mais recentemente, lembre-se, também, dos disputados programas de culinária, como o “MasterChef Júnior”²⁹³ e o “Que Maravilha! Chefinhos”²⁹⁴, afora o importado caça talentos musicais, “The Voice Kids”²⁹⁵.

câmera e sequer perguntaram se a mesma queria participar da atração. Matéria veiculada *in* <http://www.diariosp.com.br/noticia/detalhe/88566/panico-na-band-e-criticado-por-fas-de-comic-con>, site visitado em 08-01-16, às 16:30h.

²⁹¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo, “Controle Jurisdicional do Conteúdo da Programação Televisiva”, *in* RT 793/89, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, novembro/2001, p. 91.

²⁹²Durante os meses de julho de 2015 e janeiro de 2016, a TV Cultura organizou sua programação infantil para atender às crianças que permaneceriam em casa durante o período de férias escolares a que denominou “Férias na Cultura”, dedicando grande parte de sua programação a esse público. Foram 12 horas diárias de desenhos e programas infantis de segunda a sexta; mais 11 horas aos sábados e três aos domingos.

²⁹³O MasterChef Júnior chegou à tela da TV Bandeirantes, depois do enorme sucesso de crítica e público alcançado pela segunda edição do MasterChef. A emissora redobrou a aposta e apresentou a versão com jovens cozinheiros como participantes. O programa testou os conhecimentos de candidatos com idades entre 9 e 13 anos. Vinte crianças começaram a disputa sob o olhar atento e cuidadoso dos chefs Henrique Fogaça, Paola Carosella e Erick Jacquin e da apresentadora Ana Paula Padrão. Os telespectadores acompanharam os cozinheiros mirins nas mais diversas provas ao longo dos nove episódios da temporada. Os pequenos mostraram suas habilidades para permanecer na disputa. “O programa trocou o dramatismo dos adultos pela leveza das crianças. Explorou mais o lúdico, a surpresa e o divertimento, mas sem perder de vista a competição e a exigência culinária”, explicou o diretor Patricio Díaz. E para evitar a frustração entre as crianças, a cada episódio dois competidores (e não um, como na versão adulta) deixou o programa. A chef Paola Carosella destacou o processo de aprendizado que o programa leva aos pequenos cozinheiros. “Cresci e fui educada na cozinha pelas minhas avós e tias. Acredito fortemente que a cozinha e o processo de se alimentar e alimentar os outros é uma das melhores formas que temos de educar nossos filhos”. O MasterChef Júnior já foi produzido em mais de 22 países, entre eles Espanha, Estados Unidos, Austrália e França (<http://entretenimento.band.uol.com.br/masterchef/junior/2015>, site visitado em 08-01-16, às 12:15h).

²⁹⁴Quem disse que cozinha não é lugar de criança? No novo programa ‘Que Maravilha! Chefinhos’, comandado pelo chef Claude Troisgros, quem tem o poder são os baixinhos. Depois de encarar famílias apegadas a receitas tradicionais, enfrentar um exército de ‘chatos pra comer’ e enquadrar verdadeiras negações na cozinha, Claude e seu fiel escudeiro Batista vão precisar botar para o jogo todo o seu espírito juvenil. Podem participar do programa crianças entre 9 e 15 anos com talento para cozinhar. Para participar é preciso ter uma motivação pessoal para aprender a preparar uma refeição com o chef Claude e servi-la para os convidados. Pode ser uma homenagem à mãe ou uma demonstração de carinho para a avó: o importante é querer provar que tem talento para se tornar um chef. Depois de ensinar uma receita personalizada ao chefinho que deve reproduzi-la, o chef vai avaliar o tempo de preparo, o sabor e a

Todos eles espelharam-se na versão adulta correspondente e, muito embora a repliquem, não devem ser considerados inadequados ao argumento de que poderiam contribuir com o amadurecimento precoce.

Ao contrário disso, acredita-se, realmente, que esses assim denominados *talent shows* auxiliam a criança a ser mais organizada, ter disciplina, criatividade, desenvoltura, além de promover a autoconfiança e a autoestima, por meio de atividades atraentes e lúdicas. Lidam, didaticamente, com os erros, falhas e frustrações, transformando-os em real oportunidade de aprendizagem para os participantes mirins.

É por acreditar que nem tudo está perdido e que ainda há quem reconheça na criança uma pessoa especial a merecer atenção e incentivo que se volta à reflexão.

Será que os espetáculos e diversões públicas vêm de fato atendendo preferencialmente à finalidade educativa, artística, cultural e informativa e à promoção da cultura ou será que afagam caprichos mercantilistas e socorrem os interesses das poderosas emissoras, produtoras e divulgadores?

O balanceamento entre informar, ensinar, conhecer, de um lado e, proteger integralmente a criança, do outro, pode parecer impossível, mas, na verdade, revela, diante do sistema classificatório, uma falsa contradição, colocando em tensão argumentativa proteção e autonomia, sujeito de direitos e pessoa em desenvolvimento, prioridade absoluta e os demais interesses existentes na sociedade²⁹⁶.

Como proteger e ao mesmo tempo libertar um indivíduo?

“A questão é espinhosa”, afirmam Helena Roldan Antunes e Luana Dias²⁹⁷. “Saber conciliar proteção e autonomia é um dos grandes desafios dos direitos da criança e do adolescente na atualidade. Há quem defenda uma abordagem mais protetora, assim como quem defenda uma mais libertária. Tal discussão está longe de atingir uma unanimidade doutrinária”.

apresentação do prato (<http://gnt.globo.com/programas/que-marravilha/materias/participe-do-que-marravilha-de-chefinhos-com-o-chef-claude-troisgros.htm>, site visitado em 08-01-16, às 15:30h.

²⁹⁵Show de talentos musicais infantojuvenil reúne meninos e meninas entre 9 e 14 anos de idade numa competição para escolher a melhor voz e sonorização infantil.

²⁹⁶ARANTES, Esther M. de M., “Proteção integral à criança e ao adolescente: proteção *versus* autonomia? Rio de Janeiro: Revista de Psicologia Clínica, v. 21, n. 2, 2009, p. 447.

²⁹⁷ANTUNES, Helena Roldan e DIAS, Luana, “Classificação Indicativa: Dicotomia entre a Posição Protecionista e Autonomista e seus Reflexos na Legislação Brasileira” in ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, CARACIOLA, Andrea Boari e JUNQUEIRA, Michelle Asato (Organizadoras), “Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos”. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015, p. 236.

O exame dessas posições antagônicas será realizado partindo da análise de duas teorias, a autonomista, também chamada libertária, e a protecionista, denominada conservadora.

Ambas não ignoram a importância do sistema de classificação indicativa, porém sugerem uma aplicação diversa ao modelo; enquanto os adeptos da primeira corrente reconhecem que a própria criança tem senso crítico suficiente e é livre para decidir o que gosta e o que não gosta, reforçando o caráter meramente orientador e pedagógico do sistema de classificação indicativa e rechaçando, em função disso, qualquer ação externa restritiva dessa liberdade, os sequazes da segunda teoria, com fundamento na dessemelhança em diversos níveis entre adultos e crianças, veem mitigado esse poder decisório infantojuvenil, em razão da natural imaturidade da criança, a justificar uma sanção àqueles que desrespeitarem o modelo classificatório.

A fim de buscar um fundamento teórico sustentável à classificação indicativa, será proposta uma terceira corrente que fica a meio caminho entre a autonomista e a conservadora, com a qual se revela simpatia, e cuja aplicação, ousa-se concluir, já está em curso a partir da vigência das Portarias n^{os} 368/2014, do Ministério da Justiça e 26/2014, da Secretaria Nacional de Justiça.

V.1.3.1. Teoria Autonomista (Libertária)

A teoria autonomista prioriza a intervenção mínima do Estado nas relações humanas, inclusive quanto à forma como os pais educam seus filhos, justamente porque reconhece o papel decisivo da autonomia privada²⁹⁸ e não identifica diferença no tratamento a ser dispensado à liberdade da criança e à liberdade do adulto.

²⁹⁸Autonomia, do grego *autonomia*, corresponde a faculdade de se governar por si mesmo. Direito ou faculdade de se reger (uma nação) por leis próprias. Liberdade ou independência moral ou intelectual. Propriedade pela qual o homem pretende poder escolher as leis que regem sua conduta (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 4^a edição, Curitiba: Editora Positivo, 2009, p. 163. “Autonomia privada” e “autonomia da vontade” são expressões em torno das quais a doutrina parece ainda não ter chegado a um consenso, seja quanto ao significado que uma e outra guardam relativamente, seja quanto à sua origem. Segundo Judith Martins-Costa, “A expressão ‘autonomia da vontade’ não deve ser confundida com o conceito de ‘autonomia privada’, e nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja a ‘autonomia negocial’. ‘Autonomia da vontade’ designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado” (a autora referia-se ao século XIX) “por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico (...) Modernamente (...) designa-se, como ‘autonomia privada’ (dita, no campo dos negócios, ‘autonomia negocial’) seja um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites

A tutela do vulnerável não deve, pois, desconsiderar a liberdade latente da criança, tampouco subjugar-la.

Ao contrário, a criança deve crescer em um ambiente que lhe ofereça liberdade suficiente para desenvolver sua personalidade e, ao seu próprio modo, influenciar diretamente a vida em sociedade.

Assim pensam os mais libertários²⁹⁹ justamente porque fiam que a criança, com o passar do tempo, apura suas habilidades e passa, naturalmente, a refutar ou ignorar a intervenção dos pais ou responsáveis, apoiada em uma autonomia progressiva³⁰⁰.

A partir desta compreensão, a teoria autonomista enxerga o modelo da classificação indicativa como mera sugestão, cabendo a família e a própria criança, no livre exercício dessas mesmas autonomia e liberdade, o direito de escolher o que quer

traçados pela ordem jurídica, de auto-regular (*rectius*, autorregular) os seus interesses estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certos direitos e obrigações (fonte negocial), seja as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado” (MARTINS-COSTA, Judith, “Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*: a Boa-fé nas Relações de Consumo”, A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 614-615). Francisco Amaral, por seu turno, obtempera que “Sinônimo de autonomia da vontade para a grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença que se realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real” (AMARAL, Francisco, “A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional”, in Revista de Direito Civil nº 46, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out-dez 1988, p. 15). Para Teresa Negreiros, “(...) ambas as expressões exprimem uma mesma realidade, embora a autonomia da vontade esteja historicamente mais associada ao voluntarismo jurídico que em determinado momento nela se legitimava. Assim, optou-se por utilizar a expressão ‘autonomia da vontade’ ou ‘princípio da autonomia da vontade’ sempre que se tivesse em mira o modelo do contrato clássico, no qual o poder jurígeno da vontade era exacerbado, assumindo contornos fundamentalmente diversos dos que hoje se verificam. A expressão ‘autonomia privada’ é sob este prisma mais genérica não estando tão essencialmente associada ao voluntarismo e ao individualismo jurídicos” (NEGREIROS, Teresa, “Teoria dos Contratos – Novos Paradigmas”. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, pp. 1-4). Neste trabalho, dar-se-á preferência ao uso da expressão “autonomia privada” justamente porque não se limita a utilizá-la no âmbito puramente contratual.

²⁹⁹Em defesa de sua tese, Roberta Densa revela-se inteiramente favorável à corrente libertária. São suas palavras: “Esse é o fundamento da nossa tese: defendemos que toda proteção da infância e juventude seja baseada na teoria das incapacidades, nas liberdades individuais e no direito à autodeterminação progressiva de crianças e adolescentes. Ou seja, restrições poder sem impostas pelo Estado aos fornecedores através da lei, e em razão da especial vulnerabilidade em que aqueles se encontram, para garantir a liberdade de escolha do consumidor mirim” (DENSE, Roberta, “Proteção jurídica da criança e do adolescente consumidores de entretenimento: fundamento liberal”, tese de doutorado em direito defendida na PUC/SP, sob orientação de Regina Vera Villas Bôas, 2015, p. 126).

³⁰⁰“A aquisição de autonomia é um processo gradual no qual todos vão adquirindo-a até que passam a ser os únicos responsáveis pelos seus próprios atos, na vida adulta. O ordenamento jurídico reconhece esse processo ao não conferir, desde o nascimento, autonomia plena a todas as pessoas. Sob esse aspecto, o exercício direto e efetivo de direitos das crianças e adolescentes aumenta na exata medida da diminuição do poder e controle dos pais” (FERREIRA, Ana Luiza Veiga e VIEIRA, Marcelo de Mello, “O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes”, Revista de Direito da Infância e da Juventude, vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2013, p. 223).

ou não assistir na televisão, quais os espetáculos lhe interessam, a que jogos e espetáculos desejam ter acesso.

Dentre os defensores mais radicais desse modelo autonomista (libertário), destaca-se John Holt³⁰¹ que em seu livro *Escape from childhood: the need sandrights of children* (traduzido livremente como “Fuja da infância: as necessidades e os direitos da criança”), sustenta a ideia de que a infância não é um fato, mas uma instituição social, que, por vezes, é uma prisão para as crianças. Aliás, é importante ressaltar que Holt não usa a expressão *children* (crianças), mas *Young people* (jovens). Os jovens devem ter direitos como a capacidade de responder pelos próprios atos; votar; trabalhar por dinheiro; viajar sozinho; cuidar da própria educação; dentre outras liberdades. Mas Holt não é ingênuo; não acredita que todos esses direitos podem ser adotados de uma vez só e de uma hora para outra, é preciso que sejam implementados gradualmente. Ainda, uma vez que o jovem exerça esse direito, ele não está obrigado a exercê-lo sempre, ou seja, pode “voltar atrás” e ser tutelado por seus responsáveis. Holt explica melhor sua teoria comparando a instituição da infância a um jardim murado:

A maioria das pessoas que creem na instituição da infância que conhecemos vê esta como um jardim murado, onde as crianças, pequenas e fracas, são protegidas da rigidez do mundo de fora, até que se tornem fortes e inteligentes o suficiente para lidar com este. Algumas crianças vivem a infância desta forma. Eu não quero destruir o jardim delas, ou expulsá-las dele. Se elas gostam de ficar lá, então deixem-nas ficar nele. Mas acredito que a maioria dos jovens, e cada vez mais cedo, começa a experimentar a infância não como um jardim, mas como uma prisão. O que eu quero fazer é colocar um portão, ou portões, nos muros do jardim. Aqueles que já acham o jardim um local delimitado e humilhante, em vez de protetor e útil, podem sair dele e tentar viver em um lugar maior. Se isso se provar ser demais para a criança, ela sempre poderá voltar ao jardim. Na verdade, talvez todos nós devêssemos ter jardins murados para nos refugiarmos quando nos sentíssemos na necessidade de fazê-lo.

Trazendo a discussão para termos mais palpáveis, como fizeram Helena Roldan Antunes e Luana Dias³⁰², o que se discute, fundamentalmente, é a questão já positivada pela Convenção dos Direitos da Criança e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que ao reconhecer a criança como “sujeito de direitos”, acabou dando-lhe mais liberdade.

³⁰¹HOLT, John, “Escape from childhood: the needs and rights of children”. Nova Iorque: E.P. Dutton, 1974, p. 15.

³⁰²ANTUNES, Helena Roldan e DIAS, Luana, “Classificação Indicativa: Dicotomia entre a Posição Protecionista e Autonomista e seus Reflexos na Legislação Brasileira” in ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, CARACIOLA, Andrea Boari e JUNQUEIRA, Michelle Asato (Organizadoras), “Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos”. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015, p. 238

Crianças e adolescentes são, assim, atores que influenciam e são influenciados pela sociedade.

Dentro dessa perspectiva, o desrespeito ao sistema de classificação indicativa não deveria provocar nenhuma responsabilização ao eventual transgressor, podendo a criança experimentar sua exposição a qualquer dos conteúdos hoje considerados proibitivos, já que teria sempre à sua disposição a possibilidade de, não lhe agradando, retornar ao “jardim murado”. Mas, essas idas e vindas já não seriam por si só traumáticas? Os malefícios provocados por essa exposição já não teriam afligido a criança sobremaneira? Acreditar que não, seria o mesmo que imaginar que um usuário de drogas ou um dependente químico teria total domínio sobre si e também sobre os efeitos da droga e do álcool, a ponto de poder parar de utilizá-los a qualquer tempo, sempre que assim desejassem, sem traumas nem marcas. Isso seria realmente possível?

Apesar de concordar que as crianças estejam realmente cada vez mais cedo engajadas na sociedade, bem como expostas a uma infinidade de informações e muitos estímulos, parte dos quais, aliás, lhes são apresentados pela própria família mais tecnológica e com cada vez menos tempo e paciência para dedicar à sua formação, não se compactua do entendimento de que a “palavra” dada à criança e o “papel” por ela desempenhado na qualidade de sujeito de direito sejam únicos e definitivos a desmerecer orientação firme e segura mediante a imposição de limites, tanto sutis quanto ostensivos. A teoria autonomista pode ser convidativa aos olhares mais libertários, porém também traz suas inadequações ao plano prático, na medida em que faltam à criança os parâmetros do que é viver em sociedade. Por essa razão, defende-se a ideia de que a classificação indicativa, se bem estruturada – como, frise-se, vem sendo especialmente na última década –, não aprisiona as crianças num mundo irreal e perfeito; ao contrário, por seu intermédio, abrem-se as portas ao mundo real e imperfeito, mas mantém-se a tranca à disposição do adulto responsável, permitindo-lhe acioná-la sempre que necessário.

V.1.3.2. Teoria Protecionista (Conservadora)

A teoria protecionista, considerada conservadora, reconhece o dever do Estado na proteção da criança e do adolescente, ao considerá-los pessoas em desenvolvimento

que, ainda inocentes, não identificam os muitos riscos e perigos sociais, comuns ao mundo adulto.

Como destaca Alba Zaluar³⁰³,

As crianças, como seres ainda em socialização, deveriam ser preparadas para assumir certos direitos e deveres na vida adulta, o que lhes retira responsabilidades jurídicas assim como alguns direitos civis e políticos (como, por exemplo, votar e ser votado). Criança não é, em suma, pessoa inteira, estando sob a tutela de seus pais ou responsáveis.

Dentro dessa concepção, abriga-se a criança, tomando-a com carinho, afagando-a, como forma a preservar-lhe e promover-lhe seus direitos fundamentais e de personalidade³⁰⁴.

Deve-se aplaudir a teoria protecionista que, ademais, dá voz e vez a doutrina da proteção integral alicerçada, como já se sublinhou no presente trabalho, na Convenção sobre o Direito da Criança aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20-11-1989 e pelo Congresso Nacional brasileiro em 24-09-1990, através do Decreto Legislativo 28, cuja ratificação ocorreu com a publicação do Decreto 99.710, em 21-11-1990 por meio do qual o Presidente da República promulgou a Convenção, transformando-a em lei interna.

Todavia, há quem sustente que a aceleração dos processos de informatização, a globalização e o desenvolvimento tecnológico têm contribuído para o “fim da infância”.

Esse discurso um tanto exagerado se funda na idéia de que nas últimas décadas “as crianças estão perdendo a inocência devido à cultura televisiva. A televisão tem a

³⁰³ZALUAR, Alba, “Cidadãos não vão ao paraíso: juventude e política social”. São Paulo: Editora Escuta, 1994, p. 23.

³⁰⁴Rabindranath V. A. Capelo de Souza sugere a existência de um “direito geral de personalidade”, de modo a garantir o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana, ou seja, a toda a esfera individual em seus vários aspectos ou manifestações, acrescentando-se-lhe, inclusive, valores como o sentimento, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o próprio desenvolvimento da personalidade (CAPELO DE SOUZA, Radindranath V. A., “O direito geral de personalidade”. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, pp. 91-93 e 203-359). Dentro de uma sociedade evolutiva e globalizada, assim, é inegável a importância desses direitos na medida em que andando ciência e tecnologia a passos largos deve o direito, amparado nos costumes, na jurisprudência e em princípios gerais de ordem moral e filosófica, acompanhar essas transformações não se esquecendo jamais que o seu papel fundamental é o de proteger o ser humano, preservando sua identidade, integridade e dignidade.

capacidade de revelar informações mais complexas às crianças com muita facilidade, informações que antes só seriam obtidas por meio de longas leituras³⁰⁵”.

Perdendo a infância, assim, o puro aroma da inocência, chega-se a colocar em xeque a intensidade da proteção integral, uma vez que as barreiras do conhecimento e da maturidade que separavam crianças e adultos começam a se dissolver.

Essas reflexões – que, deve-se reconhecer, guardam, por um lado, certa veracidade e coerência³⁰⁶ – só alimentaram a antipatia à referida teoria protecionista, que passou a ser estigmatizada como conservadora, fazendo crescer adeptos à corrente libertária como se aquela negasse ser a criança sujeito de direito, dotado de liberdade, especialmente a de expressão.

Entretanto, não é essa a conotação que se deve atribuir a corrente protecionista.

Por seu intermédio, como se disse, abriga-se, não se aprisiona; afaga-se, não se sufoca.

A interpretação deturpada da teoria protecionista tem destino certo e desvia a atenção de seu foco central: a criança. Justamente por serem sujeitos de direito é que as crianças carecem de maior proteção. O sistema classificatório é fruto desse reconhecimento.

Contudo, é chegada hora de admitir que só haverá proteção integral se ela for devidamente dosada, balanceada e verdadeiramente compartilhada, na medida em que, também a proteção em excesso não é saudável para o desenvolvimento da criança.

V.1.3.3. Teoria Eclética (Terceira Abordagem)

De um só turno, admite-se que o meio caminho entre a proteção incondicional e a irrestrita autonomia representa o fundamento escoreito a justificar a aplicação do sistema de classificação indicativa, com imposição de responsabilidade aos transgressores.

³⁰⁵MEYROWITZ, Joshua, “L’enfant adulte et l’adulte enfant” *in* “Le passe et son avenir. Essais sur La tradition et l’enseignement”, Paris: Gallimard, 1985, pp 56-78.

³⁰⁶No presente trabalho não se pode negar ter ocorrido real aceleração do conhecimento impulsionado por parte das mídias eletrônicas, mas se reconhece que, até mesmo em função disso, mereça ainda aplicação a doutrina da proteção integral. O que se propõe, por outro lado, como se verá, é a tomada de consciência sobre os vetores dessa proteção e o nível de intensidade na atuação dos mesmos. A classificação indicativa é um desses vetores.

A defesa dessa terceira abordagem – a qual se denominará para fins deste estudo de teoria eclética – projeta como ideal a ser alcançado o ponto intermediário entre a proteção e a autonomia e buscará alicerce na ponderação entre elas racionalizado a partir do bom senso³⁰⁷, sempre com a atenção voltada a situação concreta para definir o que é melhor para a criança.

Falar-se-á, assim, em proteção específica – que, permite-se dizer, deriva da própria prevenção especial – por devotar-se às pessoas em desenvolvimento, cujo melhor interesse deve ser resguardado, e cuja autonomia é e deve ser mitigada por instrumentos que atendam às suas condições particulares.

Realmente, a criança, como um ser em desenvolvimento mental e emocional, está vulnerável (ou hipervulnerável) diante da TV, dos espetáculos públicos, dos jogos eletrônicos, inclusive RPG; muitas vezes, não tem capacidade para se autodeterminar e tem o seu direito de escolha limitado pela indução.

Feitas essas considerações, o que se deve levar em conta para agir com bom senso é primar pelo diálogo, a iniciar pelo que se pratica entre pais e filhos no seio familiar, a fim de que a criança, pessoa em desenvolvimento, ganhe confiança para fazer escolhas seguras e conscientes conforme sua idade e maturidade.

Diálogo também deve haver entre o Estado e a sociedade, possibilitando-se a esta última participar, como agente, na organização do sistema classificatório, o que, como se discorreu alhures, foi alcançado a partir de audiências públicas sobre a classificação indicativa, consultas e debates, e que ganhou corpo, principalmente, a partir da edição das Portarias Ministeriais n^{os} 368/2014 e 26/2014 que regulamentaram

³⁰⁷O sensato age com bom senso, sensatez. É judicioso, prudente, previdente, cauteloso. Ao tomar o bom senso como norte da teoria eclética reconhece-se, como Tércio Sampaio Ferraz Jr., à ideologia um papel neutralizador do valor, na medida em que através dela se valoram os próprios valores. A ideologia, portanto, é um conceito axiológico que tem a função seletiva do valor, pois neutraliza os programas valorativos ao determinar os fins, condições, meios, justificações, tornando-se assim uma “concretização finalística condicional”, e os campos valorativos, ao criar regras de hermenêutica, caso em que se converte numa “concretização condicional finalística”. A valoração ideológica torna, portanto, rígida a flexibilidade do momento valorativo. De certa forma, com a ideologia o valor subjetivo passa a ser objetivo. É a ideologia que permite ao órgão judicante decidir-se, num caso concreto, por uma norma na qual possa fundar sua decisão, constatar a falta da referida norma, identificar antinomias, indicando os meios para que possa prolatar uma decisão. Há sempre uma ideologia da política jurisdicional, pois a aplicação é uma operação lógico-valorativa (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, “Direito, retórica e comunicação”. São Paulo: Editora Saraiva, 1973, p. 150; “Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático” in “A norma jurídica”, Coordenação Sérgio Ferraz, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1980, p. 155). Ao dizer que o bom senso é a base da teoria eclética, fundamento teórico da classificação indicativa aplica-se a ideologia segundo a qual devem ser valoradas, de um lado, a liberdade e, do outro, a proteção, com igual importância. Dá-se liberdade até o limite em que invade a proteção; por outro lado, protege-se até o limite que não se iniba a liberdade.

o papel dos colaboradores voluntários e instituíram o Cadastro Nacional de Classificadores Externos da Classificação Indicativa – Projeto Classifique, respectivamente.

Acredita-se que a correção³⁰⁸ e/ou a regulação compartilhada³⁰⁹ da classificação indicativa seja um caminho seguro para garantia da proteção à criança com liberdade. Ao se convocar a sociedade a participar, (i) divide-se com ela a responsabilidade pela implementação de mecanismos de combate à malformação infantil, e (ii) dá-se ouvidos às suas aspirações, desejos, frustrações, sugestões e opiniões.

Vê-se na correção e na regulação compartilhada formas de incremento e eficiência da classificação indicativa como modelos de regulação específicos que protegem a criança e o adolescente evitando sua exposição a conteúdos impróprios.

De certa forma ao se conclamar a participação da sociedade, está se convocando, indiretamente, a própria criança, já que muitos dos adultos ouvidos levam suas próprias experiências pessoais e familiares à discussão, com isso salientando seus erros e acertos e aprimorando o modelo de classificação indicativa³¹⁰.

O engajamento popular não é novidade no ambiente das políticas públicas. A título de curiosidade, esclarece Antonio Jorge Pereira Júnior³¹¹ que,

A FCC (Federal Communications Commission)³¹² goza de competências variadas. Qualquer cidadão pode queixar-se de emissoras cuja programação esteja em

³⁰⁸“A correção combina elementos de autorregulação com os da regulação pública. A título de exemplo, nos Estados Unidos, no âmbito da indústria cinematográfica, a *Motion Pictures Association of America*, associação composta pelos maiores estúdios de cinema do país, estabelece, por intermédio de um conselho de classificação formado por pais com mandato definitivo, a classificação dos filmes, visando fornecer informações sobre a faixa etária adequada do filme analisado. Como o instituto é criação da própria indústria cinematográfica, tem-se, no caso, um sistema de autorregulamentação, de forma que os próprios estúdios impõem seus critérios de classificação. Embora a indicação do Conselho não seja vinculativa, podendo o filme ser veiculado sem constar a classificação indicada, há, no caso, um controle desenvolvido pela sociedade e pelo mercado, evitando-se a comercialização e a exibição de filmes *unrated* (não classificados)” (excertos do voto do Relator da ADI 2404, Ministro Dias Toffoli).

³⁰⁹A regulação compartilhada permite a ingerência de um controle social do modelo e se insere em um estágio político mais avançado de participação e exercício da cidadania.

³¹⁰Com efeito, o diálogo promove a expansão ou extravasamento do individual para o coletivo.

³¹¹PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, “Direitos da criança e do adolescente em face da TV”. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 253.

³¹²Em 1934, o *Federal Communications Act*, converteu a FRC (*Federal Radio Commission*) na FCC (*Federal Communications Commission*). A partir de então, o licenciamento de operadores de rádio passou a seguir critérios de (1) interesse público, (2) conveniência e (3) necessidade, dentro do princípio do *trusteeship model*, pelo qual se tinha como bem público o espectro de frequências, dada sua escassez e sua potencialidade (ALMEIDA, André Mendes de, “Mídia eletrônica. Seu controle nos EUA e no Brasil.

desacordo com direitos fundamentais e com as finalidades peculiares do serviço de comunicação televisivo norte-americano. Dentre as sanções possíveis, há a aplicação de multas por não cumprimento de norma técnica, renovação de licenças por tempo menor, quando constatada manipulação ou má vontade na prestação de contas, podendo-se chegar a medidas extremas de não renovação de licença ou pronta interrupção da outorga respectiva.

A teoria eclética aqui proposta, assim, não deixa de preservar a liberdade na medida em que abre espaço tanto ao diálogo familiar quanto ao social; por outro lado protege, pois, sendo ineficiente o diálogo familiar, sem que se chegue a um consenso, então, que se ouça o diálogo social que clama pela proteção específica, por meio de direcionamento e orientação, até a imposição de sanções.

Ressalte-se, a essa altura, que o gérmen da teoria eclética (ou dessa terceira abordagem teórica em torno do fundamento justificador da classificação indicativa) foi lançado entusiasticamente por Helena Roldan Antunes e Luana Dias³¹³.

Todavia, nem todas as conclusões a que chegaram referidas autoras serão encampadas neste trabalho, especialmente porque como elas não esgotaram o assunto – como também não o esgotará esta tese – deixaram elas de externar sua opinião caso inexista o necessário diálogo entre pais e filhos ou, na falta daqueles, entre estes e seus responsáveis.

Afirmam as citadas autoras que,

A nosso ver, como o próprio nome diz, a classificação apenas indica a idade mais adequada para ter acesso a uma obra cultural ou de entretenimento, sendo que, na prática, a decisão de quem terá acesso a determinadas informações será dos pais, discutindo conjuntamente com seus filhos, no contexto de seu ambiente familiar. Em suma, o objetivo da regulamentação não consiste em reprimir a competência dos responsáveis em decidir o que devem ou não as crianças e adolescentes assistir. Na verdade, não se espera que os familiares disponham de tempo integral para fiscalizar o que seus jovens assistem, pois este cenário não configura uma realidade social. Pelo contrário, a finalidade se esclarece na desobrigação dos pais em vigiar o conteúdo televisionado, passando a confiar mais na educação e no diálogo praticado dentro do ambiente familiar, a fim de que a pessoa em desenvolvimento saiba fazer escolhas conscientes, com maior grau de liberdade conforme sua idade e maturidade (...).

Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 13). Até esse momento não havia amadurecido o modo de avaliar o conteúdo transmitido à hora de conceder ou renovar as licenças (MACHADO, Jónatas E.M., “Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social”, Coimbra: Editora Coimbra, 2002, pp. 323-326).

³¹³ANTUNES, Helena Roldan e DIAS, Luana, “Classificação Indicativa: Dicotomia entre a Posição Protecionista e Autonomista e seus Reflexos na Legislação Brasileira” in ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, CARACIOLA, Andrea Boari e JUNQUEIRA, Michelle Asato (Organizadoras), “Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos”. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015, pp. 235-243.

Desse modo, concluímos que a maneira mais razoável de tratar a tensão entre proteção e autonomia (...), e a questão da classificação indicativa (...) é adotar uma postura flexível, relativizável, pautada no senso (determinado pelas contextualizações necessárias) aplicado ao caso concreto.

Por essa razão, ousa-se sugerir, afóra o diálogo familiar, cuja importância foi intensamente realçada por Antunes e Dias e com o que se está de pleno acordo, também o diálogo social, que, de certa forma, já está em operação no âmbito atual dos sistemas de avaliação e implementação dos critérios adotados na classificação indicativa. Realmente, na falta daquele (diálogo familiar), deve-se dar ouvidos a este (diálogo social). A adoção do dialogismo social³¹⁴ de que ora se fala auxiliará na criação do texto

³¹⁴Mikhail Bakhtin surge na cena científica, na Rússia Soviética nascente e em que o marxismo, na sua leitura leninista e stalinista, constituía o único pensamento aceitável. A erudição literária ofereceu-lhe um contato privilegiado com a linguagem humana real e o conhecimento filosófico uma vacina eficaz contra as simplificações positivistas seja do marxismo oficial, seja da ciência que se fazia no Ocidente. Sua escolha foi decididamente por uma filosofia do movimento, que vem de Heráclito aos nossos dias. E, esta opção pelo movimento, afasta-o decididamente das filosofias da forma, que trabalham com um mundo pronto, acabado e congelado em formas imutáveis, cuja origem remonta a Platão com o seu mundo das ideias, fora do tempo e fora do espaço. Bakhtin trabalha com um mundo em movimento e em perene transformação, seu objeto está sempre em processo, não se submete a uma forma fixa e imutável (RIBEIRO, Luis Filipe, “O Conceito de linguagem em Bakhtin” in <http://revistabrasil.org/revista/artigos/crise.htm>, site visitado em 04 de março de 2013, às 15:13h). As ideias de Bakhtin foram analisadas por José Luiz Fiorin e encontram-se sintetizadas na obra de Aurora Tomazini de Carvalho³¹⁴. Assim, todo texto (em sua acepção lata) é envolvido por um contexto, isto é, encontra-se inserido num processo histórico-social onde atuam determinadas formações ideológicas. Neste sentido, podemos dizer que não há texto sem contexto. O contexto é formado por todos os enunciados com os quais um texto se relaciona. Nenhum texto é individual, todo discurso, inserto num processo comunicacional, independente de sua dimensão, mantém relação com outros discursos, pois, segundo os pressupostos com os quais trabalhamos, nenhum enunciado se volta para a realidade em si, senão para outros enunciados que os circundam. Neste sentido, todo texto (em acepção lata) é atravessado, ocupado por textos alheios, de modo que para apreendermos seu sentido, não basta identificarmos o significado das unidades que o compõem (signos), é preciso perceber as relações que ele mantém com outros textos. As relações de sentido que se estabelecem entre dois textos são denominadas de “dialogismo”. Como todo texto é dialógico, isto é, mantém relações com outros textos, o dialogismo acaba sendo, nas palavras de José Luiz Fiorin, o princípio construtivo dos textos. Construimos um enunciado a partir de outros enunciados e ele é compreendido porque mantém relação dialógica com outros enunciados. Qualquer relação dialógica é denominada intertextualidade. O direito positivo como texto, relaciona-se cognoscitivamente com outros sistemas (social, econômico, político, histórico, etc.), que também são linguísticos. Há, neste sentido, uma intertextualidade externa (contexto não jurídico) muito importante, pois, apesar do foco da análise jurídica não recair sobre seu contexto histórico-social, é esta relação dialógica que molda as valorações do intérprete. Como sistema, as unidades do direito positivo também se relacionam entre si. Há, neste sentido, uma intertextualidade interna (contexto jurídico), na qual se justificam e fundamentam todas as construções significativas da análise jurídica (CARVALHO, Aurora Tomazini de, “Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico”, São Paulo, Editora Noeses, 3ª edição, 2013, pp. 178-180). Atento à separação entre texto e contexto, Paulo de Barros Carvalho chama atenção para a possibilidade de termos dois pontos de vista sobre o texto: (i) um interno; e (ii) outro externo. “Fala-se numa análise interna, recaindo sobre os procedimentos e mecanismos que armam a estrutura do texto, e numa análise externa, envolvendo a circunstância histórica e sociológica em que o texto foi produzido” (CARVALHO, Paulo de Barros, “Direito Tributário Linguagem e Método”, 3ª edição revisada e ampliada. São Paulo: Editora Noeses, 2009, pp. 162-170). A primeira análise tem como foco o texto como produto do processo comunicacional e a segunda recai sobre o texto enquanto instrumento de comunicação entre dois sujeitos, abarcando as manifestações linguísticas e extralinguísticas que o envolvem. Transpondo tais considerações para o direito positivo temos que: (i) uma análise interna leva em conta seu contexto jurídico; e (ii) uma análise

(novo manual da classificação indicativa) envolvido por um contexto (dar proteção à pessoa em desenvolvimento e garantir-lhe acesso à cultura e informação com qualidade), resgatado por um processo histórico-social onde atuam determinadas formações ideológicas (critérios temáticos). Nesse sentido, podemos dizer que não haverá um sistema de classificação indicativa eficiente se não houver um constante diálogo familiar e social, na medida em que só assim a classificação indicativa passará a ser reconhecida como um modelo de regulação específico que será tão ou mais eficiente, quanto mais desenvolvidos forem os parâmetros do marco regulatório estabelecidos em conjunto com a sociedade.

V.1.4. Critérios Temáticos para a classificação indicativa: eleição apoiada em aspectos sócio-culturais e psicológicos

O Estatuto da Criança e do Adolescente no Título III – Da Prevenção, Capítulo II – Da Prevenção Especial, Seção I – Da Informação, Cultura, Lazer, Esportes, Diversões e Espetáculos, como já se examinou, utiliza reiteradas vezes a expressão “natureza deles”, referindo-se ao “conteúdo” da diversão ou do espetáculo³¹⁵. Assim procede na medida em que reconhece ser dever fundamental dos produtores, exibidores e distribuidores desses conteúdos de obras audiovisuais prestarem tal informação especialmente quando destinada a atingir o público infantil.

O art. 12 da Portaria Ministerial nº 368, de 11-02-2014, inserido no Capítulo III – Do Processo de Classificação Indicativa, Seção I – Da Metodologia e do Processo, por sua vez, a fim de delimitar a aludida “natureza de tais conteúdos”, estabelece os critérios temáticos a serem considerados para que se classifiquem as obras audiovisuais, avaliando o grau de incidência dos mesmos nas referidas obras, com o objetivo de indicar a faixa etária à qual tais conteúdos se adéquam.

São critérios temáticos a serem considerados: (i) sexo e nudez; (ii) violência e (iii) drogas.

externa seu contexto não jurídico. O mesmo raciocínio se aplica à Ciência do Direito, tanto mais quanto a ela se associam valores. Imaginemos, por exemplo, contextualizar a expressão “pessoa em desenvolvimento”. Tal conceito indeterminado (vago) recebe diferentes conotações de acordo com o momento histórico, o grupo social em que se insere (intratextualidade) obrigando a Ciência do Direito a dialogar não só com o próprio direito positivo (intertextualidade), mas, principalmente, com outras fontes integrativas do sistema.

³¹⁵É o que se lê no art. 74, *caput* e parágrafo único, bem assim no parágrafo único do art. 77.

Já se salientou, nos itens anteriores, o fundamento a inspirar a *ratio* da classificação das obras audiovisuais; cabe agora investigar o motivo pelo qual tais critérios são considerados inadequados ou impróprios ao público infantil.

Permitir-se-á proceder a tal exame especialmente no ambiente televisivo, lembrando, porém, que os aparelhos eletrônicos, como computadores, *notebooks*, *tablets* e celulares por meio dos quais são igualmente veiculados conteúdos audiovisuais seguem a mesma sorte.

Inegavelmente, o que não falta, hoje, na televisão brasileira, são cenas de sexo, nudez, violência e exposição ao uso de drogas.

Por outro lado, sabe-se que dentre os principais meios de comunicação de massa, tem-se a mídia televisiva que, a partir de 1960, foi se impondo como meio de comunicação hegemônico, afetando grandemente a população infantojuvenil no Brasil, pois não necessita de alfabetização para ser compreendido.

Renomados órgãos de proteção à criança e ao adolescente³¹⁶ destacam que, atualmente, em 98% dos lares brasileiros, há, pelo menos, um televisor. Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião e Estatísticas (IBOPE), as crianças brasileiras passam, em média, 5 horas diárias em frente à televisão. É forçoso reconhecer, assim, que a televisão tornou-se corresponsável pela formação que dá a muitas crianças, a despeito de os pais não desejarem³¹⁷.

Os riscos que envolvem a exposição das crianças à mídia televisiva têm sido objeto de pesquisas e estudos no mundo inteiro. Os questionamentos giram em torno da possibilidade de a mídia educar, interagir, informar e influenciar na formação subjetiva

³¹⁶É o caso do Instituto Alana, uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, que reúne diversos projetos pela garantia de condições para a vivência plena da infância. Criado em 1994, o Instituto conta hoje com projetos próprios e com parceiros e é mantido pelos rendimentos de um fundo patrimonial desde 2013. Dentre tais projetos, destacam-se os intitulados “Prioridade Absoluta” e “Criança e consumo”. O objetivo do segundo desses projetos é divulgar e debater ideias sobre as questões relacionadas à publicidade dirigida às crianças, assim como apontar caminhos para minimizar e prevenir os prejuízos decorrentes dessa comunicação mercadológica (<http://alana.org.br/>). Lembre-se, ainda, da ANDI - Agência de Notícias dos Direitos da Infância, do CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e da UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância e do Projeto “Criança Esperança”.

³¹⁷É inegável a função social desempenhada pelos meios de comunicação, especialmente pela televisão. Nesse sentido, se não cabe a tais veículos, dentre eles as emissoras de televisão, conter a exibição de imagens com conteúdo erótico, violento e de incitação ao uso de drogas químicas, não se pode negar, por outro lado, sua função pública e social de fazê-lo em obediência aos limites impostos pela legislação, especialmente atenta a um público tão especial quanto prioritário como o infantil.

da criança, abrangendo a qualidade de programações e anúncios oferecidos ao público infantil e a quantidade de horas em que as crianças estão expostas a esta mídia³¹⁸.

Para a Associação Americana de Pediatria (AAP, sigla em inglês), os pais devem limitar o tempo que seus filhos passam em frente à televisão, computador, celular ou *tablet* para duas horas por dia. Esse tempo não inclui, no entanto, o uso dos aparelhos para fins acadêmicos. A recomendação faz parte das novas diretrizes da entidade, apresentadas em outubro de 2013, durante o encontro anual da AAP, em Orlando, Estados Unidos, e publicadas na revista *Pediatrics*.

Orienta-se, ainda, que os pais evitem que seus filhos tenham televisão no quarto. Um estudo publicado em dezembro de 2012, por exemplo, descobriu que crianças que têm o aparelho no quarto apresentam, no geral, maiores níveis de gordura subcutânea (que geralmente se acumula na barriga, nas pernas e no culote), de gordura visceral (que fica em torno dos órgãos) e maiores medidas de circunferência abdominal do que os outros jovens. Além disso, pesquisas mostraram que muito tempo em frente a alguma tela também pode causar problemas relacionados ao sono e comportamentos agressivos.

A associação também aconselha que as famílias acompanhem o conteúdo que as crianças acessam na internet e assistem na televisão, e que apresentem a seus filhos programas e ferramentas virtuais que sejam educativos. Ainda segundo as orientações da AAP, crianças menores do que dois anos não devem ter contato com televisão, computadores e outros aparelhos do tipo. "Nessa idade, simplesmente não há benefícios", diz a recomendação³¹⁹.

As crianças ficam literalmente anestesiadas e não conseguem se desvencilhar das imagens e dos sons produzidos por tais aparelhos tanto mais quanto lhes é apresentada uma realidade que lhes é desconhecida e para a qual ainda não estão preparadas intelectiva ou psicologicamente. A era digital apenas fez com que esse problema se tornasse mais urgente.

³¹⁸TIOZZO, Jessica Sacramento da Silva, "O Desenvolvimento Psicológico Infantil e a Influência das Propagandas Publicitárias no Ordenamento Jurídico Brasileiro", in ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, CARACIOLA, Andrea Boari e JUNQUEIRA, Michelle Asato (Organizadoras), "Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos". São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015, p. 199.

³¹⁹In <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/pais-devem-limitar-tempo-de-televisao-computador-e-celular-dos-filhos/>, site visitado em 11-01-16, às 16:20h.

Daí porque ser relevante dar ênfase à nobre função da classificação indicativa, avaliando os critérios temáticos que a sociedade atual entende serem os mais nocivos a ponto de colocarem em risco o melhor interesse da criança.

O Novo Manual da Classificação Indicativa³²⁰ é minucioso ao esclarecer que,

à medida que as situações violentas, do universo das drogas e das práticas e discursos sexuais vão ficando mais complexas, mais recorrentes ou mais intensas e impactantes (impressionantes, chocantes ou que causem grande efeito), agrava-se também a tendência de classificação indicativa e, por conseguinte, eleva-se a gradação atribuída à obra. Por isso, quando há duas ou mais tendências de indicação, atribui-se a classificação referente à tendência correspondente à maior faixa etária para se concluir o processo. Deve-se observar que está previsto no Manual da Nova Classificação Indicativa a influência de indicadores que podem atenuar ou agravar as tendências de indicação presentes na obra audiovisual, em especial, as que versam sobre a relevância do conteúdo inadequado para a compreensão da trama, a frequência de exibição do conteúdo e o modo como a cena foi apresentada (a chamada composição de cena, ou *mise-en-scène*, levando-se em consideração enquadramento, recursos de edição, efeitos especiais, sonorização, comportamento dos personagens, etc.). É importante ressaltar que a objetivação desses indicadores apresenta-se como um dos grandes avanços da política pública de Classificação Indicativa por ser a instrumentalização de um processo democrático, baseado em fatores técnicos que, com intensa participação social e transparência, resultaram em uma ferramenta para a defesa dos direitos das crianças e adolescentes.

Destacam-se, individualmente, a seguir, alguns aspectos de cada um dos referidos critérios temáticos.

V.1.4.1. Sexo e nudez

Concluiu Sigmund Freud, há mais de um século atrás, estarem enganados aqueles que imaginavam que o instinto sexual estivesse ausente na infância só despertando no período da vida descrito como puberdade. Isto, afirmava ele, “não é puramente um erro simples, mas um erro que tem tido graves consequências, pois é principalmente a esta ideia que devemos nossa atual ignorância das condições fundamentais da vida sexual”³²¹.

³²⁰Novo Guia Prático de Classificação Indicativa elaborado pelo Ministério da Justiça e organizado pela Secretaria Nacional de Justiça, 2ª edição, Brasília, 2012 disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/comunicacao/guia-pratico-da-classificacao-indicativa>.

³²¹FREUD, Sigmund, “Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud”, Traduzida do alemão e do inglês, sob Direção de SALOMÃO, Jayme. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1ª edição, 1972, p. 177.

Reconhecendo o papel da infância para o desenvolvimento psicológico da pessoa, inclusive sob a óptica da sexualidade, Freud argumenta que, nesse período da vida humana, especialmente, até o sexto ou oitavo ano, destaca-se uma fase na qual se constata um estranho esquecimento ao qual ele chamou “amnésia infantil”, que, no caso da maioria das pessoas, embora não em todas, oculta os inícios mais precoces de sua infância. Durante esses anos, revela Freud, “reagimos de maneira vívida a impressões, somos capazes de expressar dor e alegria de maneira humana, damos prova de amor, ciúme e outros sentimentos apaixonados que nos emocionam fortemente na época (...)”³²². Trata-se de um período extremamente fértil – embora esquecido – em que a capacidade de receber e reproduzir impressões é mais intensa do que haviam imaginado alguns estudiosos.

Nesse aspecto, permite-se aqui assinalar a primeira constatação em torno da sexualidade infantil: ela existe, é importante, desperta sensações e desencadeia reações futuras na vida adulta, mesmo havendo apenas lembranças ininteligíveis e fragmentárias deste período.

Essas mesmas impressões que são esquecidas do consciente deixam, não obstante, os mais profundos traços no inconsciente e desencadeiam um efeito determinante sobre a totalidade do desenvolvimento subsequente.

Não é a toa que, em 1896, Freud já insistia na importância dos anos da infância na origem de certos fenômenos significativos ligados à vida sexual, e desde então nunca deixou ele de dar ênfase ao papel desempenhado na sexualidade pelo fator infantil.

Durante a infância, sustentava Freud, se constroem as forças psíquicas que irão mais tarde impedir o curso do instinto sexual e, como barreiras, restringir seu fluxo – a repugnância, os sentimentos de vergonha e as exigências dos ideais estéticos e morais.

Os conteúdos que exploram o ato sexual nem sequer precisam exibí-lo de forma explícita para influenciar a criança. Basta insinuá-lo, dando realce à sensualidade e ao erotismo para seduzirem tal público.

Boa parte dos conteúdos audiovisuais que explora a sexualidade é sedutora, inclusive para as crianças mais suscetíveis às novas descobertas sobre si mesmas, sobre

³²²FREUD, Sigmund, “Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud”, Traduzida do alemão e do inglês, sob Direção de SALOMÃO, Jayme. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1ª edição, 1972, p. 179.

seu corpo e sobre o mundo que as circunda. E é justamente por isso que merece redobrado cuidado.

É intuitivo o fato de que sob a influência da sedução, as crianças podem tornar-se perversas polimorfos³²³, e podem ser levadas a todas as espécies possíveis de irregularidades sexuais. Os efeitos da sedução não ajudam a revelar a história primitiva do instinto sexual; antes confundem a ideia que dela se faz apresentando as crianças prematuramente com um objeto sexual do qual o instinto sexual infantil de início não demonstra ter necessidade.

As pesquisas sexuais na infância reveladas por Freud concluem que quase na mesma época em que a vida sexual das crianças atinge seu primeiro ápice, entre as idades de três e cinco anos, elas também começam a mostrar sinais da atividade que pode ser atribuída ao instinto do saber ou da pesquisa.

Assim, explica ele,

Se nesta idade tenra as crianças assistem às relações sexuais entre adultos – ao que dá oportunidade a convicção dos adultos de que as criancinhas não podem compreender qualquer coisa sexual – elas inevitavelmente consideram o ato sexual como uma espécie de maltrato ou ato de subjugação; isto é, olham-no num sentido sádico. A psicanálise nos mostra também que uma impressão desta espécie na primeira infância contribui bastante para uma predisposição ao deslocamento sádico subsequente do objetivo sexual. Além do mais, as crianças preocupam-se muito com o que são as relações sexuais, ou, como dizem, com o casamento, e usualmente buscam uma solução do mistério em alguma atividade comum ligada à função de micção ou defecação. A exposição ao sexo pode parecer para a criança uma agressão³²⁴.

Portanto, o componente cruel do instinto sexual se desenvolve na infância tanto mais se a criança é exposta à relação sexual entre adultos³²⁵.

³²³BORBA, Edna, psicóloga e psicanalista explica que o termo “Perverso polimorfo” foi cunhado por Freud, em 1909, e significa que toda criança - minimamente saudável - seria capaz de experimentar prazer de múltiplas maneiras, em múltiplas zonas do corpo e com múltiplos objetos. Encontra-se nessa posição um sujeito que mesmo na idade adulta deseja permanecer nesse tempo de tudo gozar, sem ter que se arriscar com outra coisa *in* <http://psicologiaconsulte.blogspot.com.br/2013/06/um-eterno-perverso-polimorfo.html>, site visitado em 12-01-16, às 16:00h.

³²⁴FREUD, Sigmund, “Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud”, Traduzida do alemão e do inglês, sob Direção de SALOMÃO, Jayme. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1ª edição, 1972, p. 202.

³²⁵E se a criança for exposta à prática sexual animal? Imagine-se, assim, um programa no qual são exibidas, com riqueza de detalhes, cenas do coito animal, por exemplo, da prática sexual entre os mamíferos. Essa programação – que, aliás, é comum em alguns canais de TV por assinatura – também se sujeitaria à classificação indicativa e às restrições de horário? O Novo Guia de Classificação Indicativa sugere que quando as cenas sobre sexo forem exibidas dentro de um contexto educativo e informativo, muito embora se sujeitem ao modelo de classificação indicativa não encontrarão razão para serem

Faz-se, portanto, uma segunda constatação em torno da exposição audiovisual do ato sexual na infância: há grande probabilidade de a criança criar uma falsa imagem acerca da relação sexual, podendo vir a (i) evitá-la na vida adulta ou (ii) reproduzi-la com doses de crueldade, o que poderia explicar as práticas masoquistas e de prazer pela autoflagelação³²⁶.

A nudez no âmbito dos critérios temáticos da classificação indicativa, por seu turno, está atrelada, na maior parte das vezes, ao próprio ato sexual, tanto que estão listadas em conjunto (“sexo e nudez”), considerando-se, por exemplo, livre a programação, se a nudez, de qualquer natureza, for exposta sem apelo sexual, num contexto científico, artístico ou cultural.

Relativamente à nudez, porém, acredita-se ter havido uma forte influência cultural e religiosa para justificar sua impropriedade, mais do que psicológica³²⁷.

Culturalmente, também, mais comum e aceitável é a nudez feminina à masculina. Dir-se-á que a questão é meramente plástica e estética, uma vez que o nu feminino é mais belo que o masculino. Entretanto, não se deve esquecer que o culto ao nu feminino esteve, por décadas, apegado não só ao machismo, como, principalmente, à

consideradas impróprias ou inadequadas. A depender do grau de exposição, poderia essa programação ser classificada como imprópria para menores de 10 anos.

³²⁶Mariana Silva Lima, psicóloga clínica especializada em psicoterapia do trauma e hipnose ericksoniana, afirma que presenciar uma cena de sexo entre os pais gera na criança uma formatação de um trauma sexual. “A criança não tem muita noção do que se trata. Tudo o que ela conhece do mundo foram o pai e mãe que trouxeram. Visualizar uma cena de sexo é como uma espécie de agressão, uma situação de violência”, assegura. A psicóloga pontua que as crianças enxergam no pai e na mãe a figura de proteção. “A leitura que ela faz é que seus grandes cuidadores estão agindo de forma violenta e isso a choca em vários sentidos”, diz. De acordo com Mariana Silva Lima, como a percepção em relação ao mundo é ainda muito limitada, os pequenos acabam formatando um ato de violação e, em muitos casos, um abuso sexual. “A maioria dos pais não tem a noção real de que uma criança pequena vai entender aquela situação como abuso”, pondera. Ela explica que o ser humano tem três reações comuns diante de uma situação de perigo: fugir, lutar, paralisar. “As crianças paralisam diante da cena de sexo entre os pais. Situações que geram uma sensação de confusão intensa tendem a paralisar as pessoas. Quando isso acontece, se forma o trauma”, explica, corroborando as conclusões freudianas. Matéria veiculada no site http://sites.uai.com.br/app/noticia/saudeplena/noticias/2013/12/02/noticia_saudeplena,146621/presenciar-cena-de-sexo-dos-pais-pode-traumatizar-criancas.shtml, visitado em 12-01-2016, às 17:45h.

³²⁷A nudez é tida como um pecado na visão religiosa, especialmente sob a óptica cristã. É indesejável desde o pecado original de Adão e Eva no Eden. Assim, por exemplo, lê-se em Gênesis 2:9: “*E o Senhor Deus fez brotar da terra toda a árvore agradável à vista, e boa para comida; e a árvore da vida no meio do jardim, e a árvore do conhecimento do bem e do mal.*” Gênesis. 2:16 e 17: “*E ordenou o Senhor Deus ao homem, dizendo: de toda a árvore do jardim comerás livremente, mas da árvore do conhecimento do bem e do mal, dela não comerás; porque no dia em que dela comeres, certamente morrerás.*” Gênesis. 2:25: “*E ambos estavam nus, o homem e a sua mulher; e não se envergonhavam.*” Gênesis. 3: 6 e 7: “*E viu a mulher que aquela árvore era boa para se comer, e agradável aos olhos, e árvore desejável para dar entendimento; tomou do seu fruto, e comeu, e deu também a seu marido, e ele comeu com ela. Então foram abertos os olhos de ambos, e conheceram que estavam nus; e coseram folhas de figueira, e fizeram para si aventais.*”

vendagem e seu natural apelo mercadológico e lucrativo. O nu feminino é altamente vendável; o masculino nem tanto.

A partir destas considerações, de se notar que o Novo Guia Prático de Classificação Indicativa³²⁸, sobre ter sido criterioso na escolha do assunto, levou em conta, ademais, aspectos relevantes e bem estruturados na delimitação das faixas etárias (que vão de Livre a 18 anos de idade)³²⁹ a quem se destinarão as programações, espetáculos públicos e jogos eletrônicos e de interpretação (RPG), referentemente ao tema “sexo e nudez”.

Como é o objetivo deste trabalho voltar à atenção especialmente às crianças, só serão trazidos, a título ilustrativo, os conteúdos permitidos no que toca ao tema “sexo e nudez”, até a faixa de 12 anos de idade. Senão vejamos:

SEXO E NUDEZ

Livre

1. São admitidos com essa classificação obras que contenham predominantemente conteúdos positivos e que não tragam elementos com inadequações passíveis de indicação para faixas etárias superiores a 10 anos. Nem sempre a ocorrência de cenas que remetem a sexo ou nudez é prejudicial ao desenvolvimento psicológico da criança, como os elencados abaixo:

NUDEZ NÃO ERÓTICA

2. Nudez, de qualquer natureza, desde que exposta sem apelo sexual, tal como em contexto científico, artístico ou cultural.

EXEMPLO: Documentário mostra a realidade de uma tribo indígena onde as pessoas estão nuas.

Não recomendado para menores de 10 anos

1. São admitidos para esta faixa etária conteúdos que apresentem:

Diálogos e imagens não estimulantes sobre sexo e que estejam dentro de contexto educativo ou informativo.

EXEMPLO: Em escola, estudantes aprendem sobre o sistema reprodutor.

Não recomendado para menores de 12 anos

1. São admitidos para esta faixa etária conteúdos que apresentem:

NUDEZ VELADA

2. Nudez sem a apresentação de nus frontais (pênis, vagina), seios e nádegas, ou seja, uma nudez "opaca" ou velada.

³²⁸Novo Guia Prático de Classificação Indicativa elaborado pelo Ministério da Justiça e organizado pela Secretaria Nacional de Justiça, 2ª edição, Brasília, 2012 disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/comunicacao/guia-pratico-da-classificacao-indicativa>.

³²⁹Seis são as faixas ou categorias de classificação indicativa, a saber: Livre, identificada pela cor verde, com a letra L em branco alocada no centro de um quadrado com arestas arredondadas; 10 anos identificada pela cor azul claro, com o número 10 em branco alocado no centro de um quadrado com arestas arredondadas; 12 anos identificada pela cor amarela, com o número 12 em branco alocado no centro de um quadrado com arestas arredondadas; 14 anos identificada pela cor laranja, com o número 14 em branco alocado no centro de um quadrado com arestas arredondadas; 16 anos identificada pela cor vermelho, com o número 16 em branco alocado no centro de um quadrado com arestas arredondadas e 18 anos identificada pela cor preto calçado, *rich black*, com o número 18 em branco alocado no centro de um quadrado com arestas arredondadas .

EXEMPLO: Em cena com nudez, insere-se tarja ou efeito gráfico sobre seios, nádegas e órgãos genitais; seios de uma personagem são estrategicamente cobertos por um objeto em cena.

3.INSINUAÇÃO SEXUAL

A tendência é aplicada quando é possível deduzir por diálogos, imagens e contextos que a relação ocorreu, ocorrerá ou está acontecendo, sem que, contudo, seja possível visualizar ato sexual.

EXEMPLO: Casal se beija, começa a tirar a roupa e deita na cama; casal se beija suado sob lençóis.

4.CARÍCIAS SEXUAIS

Cenas em que personagens se acariciam, a sexualização está presente, mas a ação não resulta em relação sexual.

EXEMPLO: No cinema, namorado passa a mão pelo seio da namorada.

5.MASTURBAÇÃO

Cena não explícita de masturbação.

EXEMPLO: Apresenta-se plano médio de homem no banheiro e, pela sua gesticulação (movimento de mão na região pélvica), induz-se que ele se masturba.

6.LINGUAGEM CHULA

Diálogos, narrações ou cartelas gráficas que apresentem palavras chulas ou palavrões. São expressões ofensivas e vulgares relacionadas a sexo (incluindo órgãos sexuais) e excrementos.

EXEMPLO: M*rda, c*, b*ceta, p*rra, escr*to, p*ta, etc.

7.LINGUAGEM DE CONTEÚDO SEXUAL

Diálogos, narrações ou cartelas gráficas sobre sexo, em qualquer contexto, sem que haja apresentação de vulgaridades, detalhamentos ou sem que o diálogo seja erótico ou estimulante.

EXEMPLO: Personagens conversam: “Vocês dois transaram mesmo? Quando foi isso?”

8.SIMULAÇÕES DE SEXO

Imagens ou sons de uma cena que tenham uma relação sexual farsesca, sem que haja o ato sexual em si.

EXEMPLO: Personagens fingem que transam para constranger um amigo.

9.APELO SEXUAL

Cenas que apresentem diálogos estimulantes, manifestações de desejo ou provocações de caráter sexual.

EXEMPLO: Personagens olham para as nádegas de mulher que passa por eles, demonstrando interesse sexual.

De se lembrar, por oportuno, que a análise de todos os critérios temáticos levará em conta, ademais, a incidência de atenuantes e/ou agravantes. Atenuantes são fatores imagéticos ou contextuais da obra que podem reduzir o impacto das tendências de indicação. Agravantes, por seu turno, são fatores contextuais da obra que podem aumentar o impacto ou o potencial agressivo das tendências de indicação.

V.1.4.2. Violência

Em 2002, a Organização Mundial da Saúde traçou um norte, em seu relatório sobre violência e saúde pública, definindo a violência como “o uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, ou outra pessoa, ou contra um

grupo ou uma comunidade que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação”³³⁰.

Constitui-se, pois, em ato ou conjunto deles mediante utilização de força, brutalidade ou intimidação voltada à vulneração física ou psicológica em face de seu destinatário, seja pessoa ou grupo. Ser violento, irascível, impetuoso, é traço de conduta ou personalidade e pode estar associado ao ser humano, quase sempre relacionado com o uso de força bruta.

A finalidade na ação violenta não se apresenta de forma esquemática, variando desde a motivação de submissão para obtenção de determinado comportamento da vítima; desenrola-se desde a atitude de barrar ato de outrem que venha a vulnerar a esfera subjetiva de alguém até o simples prazer de imposição de sofrimento ao violentado³³¹.

A violência, assim entendida sob as características de intencionalidade, imoralidade e submissão da vontade, está presente nas situações em que a finalidade se mostre voltada para resultado que, em tudo e por tudo, submete a vítima à imposição pela brutalidade (força moral ou física) aos comandos do agressor, aniquilando a vontade do agredido.

Apesar de revelar-se completamente avessa à paz e a harmonia, capaz de achincalhar a própria dignidade da pessoa humana, a violência está presente no cotidiano dos grandes e pequenos centros urbanos, sem deixar incólume as áreas rurais e mais distantes do planeta e, por mais incrível que pareça, ela é atraente.

Os meios de comunicação e mídias eletrônicas de há muito perceberam que apelar para o uso da violência em seus programas provoca um rápido estímulo no receptor do conteúdo violento, mediante o incitamento de emoções fortes que prendem sua atenção. A violência é universalmente compreendida e, infelizmente, valorizada, cruzando fronteiras geográficas e culturais de maneira eficaz³³².

³³⁰OMS, “Relatório da Organização Mundial da Saúde sobre Violência e Saúde”, Brasília:OMS, 2002, p. 5.

³³¹GIANULO, Wilson, “A Violência e o Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento”, *in* ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, CARACIOLA, Andrea Boari e JUNQUEIRA, Michelle Asato (Organizadoras), “Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos”. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015, p. 321.

³³²WALSH, David, GOLDMAN, Larry S e BROWN, Roger, “Physician Guide to Media Violence”, American Medical Association, 1996, p. 13. Conteúdo acessado em 17-01-16, às 10:49h, em www.ama-assn.org/ama1/pub/upload/mm/386/mediaviolence.pdf

De fato, desde o princípio da televisão, a violência sempre foi utilizada para prender a atenção do telespectador.

Como relata Antonio Jorge Pereira Júnior³³³,

São incontáveis os estudos acerca dos efeitos do entretenimento violento sobre as crianças: pesquisas, análises de conteúdo, experiências, estudos epidemiológicos, estudos em nível nacional e estudos longitudinais (protraídos no tempo) etc. Apesar de variar a qualidade de tais pesquisas, a uniformidade e a coerência das conclusões é impressionante. Inúmeras organizações profissionais se dedicaram ao assunto e concluíram, após estudos sistemáticos desenvolvidos durante anos, que há evidências irrefutáveis de que o entretenimento violento promove atitudes e comportamento agressivo, o que significa deformação ética. Dentre as entidades que assim concluíram destacam-se: (1) Academia Americana de Psiquiatria da Infância e Adolescência; (2) Academia Americana de Pediatria; (3) Associação Médica Americana; (4) Associação Americana de Psiquiatria; (5) Associação Americana de Psicologia; (6) Centros para Controle e Prevenção de Doenças; (7) Instituto Nacional de Saúde Mental; (8) Ministério da Saúde dos EUA.

Assim, se, por um lado, não se pode precisar com facilidade o momento no qual passou uma pessoa a ser violenta ou se o ato violento, ainda que isolado, deveu-se a uma situação inusitada ou a contexto fático que o tivesse influenciado a prorromper com a conduta violenta, uma informação é certa, a influência pode ser externa, o que leva a crer que os constantes influxos violentos da TV e também dos *games*, jogos de interpretação e demais mídias digitais corroboram enormemente na indução ao comportamento violento, cujo efeito prático, muitas vezes, mostra-se insuspeito pelo analista ou pelo profissional da área que venha a avaliar o comportamento.

Bem diz o ditado: violência gera violência. Violência a que se assiste é violência que se reproduz.

Em recente discurso, o Presidente americano, Barak Obama, visivelmente consternado, foi obrigado a usar de seus poderes como representante máximo da nação, para tomar medidas frente à situação de violência em que vivem hoje os Estados Unidos. Mesmo contrariando o Congresso, Obama pretende anunciar medidas para diminuir a violência no país, que na última década atingiu números assustadores, entre massacres por fanáticos, franco atiradores, latrocínios, suicídios, acidentes com mortes por arma de fogo, etc.

³³³PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, “Direitos da criança e do adolescente em face da TV”. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 186.

Um número alarmante de mais de 4 milhões de vítimas na última década, entre elas cerca de 20 mil crianças e outros 20 mil que cometeram suicídio, com uma média anual de mais 30 mil mortes por armas de fogo, a maioria vendidas legalmente dentro do país.

Com lágrimas nos olhos e declarações duras, se dirigindo ao Congresso, que segundo Obama demora a tomar atitudes, ele dispara: “Se uma criança não consegue abrir uma garrafa que tem uma tampa de segurança, temos de conseguir assegurar que não consegue disparar uma arma³³⁴”.

Coincidentemente ou não, também nos Estados Unidos e curiosamente na mesma época, a revista “Variety” anunciou que o “Despertar da Força”, sétimo filme da franquia “Star Wars” (ou “Guerra nas Estrelas”, como foi traduzido para a versão em português) ajudou a indústria cinematográfica americana a atingir a marca de US\$ 11 bilhões em ingressos vendidos. Catalogado como filme de ação e ficção científica (mesmo que, na prática, “Guerra nas Estrelas” não tenha nada de *sci-fi*), inegavelmente o filme contém pílulas de violência e foca no entretenimento do público infantojuvenil.

Não se pretende com essa análise comparada retirar da indústria armamentista americana e do intenso lobby que exerce sobre o Congresso dos Estados Unidos para facilitar a comercialização legal de armas de fogo naquele país, a responsabilidade pelos índices elevados de mortes provocadas pelo uso desses instrumentos. Mas, por outro lado, não se pode ignorar o fato de que há uma astronômica incitação à violência armada veiculada pelos meios de comunicação, inclusive pela indústria cinematográfica, que, de certa forma, também exerce um papel de promoção e incentivo a tais práticas violentas.

Quando o assunto é o público infantil, então, os estímulos – igualmente presentes – são ainda mais perigosos, sobretudo porque há uma clara relação de causa e efeito entre a exposição à violência da mídia e as atitudes próprias a um comportamento agressivo.

Como simples reprodutores de condutas a que têm acesso por meio de conteúdos audiovisuais, as crianças quase sempre se espelham em personagens violentos e agressivos e, a fim de replicar a ação daqueles, acabam assimilando, com maior ou menor intensidade, o espírito da violência. A violência na tela exerce forte

³³⁴Matéria extraída do site <http://br.blastingnews.com/mundo/2016/01/barack-obama-chora-e-anuncia-medidas-para-conter-comercio-de-armas-nos-eua-00720993.html> e visitado em 17-01-16, à 12:42h.

atração sobre as crianças e elas tendem a replicar o comportamento de seus heróis na vida real.

A simbologia de que se cercam os papéis “mocinho” e “bandido”, “vilão” e “herói” pode representar um passo irreversível na busca pela vitória e pela glória por meio do uso da força e das armas.

A UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – já havia elaborado em 1999 um relatório sobre a criança e a violência na mídia concluindo, desde então, pela necessidade de se coibir a “deseducação” proporcionada pelo uso da violência como técnica de fixação da atenção nas programações audiovisuais, inclusive nos desenhos animados, ainda quando representem uma violência recompensada, vale dizer, a luta do mal contra o bem³³⁵.

Inúmeros são os heróis que utilizam poderes sobrenaturais e armas mirabolantes para vencer o inimigo. Lembre-se do “super-homem”, da dupla “Batman e Robin”, do “Homem de Ferro” e do “Homem Aranha”, além da recente e renomada “Saga Crepúsculo” que revive as lendárias histórias de “O Conde Drácula”.

Mas, além da violência na mídia facilitar que a criança imite esse comportamento na vida real, ela provoca, ainda, pelo menos outros dois efeitos adversos: a insensibilidade e o aumento do medo.

Realmente, como sintetiza o Guia Médico sobre Violência na Mídia³³⁶,

A exposição constante da brutalidade na mídia enfraquece a capacidade de reagir do público em face da violência. Há como que uma fadiga das potências afetivas, que necessitarão de maiores estímulos para reagir (...).

Outro efeito sobre o comportamento é o aumento do medo. O cenário de violência retratado pela mídia transforma o mundo em um lugar aterrorizante para o espectador infantojuvenil, mais impressionável que o adulto. As crianças são especialmente afetadas pelo fato de não possuírem capacidade de discernir o que é fictício do que é real. Ao longo do tempo essa indução ao medo produz a síndrome do mundo cruel.

Nem se cogite dos programas informativos (como os telejornais) que apesar de não estarem sujeitos à classificação indicativa encontram na violência o principal

³³⁵CARLSSON, Ulla e FEILITZEN, Cecilia Von (Organizadoras), “A criança e a violência na mídia”, Brasília:UNESCO, 1999.

³³⁶WALSH, David, GOLDMAN, Larry S e BROWN, Roger, “Physician Guide to Media Violence”, American Medical Association, 1996, p. 16. Conteúdo acessado em 17-01-16, às 10:49h, em www.ama-assn.org/ama1/pub/upload/mm/386/mediaviolence.pdf

ingrediente para atingir a almejada audiência; programas como “Brasil Urgente”, “Cidade Alerta” e “Linha Direta” não escapam da linguagem sensacionalista que se adéqua como luva à violência³³⁷.

Bem por isso, é de se ressaltar – como, aliás, já se ressaltou no subitem anterior, quando também se esclareceu que só se dará ênfase neste trabalho às faixas etárias infantis até 12 anos de idade – que o Novo Manual da Classificação Indicativa referiu-se com atenção especial aos conteúdos violentos e assim se externou quanto a esse critério temático, minuciosamente:

VIOLÊNCIA

Livre

1. São admitidos com essa classificação obras que contenham predominantemente conteúdos positivos e que não tragam elementos com inadequações passíveis de indicação para faixas etárias superiores a 10 anos. Nem sempre a ocorrência de cenas que remetem à violência são prejudiciais ao desenvolvimento psicológico da criança, como os elencados abaixo:

VIOLÊNCIA FANTASIOSA

2. Níveis elementares e fantasiosos de violência, como atos agressivos de desenhos animados destinados ao público infantil, que não apresentem correspondência com a realidade tais como lesões corporais; brigas não impactantes de tramas infantojuvenis maniqueístas, de luta do bem contra o mal, que não apresentem sofrimento, lesões ou sangue; violência caricata inserida no gênero comédia-pastelão (guerra de comida, pancadas que não resultem em dor), ou seja, que são feitas para provocar o riso e não como ato violento.

EXEMPLO: Desenho animado em que personagem animalizado bate com uma bigorna na cabeça de outro, que é amassado e, logo em seguida, volta a sua forma original.

PRESENÇA DE ARMAS SEM VIOLÊNCIA

3. Presença de armas de qualquer natureza, sem que haja motivação evidente de violência.

EXEMPLO: Samurai pega sua espada sobre a mesa e a coloca nas costas.

MORTES SEM VIOLÊNCIA

4. Cenas com morte, seja o momento em que o ato ocorre ou a exposição de cadáver, sem envolvimento de dor ou lesões.

EXEMPLO: Senhora idosa morre enquanto dorme.

OSSADAS E ESQUELETOS SEM VIOLÊNCIA

5. Exibição de ossadas e esqueletos não-resultantes de ato violento.

EXEMPLO: É encontrado fóssil de um homem pré-histórico.

Não recomendado para menores de 10 anos

1. São admitidos para esta faixa etária conteúdos que apresentem:

PRESENÇA DE ARMAS COM VIOLÊNCIA

2. Utilização de armas com o intuito de praticar violência, sem que haja consumação do ato.

EXEMPLO: Personagem ouve um barulho em casa e apanha uma faca para defender-se.

MEDO / TENSÃO

³³⁷ Os programas jornalísticos não estão sujeitos à classificação indicativa. Apesar disso, é seriamente recomendável que os agentes de comunicação assumam também a responsabilidade de informar com qualidade. Os assaltos, acidentes e perseguições “ao vivo”, cada vez mais frequentemente transmitidos pelas emissoras de televisão e pela internet deveriam primar pela informação com o mínimo de reserva de conteúdo.

3. Enquadramentos, jogos de câmera, iluminação, direção de arte, sonorização, comportamento dos personagens, recursos de edição ou qualquer outro elemento da linguagem audiovisual que crie uma ambientação tensa que pode causar medo ou susto no espectador.

EXEMPLO: Em uma casa escura, personagem ouve barulhos estranhos. De repente, uma pessoa mascarada surge do nada, acompanhada por um alto efeito sonoro, provocando susto no espectador.

ANGÚSTIA

4. Conteúdos que possam provocar desconforto no espectador, tais como a apresentação de discussões ríspidas, personagens em depressão ou tristeza intensa, acidentes e destruições, morte de pais ou de pessoas ou animais com vínculos fortes com o personagem.

EXEMPLO: Criança com câncer morre no hospital, acompanhada pela família, que chora.

OSSADAS E ESQUELETOS COM RESQUÍCIOS DE ATO DE VIOLÊNCIA

5. Exibição de ossadas e esqueletos resultantes de ato violento.

EXEMPLO: Policiais investigativos encontram uma caveira com um buraco de bala no crânio.

ATOS CRIMINOSOS SEM VIOLÊNCIA

6. Qualquer ação que seja crime, contravenção ou infração de acordo com a legislação brasileira, que não esteja vinculada à violência propriamente dita.

EXEMPLO: Roubo, furto ou corrupção.

LINGUAGEM DEPRECIATIVA

7. Cenários em que personagens tecem comentários maldosos ou depreciativos a respeito de alguém que não esteja presente.

EXEMPLO: – Olha aquela vagabunda chegando perto do meu namorado!

Não recomendado para menores de 12 anos

1. São admitidos para esta faixa etária conteúdos que apresentem:

ATO VIOLENTO

2. Ameaça ou ação intencional de violência contra a integridade corporal, liberdade ou a saúde, própria ou de outrem. Incluem-se nesta tendência os casos de tráfico de pessoas.

EXEMPLO: Personagens brigam com socos e chutes; personagem, com uma pedrada, quebra o nariz de outro; personagem coloca comprimidos tranquilizantes no chá de outro para fazê-lo desmaiar; lançamento de gás de pimenta em um evento público; personagem ameaça matar o filho de outro; personagem se autoflagela.

LESÃO CORPORAL

3. Exibição de lesões corporais, fraturas, sangue e/ou órgãos internos, inclusive quando resultantes de procedimentos médicos e acidentes.

EXEMPLO: Cardiologistas abrem paciente com bisturi. Personagem apresenta fratura exposta.

DESCRIÇÃO DE VIOLÊNCIA

4. Narrações, cartelas gráficas ou diálogos que narrem atos violentos.

EXEMPLO: Personagem confessa assassinato, revelando que matou a facadas.

PRESENÇA DE SANGUE

5. Exibição de sangue oriundo de alguma lesão corporal, seja ela exibida ou não: sangue originado de agressões físicas (como socos e tiros), acidentes (como os automobilísticos e domésticos), procedimentos médicos e lesões internas (como cirurgias, vômitos com sangue) e cenários ou objetos ensanguentados. Pequenos cortes, testes hemopáticos, menstruação e sangramentos nasais não são considerados (salvo quando o enquadramento e as composições de cena valorizem a presença de sangue).

EXEMPLO: Paredes ensanguentadas da cena de um suposto crime.

SOFRIMENTO DA VÍTIMA

6. Exibição de sofrimento em razão de fato violento, acidente, enfermidade ou procedimento médico/cirúrgico.

EXEMPLO: Personagem chora de dor após sofrer um acidente de carro; personagens de um jogo gritam de dor quando são atingidos por golpes.

MORTE NATURAL OU ACIDENTAL COM VIOLÊNCIA

7. Mortes naturais ou acidentais (seja o momento da morte ou a exposição de cadáver) com o envolvimento de dores ou lesões.

EXEMPLO: Homem sente as dores de um ataque cardíaco e cai morto na rua.

ATO VIOLENTO CONTRA ANIMAIS

8. Exibição de ato de maus-tratos e ferimentos contra animais. Também se aplica a tendência quando personagem, intencionalmente, tira a vida de animal, com exceção dos casos de sobrevivência ou consumo.

EXEMPLO: Irritado, homem chuta seu cachorro e o animal chora de dor; garotos se divertem chutando gatos na rua.

EXPOSIÇÃO AO PERIGO

9. Exibição de ato ou omissão que coloque em risco a vida ou a saúde.

EXEMPLO: Atear fogo a uma casa ou floresta, explodir carro, manter relações sexuais sem proteção sabendo que possui DST.

EXPOSIÇÃO DE PESSOAS EM SITUAÇÕES CONSTRANGEDORAS OU DEGRADANTES

10. Assédio moral, constrangimento, degradação ou humilhação que pode ser expressa de várias formas, seja verbalmente ou através de imagens e contextos. A predisposição da(s) pessoa(s) a se envolver(em) em uma situação não é atenuante para o conteúdo humilhante, principalmente se ela o faz por inocência ou em troca de outra coisa (dinheiro, por exemplo).

EXEMPLO: Pessoa aceita colocar chapéu de burro em troca de dinheiro; pessoa aceita ser suja com ovos para conseguir participar de um programa de TV; patrão ofende o funcionário no ar; professor humilha aluno que chegou atrasado na sala de aula.

AGRESSÃO VERBAL

11. Apresentação de cenas em que haja xingamentos entre personagens.

EXEMPLO: Personagem xinga a outra de vadia preguiçosa.

OBSCENIDADE

12. Ato, palavra, escrito ou gesto, em especial os obscenos, com o intuito de ofender ou constranger alguém.

EXEMPLO: No trânsito, homem aponta o dedo médio para outro.

BULLYING

13. Bullying é o ato de violência psicológica intencional e repetitiva que consiste em um indivíduo (bully ou "valentão") ou grupo de indivíduos que intimidam outro indivíduo ou grupo incapaz de se defender, a fim de isolá-lo socialmente, através de atos como espalhar comentários, recusar-se em se socializar com a vítima e intimidar outras pessoas que desejam se socializar com ela.

EXEMPLOS: Grupo de meninos não permite que outro jogue futebol com eles e sentenciam: "Não falem com ele".

EXPOSIÇÃO DE CADÁVER

14. Exibição descontextualizada de corpos sem vida.

EXEMPLOS: Equipe de polícia encontra corpo no meio da rua; corpos caídos no cenário de um jogo de ação.

ASSÉDIO SEXUAL

15. Personagem constrange alguém com o intuito de obter vantagem ou favor sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo, função ou outra forma de poder.

EXEMPLO: Patrão seduz funcionária, insinuando que devem manter relação sexual para que ela seja promovida.

SUPERVALORIZAÇÃO DA BELEZA FÍSICA

16. Valorização excessiva da beleza física como condição imprescindível para uma vida mais feliz ou para a aceitação social. Isto sem que, ao mesmo tempo, sejam apresentados riscos inerentes a este comportamento (como a anorexia, bulimia, falhas nos procedimentos cirúrgicos, dentre outros).

EXEMPLO: Situações em que cirurgias plásticas ou dietas extremadas são valorizadas como os únicos ou mais importantes caminhos para uma vida melhor e mais feliz. Definição de padrões de beleza e estética corporal muito restritos.

SUPERVALORIZAÇÃO DO CONSUMO

17. Cenas e diálogos que apresentem o consumo como condição imprescindível para uma vida mais feliz ou para a aceitação social.
EXEMPLO: Personagem humilha o outro porque ele não possui um tênis da moda.

V.1.4.3. Drogas

Assim como os temas “sexo e nudez” são correlatos para a classificação indicativa, o mesmo caminho poderia ter sido adotado quando se abordam os critérios “violência e drogas”. Isso porque o uso de drogas químicas e psicotrópicas potencializa a prática da violência sendo esta muitas vezes perpetrada como decorrência da utilização daquela.

Entretanto, como nem sempre o uso de drogas nas programações audiovisuais está atrelado à prática de atos de violência, o tema ganhou autonomia e, por isso mesmo, merece preocupação, sobretudo porque as drogas podem causar dependência física ou psíquica especialmente em pessoas que estão em fase de desenvolvimento tal como são as crianças.

O rol do artigo 81 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece categoricamente ser proibida a venda à criança e ao adolescente, entre outros, de “bebidas alcoólicas” (inciso II) e de “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida” (inciso III).

Em comentário ao citado dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci³³⁸, inclusive, tece críticas à redação daqueles dois incisos, na medida em que, o álcool – que é uma droga de comercialização lícita – pode causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida. Assim, afirma o citado autor, “não difere, como produto, do elemento descrito no inciso III” e, portanto, “nem precisaria constar deste inciso” – referindo-se ao inciso II – “pois o referido inciso III já o abrange”.

O legislador estatutário proíbe a venda à criança ou ao adolescente. A técnica por ele utilizada, em punir somente a venda, revela que a sua intenção não se limitou apenas a complementar o inciso I do artigo 63 da Lei das Contravenções Penais, cuja conduta típica restringe-se à modalidade de servir.

³³⁸NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”. Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2014, p. 250.

Na realidade, como esclarece Ângela Maria Silveira dos Santos³³⁹,

o legislador estatutário encetou novas reflexões acerca da facilidade de acesso às bebidas alcoólicas por menores de 18 anos, pelo fato de elas se enquadrarem dentre as categorias de drogas lícitas e, por conta disso, se tornarem mais nocivas do que as drogas consideradas ilícitas, tendo em vista que podem ser adquiridas até mesmo em supermercado. O descumprimento deste inciso leva à aplicação das penalidades previstas no artigo 243 do ECA³⁴⁰.

E continua:

(...) O inciso III, por sua vez, proíbe a venda de produtos cujos componentes possam causar dependência química ou psíquica às crianças e aos adolescentes. Também aqui, teve-se a intenção de garantir maior proteção aos seres humanos em formação, posto que a vigente Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006), assim como a revogada Lei nº 6.368/76, não abrange todos os produtos capazes de causar dependência física ou psíquica, deixando de fora a cola de sapateiro, o tinner, o xarope, etc., ou seja, substâncias alucinógenas, muito utilizadas em razão do seu baixo custo. O descumprimento deste dispositivo conduz à aplicação do disposto no artigo 243 do ECA.

Para logo se vê, que o assunto é sério. Interessante que se pune a venda de bebidas alcoólicas e de produtos capazes de causar dependência física ou psíquica, mas não se deixa, por outro lado, de estimular sua publicidade e divulgação, até mesmo associada a determinados gêneros alimentícios³⁴¹. O assunto relacionado à publicidade será retomado em um subitem autônomo, mas, deve-se ponderar, desde logo, que a matéria bem mereceria regulação similar a que está sendo adotada para os programas televisivos, cinematográficos, bem como jogos eletrônicos e de interpretação – RPG. Em outras palavras, o sistema classificatório deveria ser adaptado também para esse ambiente.

³³⁹SANTOS, Ângela Maria Silveira dos, “Prevenção”, in “Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos, Coordenação MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, 6ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 360.

³⁴⁰Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena – Detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave”.

³⁴¹São corriqueiros os anúncios publicitários de bebidas alcoólicas não apenas na televisão, mas, também, em letreiros luminosos colocados ao lado de locais estratégicos, como pontos de ônibus, estações de metrô e grandes avenidas. Não é necessário que se tenha grande *expertise* em campanhas mercadológicas para se concluir que a constante exposição de tais produtos nesses locais incentiva o consumo e intensifica o perigo de as crianças – que mesmo acompanhadas de seus pais ou responsáveis não estão fora do alcance desse modelo de comunicação – sejam atraídas pelo desejo de provar bebidas alcoólicas. Referentemente à analogia de tais bebidas e produtos causadores de dependência física ou psíquica aos alimentos, lembre-se dos chocolates em formato de cigarros, um *hit* dos anos 60 e 70, atualmente remodelados para os que se vendem em formato de pequenas garrafas, alguns dos quais, inclusive, contém a própria bebida alcoólica em sua constituição.

Seguindo a esteira do que se falou sobre a violência, é inquestionável o fato de que a exposição regular da criança ao uso de drogas por meio de anúncios e programas audiovisuais pode estimulá-la a desejar experimentá-las.

Entre as décadas de 50 e 70, especialmente, o cigarro, tornou-se símbolo de *status* entre os brasileiros e estava presente nas telenovelas, nos seriados infantis e até mesmo nos desenhos animados³⁴², o que, por certo, impulsionou suas vendas, fazendo crescer o número de fumantes no Brasil³⁴³.

Acredita-se, realmente, que especialmente a cerveja passe a assumir a posição outrora ocupada pelo cigarro, tamanha vem a ser sua exposição na mídia atual. Ademais, especialmente a bebida alcoólica desempenha hoje um papel de inclusão entre os mais jovens que, para não se sentirem sozinhos, sem muitas experiências de vida e sem boas referências para descobrirem qual o caminho querem seguir, acabam caindo nessa “cilada”, imaginando que, bebendo com os amigos, ganhem confiança e demonstrem terem se tornado bem sucedidos, pessoal e profissionalmente.

De fato, a reprodução das ações é forma inclusiva que aproxima os jovens.

Esse é também um dos principais motivos pelo qual jovens do mundo inteiro recorrem às drogas que parecem um caminho rápido para atingir, a um só tempo, o prazer, a satisfação e a almejada aceitação e inclusão sociais.

³⁴²O Sítio do Pica Pau Amarelo, obra clássica de Monteiro Lobato, tornou-se um dos programas infantis mais conhecidos da TV brasileira dedicado às crianças. Não raras vezes, apologias a personagens da cultura folclórica popular brasileira estavam presentes na narrativa. O saci pererê é um desses personagens que sempre aparecia fumando um cachimbo. Entre os desenhos infantis, recorde-se da “Família Buscapé”, produzido por Hanna Barbera, em 1965, cujo personagem principal, “Zé Buscapé”, era um urso simpático e pouco letrado que sempre aparecia com um cachimbo na boca e uma pistola em punho. Dir-se-á que a exposição desses personagens para o público infantil reflete a liberdade de expressão artística, sobretudo do saci pererê que é conhecido personagem folclórico brasileiro, além do que a exibição de sua imagem com o cachimbo não era ofensiva e nem visava instigar ao uso do tabaco. De todo modo, muito embora, realmente, deva-se preservar pela propagação da cultura popular, não se pode negar, por outro lado, que tais demonstrações para a criança podem nela despertar o interesse pelo uso do tabaco ou, simplesmente, fazê-la enxergá-lo como sendo normal e inofensivo para o adulto.

³⁴³A Organização Mundial da Saúde (OMS) quer que todos os países-membros utilizem um sistema de certificação que classifique “para adultos” filmes e séries de televisão com cenas de fumantes. Esta é a principal recomendação apresentada no domingo 31-01-16 pela organização sobre a influência que a presença de fumantes em filmes e séries de televisão exercem sobre a decisão de alguém começar a fumar. A OMS acredita que reduzir a exposição visual à presença de fumantes pode retardar o início desse hábito, assim como as doenças a ele associadas. De acordo com os centros de Prevenção e Controle de Doenças nos Estados Unidos, 6 milhões de adolescentes começaram a fumar em 2014 depois de terem sido expostos a cenas com fumantes e, desses, 2 milhões poderão morrer de doenças relacionadas ao consumo de tabaco. Em 2014, nos Estados Unidos, 36% dos filmes classificados “para todos os públicos” tinham cenas com fumantes (Matéria veiculada pelo Clipping Eletrônico da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, dia 02-02-2016, acessado pelo site www.aasp.org.br).

Mais uma vez o público infantojuvenil corre um grave risco: bombardeado por uma infinidade de programas e propagandas que incentivam o uso de drogas fica difícil simplesmente fechar os olhos e fingir que nada disso existe³⁴⁴.

O Manual de Classificação Indicativa, como se verá, divide a matéria relativa às drogas em dois segmentos: (i) drogas lícitas e (ii) drogas ilícitas.

Na lição de Ana Paula de Araújo³⁴⁵,

Drogas são substâncias capazes de alterar o funcionamento do organismo humano. Dependendo da natureza e composição das mesmas elas podem agir em determinados locais ou no organismo como um todo. Toda droga tem seus efeitos, porém eles não se manifestam da mesma maneira em todos os organismos, especialmente porque cada droga tem sua contraindicação. Elas são capazes de produzir alterações nas sensações físicas, psíquicas e emocionais.

Sendo assim, energéticos, café, refrigerantes, chocolates, dentre muitos outros alimentos, contêm substâncias que podem ser consideradas drogas, pois alteram de alguma maneira as sensações de quem as ingere. Estas, porém, se ingeridas em quantidade moderada não representam nenhuma ameaça para o ser humano. Se, no entanto, são demasiadamente utilizadas por alguém, podem causar uma leve dependência e problemas de saúde futuros.

Elas são utilizadas para diversos fins desde a antiguidade. Podem ser utilizadas para curar doenças ou obter prazer.

Há dois grandes grupos de drogas, que não as agrupam segundo as suas características, mas segundo as convenções e exigências sociais. São eles o grupo das drogas lícitas e o grupo das drogas ilícitas.

Entre as drogas lícitas estão os medicamentos em geral (os quais só são permitidos sob prescrição médica), o álcool e o cigarro, além dos alimentos já citados. Já entre as principais drogas ilícitas estão a maconha, a cocaína, o ecstasy, o crack, a heroína, etc. Existem ainda outras substâncias que causam dependência, mas que são vendidas livremente para outros fins como a cola de sapateiro e o hypnol. Há diversas outras drogas que também são utilizadas da mesma maneira e algumas delas ainda nem são conhecidas pelo Ministério da Saúde e pelas autoridades judiciais.

Drogas lícitas são aquelas permitidas por lei, as quais são compradas praticamente de maneira livre, e seu comércio é legal. Drogas ilícitas são as cuja comercialização é proibida pela justiça, estas também são conhecidas como “drogas pesadas” e causam forte dependência.

³⁴⁴A Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (Alerj) discute lei que autoriza a venda de cervejas em estádio de futebol no Estado do Rio. O projeto dos deputados Wanderson Nogueira (PSB-RJ), Luiz Martins (PDT) e Geraldo Pudim (PMDB) dispõe sobre a venda e o consumo de bebidas alcoólicas nas arenas desportivas e estádios e também a exigência de publicar mensagens educativas sobre o consumo de álcool. A única bebida alcoólica que poderá ser vendida é a cerveja, com copos de plástico. O projeto mantém a proibição de entrada de torcedores com qualquer tipo de bebida nos estádios. Por outro lado, um outro projeto de lei também está sendo encaminhado para a Alerj pedindo a proibição da venda de bebidas alcoólicas durante os Jogos Paralímpicos e Olímpicos. O deputado Wanderson Nogueira defendeu em plenário o que chamou de “o fim da hipocrisia”. “Temos que acabar com a hipocrisia. No entorno dos estádios há venda e consumo de bebidas alcoólicas e as pessoas já podem entrar alcoolizadas. Quem perde são os clubes, que estão em crise e deixam de arrecadar. Precisamos colocar o Brasil nos padrões internacionais. Na Copa do Mundo que aconteceu em nosso país teve a venda e não aconteceu nenhum fato relevante atrelado à cerveja”, disse o parlamentar. Ele lembrou que no Brasil, torcedores de Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Bahia, Espírito Santo e Goiás já podem beber uma “gelada” durante as partidas. Matéria extraída em 18-01-16, às 15:00h do site <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/09/alerj-vota-projeto-de-lei-que-permite-venda-de-cerveja-em-estadios.html>.

³⁴⁵ARAÚJO, Ana Paula de, “Drogas Lícitas e Ilícitas” in <http://www.infoescola.com/drogas/drogas-licitas-e-ilicitas/>, site visitado em 17-01-16, às 19:42h.

(...) Com exceção das drogas que são utilizadas para fins medicinais, as demais em nada contribuem para o crescimento e desenvolvimento das pessoas como seres humanos. Além dos prejuízos no âmbito da saúde do indivíduo, que são irreparáveis e muitas vezes incontroláveis, há um prejuízo imensurável no que diz respeito à vida social, familiar, emocional e psicológica da pessoa.

Sejam lícitas ou ilícitas o fato é que as drogas causam dependência física e psíquica, devendo as crianças serem continuamente alertadas pela família, pelo Estado e pela sociedade³⁴⁶.

Por essa razão, para o assunto “drogas”, assim está estruturado o Novo Manual da Classificação Indicativa relativamente às programações inadequadas para os menores de 12 anos de idade, a saber:

DROGAS

Livre

1. São admitidos com essa classificação obras que contenham predominantemente conteúdos positivos e que não tragam elementos com inadequações passíveis de indicação para faixas etárias superiores a 10 anos. Nem sempre a ocorrência de cenas que remetem a drogas são prejudiciais ao desenvolvimento psicológico da criança, como os elencados abaixo:

CONSUMO MODERADO OU INSINUADO DE DROGAS LÍCITAS

2. Cenas irrelevantes para a trama com consumo moderado ou insinuado de drogas lícitas em situações sociais, sem apresentar efeitos relacionados ao consumo das drogas que deixem nítidos seus efeitos, como embriaguez. Inclui-se nesta tendência o consumo regular de medicamentos.

EXEMPLO: Espumante no ano novo, vinho no jantar; homem consome remédio leve para dor, com prescrição médica; composição de cena com bares, copos e taças de bebidas alcoólicas.

Não recomendado para menores de 10 anos

1. São admitidos para esta faixa etária conteúdos que apresentem:

DESCRIÇÕES VERBAIS DO CONSUMO DE DROGAS LÍCITAS

2. Diálogos, narrações ou cartelas gráficas com descrição do consumo de drogas lícitas.

EXEMPLO: “Ontem estava calor, abri uma cerveja geladinha e bebi numa golada só. Nada como tomar minha cervejinha aqui na praia.”

DISCUSSÃO SOBRE O TEMA “TRÁFICO DE DROGAS”

3. Imagens, diálogos ou contextos que apresentem o tema “tráfico de drogas”, abordando causa, consequência ou soluções pertinentes ao caso, com um discurso equilibrado sobre as questões sociais que o tema engloba.

EXEMPLO: Personagens debatem sobre as possíveis penas para traficantes de drogas.

USO MEDICINAL DE DROGAS ILÍCITAS

³⁴⁶ Não é objetivo do presente estudo, fazer a abordagem criminal do assunto relacionado às drogas. Mas, é insofismável que muitos programas na televisão brasileira, inclusive telenovelas, exploram, continuamente, o mercado ilegal de drogas no Brasil. Em janeiro deste ano, a TV Globo apresentou a minissérie “Alemão: os dois lados do complexo”, revivendo a saga da política de pacificação do “Morro do Alemão” localizado na cidade do Rio de Janeiro e que reúne uma das maiores facções criminosas do tráfico de drogas do país.

4.A tendência é aplicada quando há cenas em que personagem consome drogas consideradas ilícitas no Brasil, como maconha, para fins medicinais, quando for apresentado contexto adequado.

EXEMPLO: Personagem, que vive em país onde o consumo de maconha para fins medicinais é lícito, usa a droga para atenuar a dor do câncer.

Não recomendado para menores de 12 anos

1.São admitidos para esta faixa etária conteúdos que apresentem:

CONSUMO DE DROGAS LÍCITAS

2.Cenas em que sejam exibidos consumos de cigarros de nicotina e bebidas alcoólicas.

EXEMPLO: Personagem chega em casa, acende um cigarro e o consome sentado no sofá.

INDUÇÃO AO USO DE DROGAS LÍCITAS

3.Cenas em que personagem oferece a outro ou o estimula a consumir cigarro de nicotina, bebida alcoólica ou medicamentos de forma irregular.

EXEMPLO: Homem dá a outro remédio para controlar um mal, mulher oferece um cigarro.

CONSUMO IRREGULAR DE MEDICAMENTOS

4.Cenas em que sejam exibidos consumos de medicamentos sem prescrição médica ou com a receita, mas consumido de forma irregular (em dose excessiva, por exemplo).

EXEMPLO: Personagem consome remédios de uso controlado sem ter consultado médico; personagem dobra, por conta própria, a dose do calmante receitado pelo médico.

MENÇÃO A DROGAS ILÍCITAS

5.Menção, descrição ou apresentação de drogas ilícitas, sem que se possa inferir consumo ou tráfico.

EXEMPLO: Saco de cocaína e tijolo de maconha sobre a mesa.

V.1.5. O Dilema instalado: garantir a Liberdade de Expressão ou dar Proteção Integral à Criança?

É chegado o momento de enfrentar o embaraço que se criou no cenário jurídico nacional quando se colocaram em linhas cruzadas, de um lado, o direito à liberdade de expressão das emissoras, produtoras e divulgadores de programas audiovisuais e espetáculos públicos artísticos e culturais e, do outro, o dever de garantir proteção integral à criança reconhecida como pessoa em desenvolvimento e a quem a família, o Estado e a sociedade devem acudir com prioridade absoluta.

No centro das atenções, sua personagem principal: a classificação indicativa.

A polêmica não é recente³⁴⁷ tendo sido reeditada, porém, com ares mais requintados, aos 05 de fevereiro de 2001, quando o Partido Trabalhista Brasileiro

³⁴⁷Como já se sublinhou em as notas 9, 10, 16 e 17 supra, a classificação indicativa foi combatida, (i) pela ADI 392, interposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), e que objetivava tornar sem efeito a Portaria 773/90; (ii) pela ADI 2398 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que visionava ver declarada a inconstitucionalidade da Portaria 796/2000, quando, pela primeira vez, suscitou-se que o sistema classificatório implicaria censura prévia e restrição à liberdade de expressão

(PTB) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, para impugnar o artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao argumento de ser o preceito fustigado francamente inconstitucional por ofensa imediata ao artigo 21, inciso XVI e, ofensa mediata, aos artigos 5º, IX, 220, §§ 1º, 2º e 3º, incisos I e II, todos da Carta Constitucional, artigo aquele que transformou a classificação indicativa ou informativa em ato de permissão ou autorização, de modo a criar hipóteses de proibição para impor penalidades. A distribuição de temas em horários vinculantes com penas impostas às emissoras que desrespeitassem a determinação representaria, assim, flagrante ilícito constitucional, como se fora uma verdadeira reedição da censura prévia.

Quatro Ministros³⁴⁸ já se posicionaram a favor da declaração de inconstitucionalidade, incluindo o Relator, Ministro Dias Toffoli, que entende que a classificação indicativa é meramente informativa, pedagógica, direcionada aos pais, sendo incabível ao Poder Público conceder “licença” ou “autorização” para emissão da programação em determinados horários, sob pena de se considerar a restrição verdadeira censura.

Transcrevem-se, abaixo, excertos do voto proferido por Dias Toffoli que indicam, com clareza, seu entendimento no sentido de ser inadmissível a imposição de qualquer sanção administrativa às emissoras que desrespeitem o sistema classificatório, exibindo programas inadequados ao público infantojuvenil em desobediência aos horários sugeridos, pois qualquer punição poderia representar ofensa à liberdade de expressão.

Vejamos:

Há de se ressaltar uma diferença que a meu ver é fundamental: a submissão do programa ao órgão do Ministério da Justiça não pode consistir em condição para que possa ser exibido, **não se trata de licença ou autorização estatal para sua exibição**, o que é terminantemente vedado pela Constituição Federal. O exercício

artística, ao estabelecer horários específicos para exibição de determinados programas de televisão; (iii) pela ADI 3907, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), que almejava ver declarada a inconstitucionalidade da Portaria 264/2007, sob color de que afrontaria o inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal, bem como o artigo 220 (*caput* e § 1º, inciso I), que proíbe restrições à liberdade de expressão e (iv) pela ADI 3927, também manejada pelo Partido Popular Socialista (PPS), contra a Portaria 1.220/2007, que regulamentava as disposições da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), com argumento semelhante, ou seja, que a vinculação obrigatória da classificação indicativa às faixas horárias de exibição das obras audiovisuais representa ofensa à liberdade de expressão, revigorando a censura prévia no Brasil.

³⁴⁸São eles os Ministros Luiz Fux, Carmen Lúcia e Ayres Britto, além do próprio Ministro Relator, Dias Toffoli.

da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia. A submissão ocorre, exclusivamente, para que a União exerça sua competência administrativa prevista no inciso XVI do art. 21 da Constituição, qual seja, classificar, para efeito indicativo, as diversões públicas e os programas de rádio e televisão, o que não se confunde com autorização. Com efeito, para que a União indique as faixas etárias, os locais e os horários de exibição não recomendados, faz-se necessário que determinado programa seja submetido **à classificação, não à autorização**, do Poder Público. Isso porque, obrigatoriamente, deverá a classificação ser informada aos telespectadores pelas emissoras de rádio e de televisão. Entretanto, essa atividade não pode ser confundida com um ato de licença, **nem confere poder à União para determinar que a exibição da programação somente se dê nos horários determinados pelo Ministério da Justiça**, de forma a caracterizar uma imposição, e não uma recomendação.

Por outro lado, não há dúvida de que a expressão ora questionada, além de transformar a classificação indicativa em ato de autorização, de licença estatal – o que, conforme explicitado, se mostra inconstitucional –, converteu a classificação, qualificada constitucionalmente como **indicativa**, em classificação obrigatória, cogente

(...)

Diante disso, o dispositivo ora questionado, ao estabelecer punição às empresas de radiodifusão por exibirem programa em horário diverso do “autorizado”, incorre em **abuso constitucional**. Lembre-se: **não há horário autorizado, mas horário recomendado**.

(...)

Há, sim, censura prévia, já revelada na necessidade de submissão da programação de rádio e de televisão à autoridade administrativa, a qual, por sua vez, não apenas exercerá a classificação indicativa, no sentido de informar a faixa etária e os horários aos quais “não se recomend[a]” (conforme prevê a Constituição), mas de impor e condicionar, **prima facie**, a veiculação da programação no horário autorizado, sob pena de incorrer em ilícito administrativo. O que se faz, nesse caso, não é classificação indicativa, mas restrição prévia à liberdade de conformação das emissoras de rádio e de televisão, inclusive acompanhada de elemento repressor, de punição. O que se diz é: “a programação ‘X’ não pode ser transmitida em horário diverso do autorizado pela autoridade administrativa, sob pena de pagamento de multa e até de suspensão temporária da programação da emissora no caso de reincidência”. O que seria isso senão ato de proibição, acompanhado, ainda, da reprimenda?

Entretanto, a questão que ficou adormecida desde novembro de 2011 quando o então Presidente do STF, Ministro Joaquim Barbosa, havia pedido vista do processo, voltou à cena aos 05 de novembro de 2015.

Nessa ocasião, o Ministro Edson Facchin, divergindo da posição externada por seus pares, defendeu a manutenção da sanção administrativa às emissoras que veicularem conteúdo em horário diferente do recomendado, desrespeitando a classificação indicativa, julgando procedente a ação direta, dando interpretação conforme, sem redução de texto³⁴⁹, à expressão “em horário diverso do autorizado”,

³⁴⁹Jorge Miranda afirma que “A interpretação conforme a Constituição não consiste tanto em escolher entre os vários sentidos possíveis e normas de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição, quanto em discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, conquanto não aparente ou decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da forma conformadora da Lei Fundamental(...)” (MIRANDA, Jorge,

contida no art. 254 da Lei nº 8.069/1990, de modo a reconhecer a nulidade de qualquer sentido ou interpretação que condicione a veiculação de espetáculos públicos, por radiodifusão, ao juízo censório da administração, admitindo apenas, como juiz indicativo, a classificação de programas para sua exibição nos horários recomendados ao público infantil.

De acordo com o Ministro Facchin, a interpretação do artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente não implica na proibição da veiculação de qualquer conteúdo pelo Estado o que, certamente, caracterizaria a prática de censura. O dispositivo tem outro destino, porém: indicar uma faixa horária recomendada para proteger crianças e adolescentes de impactos no desenvolvimento psicossocial. Nas palavras do Ministro, “liberdade de expressão e proteção das crianças não são incompatíveis”. Para ele, “esta restrição pontual à liberdade de expressão pode existir em função do que estabelece o artigo 227 da Constituição Federal”, que garante prioridade absoluta para as crianças e afirma o papel do Estado e da sociedade para protegê-las de todas as formas de violência.

Nesse sentido, aliás, esclarecem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior³⁵⁰ que “as normas constitucionais não permitem interpretação isolada, fora das relações de coordenação com as demais normas do Texto Maior. O exegeta deve analisar a norma constitucional sabendo-a parte de um todo, sem conhecimento do qual não é possível indicar o sentido e delimitar o alcance daquela”.

Daí porque o fato de haver Facchin dado interpretação conforme, sem redução de texto, à expressão "em horário diverso do autorizado", inserta no artigo 254 do ECA, despotencializa o conflito entre dois importantes princípios constitucionais (ou entre um princípio e um sobreprincípio, como se toma a proteção integral nesta tese): o da

“Manual de Direito Constitucional”, 2ª edição, Coimbra:Editora Coimbra, 1983, p. 233). Alexandre de Moraes, por seu turno, ensina ser possível classificar a interpretação conforme em 03 (três) espécies, senão vejamos: a) interpretação conforme com redução de texto. Nesta espécie se declara a inconstitucionalidade de determinada expressão, possibilitando a partir dessa exclusão do texto, uma interpretação compatível com a Constituição. Ex. ADIN 1.127-8 (O STF excluiu a expressão desacato do art. 7º, § 2º. do Estatuto da OAB concedendo à imunidade material aos advogados, compatibilizando o dispositivo com o artigo 133 da CF/88); b) interpretação conforme sem redução de texto. Nesta espécie o Supremo não suprime do texto nenhuma expressão, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade. São exemplos: ADIN 1371; ADI 1521-MC; AGA nº 311369/SP; c) interpretação conforme sem redução de texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade. Ex. ADI 1719-9 (Rel. Min. Moreira Alves) (MORAES, Alexandre, “Direito Constitucional”, 24ª edição, São Paulo:Editora Atlas, 2009, pp. 17-20.

³⁵⁰ARAÚJO, Luiz Alberto David e SERRANO JÚNIOR, Vidal, “Curso de Direito Constitucional”, 3ª edição, São Paulo:Editora Saraiva, 1999, pp. 54-55.

incensurabilidade e o da proteção integral da criança e do adolescente, ao excluir da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade.

Num voto muito denso e aprofundado, Fachin buscou ainda referências internacionais em documentos como o “Guidelines for Broadcasting Regulation” (Orientações para a Regulação da Radiodifusão), editado pela ONU, e no trabalho de órgãos reguladores como a “Federal Communications Commission (FCC)”, dos Estados Unidos, e o Ofcom, do Reino Unido. Elencou, ademais, os inúmeros países que contam com mecanismo semelhante à classificação indicativa entre as regras que devem ser respeitadas pelos veículos, tais como, França, Irlanda, México, Alemanha, Espanha, Canadá, Filipinas, entre tantos outros.

Deixou muito claro, assim, que a política brasileira de classificação indicativa acompanha não só o direito internacional como os padrões internacionais de liberdade de expressão, e finalizou, “ou alguém acha que todos esses países censuram os meios de comunicação?”³⁵¹

Só por aí se vê que o assunto não é pacífico e que ainda enfrentará um longo caminho até que se conclua pela procedência ou não do pedido de declaração de inconstitucionalidade do aludido preceito, tanto mais quanto o julgamento foi novamente paralisado, desta feita por ter o Ministro Teori Zavascki pedido vista dos autos, não havendo, no momento, data fixada para a retomada do julgamento.

Apesar de a posição do Ministro Edson Fachin revelar-se ligeiramente mais próxima à defesa de uma programação de qualidade em prol da criança e demonstrar ao menos um sinal de que a classificação indicativa seja, finalmente, compreendida e respeitada, sem que se lance sobre ela uma mácula que ela, de fato, não possui, acredita-se ser ainda precoce qualquer manifestação que sugira seja ela mantida nos moldes estabelecidos pelo artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente que garante aplicação de sanção administrativa aos veículos transgressores do sistema classificatório.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal em torno do assunto recebeu severas críticas de órgãos de proteção à criança e à adolescência, havendo, inclusive, o relator especial da ONU (Organizações das Nações Unidas) para liberdade de

³⁵¹O conteúdo do voto do Ministro Edson Fachin foi obtido pelo site <http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/ministro-do-stf-afirma-que-classificacao-indicativa-nao-e-censura-4335.html> visitado em 18-01-16, às 18:35h.

expressão, Frank William de La Rue, revelado ter ficado escandalizado com a atitude da Corte brasileira de “derrubar a vinculação horária da classificação indicativa”. A vinculação horária, afirmou ele, “não é uma violação à liberdade de expressão. A liberdade tem limites”³⁵².

Por esta razão, e para reforçar parte da orientação que principiou a despontar no Supremo Tribunal Federal a partir do voto de Facchin, levantar-se-á a bandeira em defesa do sistema classificatório que longe está de assemelhar-se à censura prévia, como se verá. Para tanto, frise-se, não se enfrentará o dilema aparente entre liberdade de expressão e proteção integral da criança e do adolescente. Na realidade, equilibrar-se-á o pêndulo entre eles, o que só é possível a partir da existência, eficiência e aplicabilidade do próprio modelo da classificação indicativa.

Não pode haver livre iniciativa sem responsabilidade social nem lucro empresarial à custa do capitalismo selvagem.

V.1.5.1 Classificação indicativa: forma de censura?

A classificação indicativa não deve ser entendida como forma de censura ou como limitadora das visões mais avançadas acerca do conceito de liberdade de expressão.

³⁵²Em visita ao Brasil, entre 11 e 15 de dezembro de 2012, a convite da sociedade civil, o Relator Especial da ONU sobre Liberdade de Expressão e Opinião, Frank William de La Rue, afirmou que o direito à liberdade de expressão é um direito humano, “e não um direito absoluto”, alertando para os limites e exceções que envolvem esta categoria de liberdade humana. La Rue lembrou, como exemplo, que os direitos das crianças devem ser preservados, se sobrepondo – se necessário – à liberdade de imprensa, por exemplo. No Brasil, a convite do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (FNDC) e da coordenação da campanha “Para expressar a liberdade”, o Relator Especial comentou sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) propondo o fim da punição às emissoras de televisão que não cumpram a classificação indicativa. Ele se declarou “assustado” e “escandalizado” com a ação. “Não é possível que um Tribunal constitucional encontre uma contradição entre proteger as crianças e proteger a liberdade de expressão. É uma falsa contradição. A liberdade de expressão, segundo o artigo 19 [do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em vigor no Brasil], tem limitações. É preciso defini-las para que não haja abusos, mas são limitações”, afirmou. “Uma sociedade que não pode proteger suas crianças terá crises no futuro, e não pode proteger fundamentalmente os direitos humanos”. La Rue explicou que estas limitações possuem três princípios, que devem ser sempre considerados: uma lei prévia; a necessidade de defender um direito humano; e que as medidas tomadas sejam proporcionais à proteção desse direito (*in* <https://nacoesunidas.org/no-brasil-relator-da-onu-fala-sobre-liberdade-de-imprensa-e-o-papel-do-jornalismo-critica-acao-no-stf-e-elogia-ley-de-medios/> Site visitado em 24-01-16, às 10:48h).

Diferentemente da “censura”³⁵³, a classificação é um processo democrático, dividido entre o Estado, as empresas de entretenimento e a sociedade, com o objetivo de informar às famílias brasileiras a faixa etária para qual não se recomendam as diversões públicas. Assim, a família tem garantido o direito à escolha e, as crianças e adolescentes, o seu desenvolvimento psicossocial preservado.

De fato, o Ministério da Justiça não proíbe a transmissão de programas, a apresentação de espetáculos ou a exibição de filmes. Cabe ao Ministério informar sobre as faixas etárias e horários para os quais os programas não se recomendam. É o que estabelece a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Portaria nº 368/2014, do Ministério da Justiça.

Falar em censura, realmente, nos remete aos tristes episódios vivenciados por boa parte dos países latino-americanos, especialmente o Brasil, durante o período da Ditadura Militar, em que a liberdade de expressão era vigiada, controlada e absolutamente restrita, presa a ideologias políticas, religiosas e culturais que atravancaram e ofenderam, explicitamente, o direito à liberdade de manifestação.

Por essa razão, é evidente que a classificação indicativa não se confunde com a censura, esta última, medida absolutamente desvirtuada do Estado Democrático de Direito em que se vive a partir da entrada em vigor da Constituição cidadã (artigo 21,

³⁵³Esclarece De Plácido e Silva que: “Possui o vocábulo *censura*, na técnica jurídica, três significados distintos: *Censura*. Exprime a função do *ensor* ou daquele que promove o *censo*, designando, de igual modo, o cargo da autoridade que dirige ou que recebe o censo. *Censura*. É pena *disciplinar*, compreendida na *repreensão oficial* passada por uma autoridade, hierarquicamente superior, ao funcionário de categoria inferior e sob suas ordens, em virtude de falta ou omissão cometida no exercício de seu cargo ou de suas funções. Segundo as circunstâncias e regras exaradas no regulamento próprio, pode ser *pública* ou *particular*. Pública, quando passada por escrito, em aviso ou portaria, de que se dá publicidade, mesmo dentro da repartição ou do estabelecimento; *particular*, quando verbal ou escrita, mas somente dirigida ao *cenurado* ou repreendido. No mesmo sentido de *pena*, também é aplicada pelo Direito Canônico. E, assim, diz-se *censura eclesiástica à pena espiritual* imposta ao fiel, que transgrediu preceito da religião. E ela pode consistir no *interdito* ou na *suspensão*. *Censura*. É medida preventiva imposta pelas autoridades administrativas ou mesmo policiais, a respeito de livros, teatros, jornais ou quaisquer outras publicações que tenham circulação entre o público. E, assim, diz-se *censura do livro*, *censura da imprensa*, *censura do teatro*, ou *do cinema*. Quando a censura é ordenada, por imposição do momento ou por medida policial de ordem pública, livro, jornal ou qualquer outra publicação não circulará sem o *visto* ou autorização do censor; de igual maneira, não funcionará o teatro, nem se exibirá a película, se não contiver o programa a necessária autorização do censor (DE PLÁCIO E SILVA, “Vocabulário Jurídico”. Rio de Janeiro:Editora Forense, 4ª edição, 1975, p. 324). José Cretella Júnior assim se manifestou sobre a “censura”: “(...) o exame a que determinadas autoridades governamentais, moralistas ou eclesiásticas, submetem os meios de comunicação (livros, jornais, discursos, sermões, filmes, teatro, televisão, rádio), conforme padrões discricionários fixados pelo censo ou poder dominante dentro de determinados limites estabelecidos em lei, podendo ser prévia ou a priori e posterior” (CRETELLA JÚNIOR, José, “Comentários à Constituição de 1988”. Rio de Janeiro:Editora Forense, v. 1, 1992, p. 256).

XVI, da CF/88). A classificação indicativa é um processo democrático, resguardado o direito à escolha.

Ao manifestar-se sobre a liberdade de expressão intelectual, artística e científica e direitos conexos, José Afonso da Silva³⁵⁴ esclarece tratar-se de direito assegurado no artigo 5º, IX, da Constituição, mas não deixa de sinalizar que as diversões e espetáculos públicos e os programas de rádio e televisão deverão se sujeitar aos princípios constantes do artigo 221 da Lei Maior que, justamente, objetivou estabelecer regras de defesa da pessoa e da família de programas e programações que contrariem a finalidade educativa, artística, cultural e informativa ou lhe afrontem os valores éticos e sociais.

Assim se externa Afonso da Silva,

As manifestações intelectuais, artísticas e científicas são formas de difusão e manifestação do pensamento, tomado esse termo em sentido abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos intelectuais, conceptuais e intuitivos. A atividade intelectual é genérica. Não diremos que abrange também o conhecimento artístico, porque este é intuitivo. A arte ingênua, primitiva, certamente não é uma atividade intelectual. Mas por certo a atividade científica o seja. A atividade intelectual é especialmente vinculada ao conhecimento conceptual que abrange a produção científica e filosófica. Esta, como todas as manifestações artísticas, estão protegidas pela liberdade de que estamos nos ocupando. Todos podem produzir obras intelectuais, científicas ou filosóficas, e divulgá-las sem censura e sem licença de quem quer que seja.

Determinadas expressões artísticas gozam de ampla liberdade, como as das artes plásticas e a música³⁵⁵, a literatura (poesia, conto, romance). Certas manifestações artísticas, contudo, ficam sujeitas a uma regulamentação especial, consoante prevê o artigo. 220, § 3º.

(...)

A lei poderá estabelecer regras de defesa da pessoa e da família de programas e programações que contrariem esses princípios. Não cabe censura, mas classificação, para efeitos indicativos (art. 21, XVI).

³⁵⁴SILVA, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, 1990, pp. 224-5.

³⁵⁵Por certo o citado constitucionalista quis se referir à melodia, o ritmo, não à letra da canção. No início da década passada, a Comissão da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo (entre os anos de 2001-2003), foi instada a se manifestar sobre letra de música que instigava e banalizava certos atos de violência contra a mulher. A letra da música fazia alusão a que agressões físicas contra a mulher não mereciam maiores preocupações, pois, afinal, não a machucavam (a letra tinha como estrofe “*um tapinha não dói*”). Em época na qual se iniciavam as discussões sobre a “Lei Maria da Penha” e levando em conta a disseminação e instalação das DDMS (Delegacias de Defesa contra a Mulher), em São Paulo, tal letra estimulava, ainda que subliminarmente, a agressão contra a mulher o que não podia deixar de ser repudiado.

Luis Roberto Barroso³⁵⁶, por seu turno, também reconhece que a liberdade de expressão é incensurável, mas, por outro lado, afirma que não pode ser absoluta, caso contrário, seria exercida sem nenhuma responsabilidade. É sua opinião,

É evidente que tanto a liberdade de informação, como a de expressão, e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição. É possível lembrar os próprios direitos da personalidade já referidos, como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (arts. 5º, X e 220, § 1º), a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º XIII), a proteção da infância e da adolescência (art. 21, XVI); no caso específico de rádio, televisão e outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação.

Partindo desse pressuposto, portanto, o sistema de classificação indicativa não traz de volta a censura às diversões e espetáculos públicos, tampouco a produção e a programação das emissoras de televisão. Ao contrário, o modelo relativiza a liberdade de expressão dos meios de comunicação, justamente porque enquanto atividades empresariais, beneficiadas com a garantia do “livre exercício de qualquer atividade econômica (CF, parágrafo único do artigo 170), e conseqüente apropriação do lucro, mas, na medida em que se inserem no segmento da comunicação social, ficam tais atividades sujeitas aos parâmetros e restrições que a mesma Constituição impõe, seja quando comete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens” (artigo 21, XII, alínea “a”), seja quando atribui a lei federal “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 a sua apresentação se mostre inadequada”, e, igualmente, “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão” (§ 3º, incisos I e II, do artigo 220, respectivamente).

A respeito da relatividade do direito à liberdade de expressão, também escreve Daniel Sarmento³⁵⁷ fazendo menção ao direito norte-americano:

³⁵⁶BARROSO, Luís Roberto, “Liberdade de Expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação”, in “Leituras Complementares de Direito Civil”. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 120.

³⁵⁷SARMENTO, Daniel, “A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech”, in “Leituras Complementares de Direito Civil”. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 42.

É relevante, de início, apontar para a forma aparentemente absoluta como está redigida a garantia da liberdade de expressão na 1ª Emenda: ‘O Congresso não pode editar nenhuma lei... limitando (abridging) a liberdade de expressão ou de imprensa’. Contudo, apesar dos termos peremptórios do texto constitucional, poucos na história norte-americana defenderam o caráter absoluto da 1ª Emenda. Nunca se questionou, por exemplo, que a liberdade de expressão não protege aqueles que gritam falsamente ‘fogo’ num cinema lotado, como registrou Oliver Wendell Holmes. Pelo contrário, desde sempre se aceitou a necessidade de estabelecer algumas limitações excepcionais ao exercício deste direito sem as quais a vida social tornar-se-ia inviável.

Pode-se inferir, portanto, que a própria incensurabilidade dos meios de comunicação, prevista no artigo 220, § 2º da Constituição Federal, deve ganhar uma nova leitura para admitir mitigações e limitações em prestígio a outros direitos que igualmente gravitam na esfera jurídica. Essa, aliás, é a opinião de Edilsom Farias³⁵⁸,

Segundo se nota, o princípio da incensurabilidade encontra-se conectado à perspectiva alardeada nos séculos XVIII e XIX, que essencialmente contemplava a liberdade de expressão e comunicação como uma liberdade negativa, ou seja, um direito fundamental de defesa dirigido contra o Estado, exigindo unicamente a abstenção deste para a ocorrência da ampla difusão de ideias e notícias. É evidente que tal perspectiva não perdeu o seu vigor e continua atual. Hoje, porém, adscrive-se à visão liberal clássica, o aspecto que compreende a liberdade de expressão e comunicação como uma liberdade positiva, ou seja, um direito fundamental à prestação que exige também uma prestação positiva do Estado, quando indispensável para promover a livre comunicação. Pode-se, portanto, dizer que o princípio da incensurabilidade não obsta a atuação do Poder Público para concretizar a liberdade de expressão e comunicação na vida social. Ademais, não há contradição entre o princípio em questão e a restrição do âmbito de proteção da liberdade de expressão e comunicação, quando necessário para resguardar os cidadãos ou a coletividade de eventuais abusos cometidos por essa liberdade. A proibição de censura não se confunde com imunidade absoluta da liberdade de expressão e comunicação.

É de se admitir, assim, pois, que o sistema de classificação indicativa – levemente equiparado à censura prévia – é justamente o fio da balança que se coloca entre a liberdade de expressão e a proteção integral da criança. Se a liberdade é ilimitada e absoluta, a proteção desaparece; por outro lado, se a proteção é irrestrita e proibitiva, não há liberdade.

Mais um motivo, portanto, para que o modelo se perpetue, especialmente quando o assunto toca à coletividade infantojuvenil a quem se deve acorrer com prioridade absoluta.

³⁵⁸FARIAS, Edilsom Pereira de, “Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 139.

Nessa ordem de considerações, aplaude-se a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso³⁵⁹ quando afirma que

o controle de um padrão mínimo de qualidade na programação televisiva constitui-se num *poder-dever* imposto assim à família, como à sociedade e ao Estado, e bem se compreende tenha a Constituição deixado em mãos da União a competência para “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão (art. 21, XVI).

Realmente, a televisão, enquanto instituição emissora/produtora de conteúdos audiovisuais, não só pode como deve ser democraticamente regulada pelos Estados nacionais, inclusive o brasileiro, tanto mais quanto se reconhece desempenhar funções pública e social de magnitude ímpar.

Não há qualquer óbice, portanto, dentro do contexto de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, para a limitação do direito à liberdade de expressão em prestígio à educação, à cultura, à família e à dignidade da pessoa. De fato, dentro da teoria da colisão de direitos, e do princípio da cedência recíproca³⁶⁰, nada impede que o absolutismo da garantia à liberdade de expressão ceda o passo à razoabilidade, e que a limitação da liberdade seja um instrumento para a afirmação da democracia e do pluralismo³⁶¹.

Sendo assim, oportunas as palavras de Mancuso³⁶² quando sustenta que,

(...) não colhe a afirmação de que um ‘controle básico de qualidade’ se aproximaria de alguma forma de censura prévia, mais parecendo que por aí se quer agitar um argumento *ad terrorem*, voltado a bloquear, na fonte, uma discussão mais profícua do tema em questão (...).

(...) a nosso ver não se trata do fenômeno conhecido por *colisão entre preceitos constitucionais*, visto não ser razoável pretender-se que os valores *liberdade de expressão e vedação de censura prévia* viessem preservados às custas do

³⁵⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo, “Controle Jurisdicional do Conteúdo da Programação Televisiva”, in RT 793/89, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, novembro/2001, p. 93.

³⁶⁰Sendo a Constituição um sistema, não apresenta ela disposições aleatórias e desconexas, de modo que no momento em que é desencadeada uma aparente colisão entre interesses opostos, o próprio sistema proporciona meios para resolvê-los. Nessas hipóteses, deve-se recorrer a um dos principais instrumentos de solução desses conflitos: a adoção do princípio da razoabilidade por meio do qual se alcança o equilíbrio sem que nenhuma das normas constitucionais igualmente valiosas sejam desrespeitadas. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “as idéias de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*balancing*) surgem em todo o lado onde haja necessidade de ‘encontrar o Direito’ para resolver ‘casos de tensão’ (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª edição. Lisboa: Editora Almedina, 2003, p. 1109).

³⁶¹É como se posicionava Luiz Fernando Roberto ao comentar a revogada Portaria 264/2007 in <https://jus.com.br/artigos/9908/portaria-n-264-07> Portaria nº 264/07, site visitado em 19-01-16, às 16:29h.

³⁶²MANCUSO, Rodolfo de Camargo, “Controle Jurisdicional do Conteúdo da Programação Televisiva”, in RT 793/89, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, novembro/2001, pp. 92-93.

aniquilamento de outros preceitos constitucionais reguladores de uma atividade que é estritamente regulada, como se passa com a radiodifusão de sons e imagens.

Sem esses cuidados, o intérprete pode *tomar a nuvem por Juno*, extraindo dos textos de regência o que neles não se contém, porque é evidente que não esteve na intenção do constituinte franquear uma *laissez-faire*, justamente na programação televisiva, atividade para a qual a própria Constituição fixou parâmetros cogentes. Seria no mínimo estranhável, escreve José Carlos Barbosa Moreira, “que se houvesse de deixar a determinação ao arbítrio das emissoras, isto é, dos próprios infratores potenciais ou atuais”.

Igualmente são inaceitáveis certos sofismas ou singelas *reduções de complexidade*, como ocorre quando se pretende contra-argumentar que a questão ora examinada constituiria um *falso problema*, já que, por exemplo, bastaria “desligar o aparelho de televisão”; ou que “o melhor controle ainda é o remoto”; ou mesmo, “quem não está satisfeito com a TV aberta deve pagar uma por assinatura”; ou, pior, a surreda fórmula “gosto não se discute” (gosto se discute, sim; alguns até se lamentam!) e outros *clichês* que nada de útil ou inteligente aportam à discussão.

É preciso ter presente que as garantias constitucionais que envolvem a livre expansão das produções da mente e do espírito, como o pensamento, a expressão, a criação, a informação (art. 220, *caput*), e bem assim a vedação de “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (§ 2º deste artigo), são parâmetros que não podem ser tomados *à outrance*, em modo absoluto (aliás, não há direitos absolutos), senão que sujeitam-se a restrições previstas na própria Constituição Federal, ela mesma fornecendo o contraponto daquelas liberdades.

Diante do exposto, chega-se a conclusão de que o argumento recrudesciente em prol do princípio da liberdade de expressão colocando em desalinho o sobreprincípio da proteção integral da criança tem endereço certo: satisfazer as necessidades comerciais das poderosas emissoras, divulgadoras e produtores de conteúdos audiovisuais, que ficariam impossibilitadas de transmitir obras que possivelmente teriam mais rentabilidade em razão do horário, numa nítida inversão de valores.

O que está em jogo, porém, não é uma questão meramente mercadológica, mas sim uma questão vital. A situação de risco para a criança é imediata e deve ser enfrentada, prioritariamente, de forma preventiva. Teme-se, realmente, que sua exposição a imagens, sons e estímulos desprovidos de qualidade ao menos moderada seja capaz de causar-lhe prejuízos físicos, psíquicos e emocionais concretos e muitas vezes insanáveis.

É inegável existir uma enorme diferença entre simplesmente repudiar a possibilidade de o Estado realizar o controle da programação de forma prévia e compreensiva e entender que a lei pode (e realmente deve) comprimir a liberdade de alocação temporal de programas potencialmente prejudiciais ao desenvolvimento das crianças, com o objetivo de promover o princípio de proteção à infância.

Acredita-se que o artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente esteja em absoluta sintonia com os artigos 74 e seguintes do mesmo diploma, bem como com a Lei nº 10.359/01 e com o Decreto nº 6.061/07, além das Portarias nºs 368, e 11 de fevereiro de 2014, do Ministério de Estado da Justiça e 26, de 12 de fevereiro de 2014, esta da Secretaria Nacional de Justiça. Isso sem falar, ainda, na Resolução nº 113, de 19 de abril de 2006, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA.

Ditas normas, em linha de princípio, destinam-se a proteger, em caráter extraordinário, por sua especificidade, manifestações que possam atingir uma multiplicidade de pessoas, em diversas faixas de idade e de acultramento.

Assim, reitere-se, por importante: não há falar em censura em face da legítima regulação ou disciplina do modelo classificatório.

A censura, vedada no Brasil, afirma Luís Roberto Barroso³⁶³ “é a submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação do pensamento, como condição prévia de sua veiculação”, mediante ato discricionário da Administração Pública, sem respaldo constitucional, e de acordo com critérios de ordem política ou moral. E prossegue, “com ela não se confunde a existência de mecanismos de controle, que é a verificação do cumprimento das normas gerais e abstratas preexistentes, constantes da Constituição e dos atos normativos legitimamente editados, e eventual imposição de consequências jurídicas pelo seu descumprimento”.

Em 2011, Antonio Jorge Pereira Júnior³⁶⁴ – antes, portanto, da vigência das Portarias Ministeriais atuais – já chamava a atenção para a necessidade de que se criasse um sistema de regulação externo ao lado da autorregulação que, segundo ele, era ineficaz. Tal necessidade fundava-se no absoluto desinteresse dos setores empresariais que exploram o mercado televisivo em matéria de proteção da saúde mental e moral da pessoa (sobretudo da criança) que está diante das telas. Não se podia esperar que apenas a autorregulação – existente nominalmente no Brasil desde os anos 1960 – desse conta de regular o serviço de acordo com os interesses dos cidadãos, em detrimento do seu próprio.

³⁶³BARROSO, Luís Roberto, “Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988”, *in* RT 799/129, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, agosto/2001, p. 132.

³⁶⁴PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, “Direitos da criança e do adolescente em face da TV”. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, pp. 249-250.

Ao examinar as Portarias Ministeriais atuais, contudo, verifica-se que o idealizado sistema de regulação externo foi implementado no Brasil num sinal de maturidade política, havendo instituído mecanismos de coordenação e cooperação para a promoção de um objetivo comum: garantir a eficiência do modelo de classificação indicativa.

Mais uma razão, portanto, para negar veementemente seja a classificação indicativa uma forma de censura prévia. Ela jamais poderá ser considerada o algoz da liberdade de expressão, como alguns setores da sociedade civil a estigmatizam, sendo, por outro lado, imperioso que o Poder Judiciário reconheça que o sistema classificatório está em conformidade com o mandamento constitucional de proteção e cuidado da criança, convocando a família, o Estado e a própria sociedade, mui especialmente, as emissoras, produtores e distribuidoras (fornecedores) de entretenimento a respeitá-lo.

V.1.6. Limites impostos à classificação indicativa

V.1.6.1. Serviços condicionados por acesso e TV Interativa

Por meio da Portaria nº 368/2014, do Ministério da Justiça, são classificadas as obras audiovisuais³⁶⁵ destinadas à TV e aos mercados de cinema e DVD, jogos eletrônicos, aplicativos e jogos de interpretação de personagens.

O sistema é aplicável, contudo, a qualquer tipo de obra audiovisual destinada à distribuição e exibição em televisão ou similar, seja qual for o formato final de difusão ou distribuição, o que significa afirmar que também se submetem à obediência da classificação indicativa os programas veiculados por canais fechados ou de serviço condicionado por acesso (SeAC)³⁶⁶, incluindo PPV (*Pay Per View*), VOD (*Vídeo on*

³⁶⁵As obras audiovisuais são definidas legalmente como “as que resultam da fixação de imagens com ou sem som, que tenham a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação”, conforme o artigo 5º, VIII, *i*, da Lei nº 9.610/98.

³⁶⁶Entende-se por serviço audiovisual de acesso condicionado (SeAC), o de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer (artigo 2º, XVI da Portaria nº 368/2014).

Demand)³⁶⁷ e outros canais de distribuição, sendo dispensados, porém, de vinculação horária desde que (i) disponibilizem sistema de bloqueio de canais ou de programas; (ii) divulguem objetiva e amplamente a forma de utilização dos sistemas de controle e de bloqueio e (iii) possibilitem ao usuário acessar a qualquer tempo, durante a exibição de um programa, a informação completa de sua classificação indicativa (artigo 27, incisos I a III da Portaria Ministerial nº 368/2014)³⁶⁸.

A Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado, prevê em seu artigo 11, parágrafos 1º, 2º e 3º que nenhum conteúdo veiculado por meio do serviço de acesso condicionado será exibido sem aviso, antes de sua apresentação, de classificação, informando a natureza do conteúdo e as faixas etárias a que não se recomende, devendo o Ministério da Justiça fiscalizar o cumprimento dessa exigência de tudo oficiando à ANCINE – Agência Nacional do Cinema e à ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações que poderão, comprovado o descumprimento, ordenar a cessação da distribuição desses canais após o recebimento da comunicação. Incumbem-se as distribuidoras, outrossim, de ofertar ao assinante dispositivo eletrônico que permita o bloqueio da recepção dos conteúdos transmitidos.

Para logo se vê, portanto, que a informação sobre a classificação indicativa é igualmente obrigatória a esses veículos de comunicação, os quais, por outro lado, liberam-se do dever de obedecer aos horários restritivos por faixa etária. Sem ter a obrigação de atender à restrição horária, isto significa que um programa inadequado para menores de 12 anos pode ir ao ar em qualquer horário do dia.

O impasse se resolve socorrendo-se, novamente, ao bom senso externado, precipuamente, por meio do diálogo familiar. Cabe, em primeiro lugar, às famílias o dever de orientar as crianças sobre o acesso aos conteúdos audiovisuais permitidos e proibidos. Permanecendo tais crianças na companhia de adultos que não os pais ou responsáveis – uma babá, por exemplo – de se imaginar que a responsabilidade é do adulto que assume o dever de custodiar a criança e que se vê na contingência de protegê-la de conteúdos inapropriados, ousando-se sugerir, em casos como este, no

³⁶⁷ *On demand*: sistema de entrega gratuita ou onerosa de conteúdo audiovisual mediante solicitação do usuário, expressa virtualmente através da internet.

³⁶⁸ Informação obtida no “Guia Prático de Classificação Indicativa”, <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuação-e-conteudos-de-apoi/publicações/comunicação/guia-pratico-da-classificacao-indicativa>.

mínimo, a justa dispensa do eventual empregado no caso de haver exposto, indevidamente, a criança a conteúdos sabidamente impróprios.

Assim, se as produtoras, distribuidoras e empacotadoras exibirem, nos moldes contratados pelo assinante e em estrita obediência à lei, a classificação indicativa, divulgarem a forma de utilização dos sistemas de controle e bloqueio e possibilitarem ao usuário acessar a qualquer tempo, durante a exibição de um programa, a informação completa de sua classificação indicativa estariam isentas de responsabilidade que, *in specie*, é de típica natureza contratual.

Nesse sentido, aliás (ou seja, em respeito ao contrato firmado entre o assinante e o distribuidor do serviço condicionado por acesso), já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina,

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. LIBERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO OU PEDIDO DO ASSINANTE DO SINAL DE CANAL PORNOGRÁFICO EM SISTEMA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. ACESSO À PROGRAMAÇÃO INADEQUADA POR ADOLESCENTE DE 12 (DOZE) ANOS. DEVER INDENIZATÓRIO À FAMÍLIA RECONHECIDO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA INSURGÊNCIA DA REQUERIDA. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO A DESTEMPO. NÃO CONHECIMENTO. RECLAMO AUTORAL. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA QUE FIXOU A INDENIZAÇÃO EM R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ADEQUAÇÃO DO MONTANTE AOS PRECEDENTES DESTA CÂMARA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, 1ª Câmara de Direito Civil, Apelação Cível 2006.022305-3, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 01-12-2010).

Acredita-se, porém, que a obrigatoriedade de fabricação e comercialização de aparelhos de televisão contendo dispositivo de acesso ao bloqueio de conteúdo conjugadas por uma massiva campanha ética e pedagógica poderia minimizar os riscos da inobservância da restrição etária em horários distantes da faixa de proteção infantil o que resvala, novamente, na educação com responsabilidade.

A Lei nº 10.359, de 27 de dezembro de 2001, que determinou que novos aparelhos de televisão produzidos em território nacional contivessem dispositivo que possibilitasse o bloqueio temporário da recepção de programação inadequada (o v-

*chip*³⁶⁹), infelizmente não pegou e, apesar de alguns manuais de instrução de televisores conterem especificações técnicas para o acionamento do mesmo, ainda são raros os consumidores que têm a consciência da necessidade de utilização deste instrumento.

Tem-se a certeza de que a informação obrigatória e reiterada sobre a disponibilidade e importância do bloqueio de conteúdos inadequados chegaria em boa hora para auxiliar e alertar as famílias consumidoras sobre os benefícios de seu uso consciente.

É sugestão de Roberta Densa³⁷⁰, e com ela concorda-se nesta oportunidade, que os manuais de instrução dos televisores viessem acompanhados de um resumo do “Guia Prático da Classificação Indicativa”, com as respectivas faixas etárias e uma breve explicação sobre a necessidade de cuidado das crianças e adolescentes em relação à exposição aos conteúdos inadequados.

Nesse sentido, aliás, talvez fosse o caso de proceder nos moldes da Lei nº 12.291, de 20 de julho de 2010, que tornou obrigatória a manutenção de um exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, pena de multa. Talvez, o valor da multa, para o presente caso, não devesse se espelhar nos parâmetros adotados pela citada lei, devendo ser, simplesmente módica. O importante seria, realmente, alertar e incentivar o consumidor adulto para o uso diligente do mecanismo de bloqueio de conteúdo inadequado principalmente nos casos em que o aparelho tem a criança como destinatário certo.

Mas, ao lado dos já tradicionais serviços de acesso condicionado, Patrícia Peck Pinheiro³⁷¹ chama a atenção, mais recentemente, para a Televisão Interativa, ou “ITV”³⁷², que, segundo ela, traz uma tecnologia revolucionária, em que o telespectador

³⁶⁹“O *v-chip* é um dispositivo eletrônico (chip) associado aos aparelhos de TV analógicos que, por meio da recepção de sinais codificados informa, mediante índices, segundo informações emitidas pelas empresas de radiodifusão, a quantidade de violência, sexo e conteúdo soez no programa transmitido” (PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, “Direitos da criança e do adolescente em face da TV”. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 225).

³⁷⁰DENSA, Roberta, “Proteção jurídica da criança e do adolescente consumidores de entretenimento: fundamento liberal”, tese de doutorado em direito defendida na PUC/SP, sob orientação de Regina Vera Villas Bôas, 2015, p. 197.

³⁷¹PINHEIRO, Patrícia Peck, “Direito Digital”, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 291.

³⁷²A televisão digital interativa, diferentemente da tradicional televisão analógica, herda o conceito de comunicação bidirecional, criando a possibilidade de uma interação do usuário com a informação que está sendo exibida, permitindo-o ter melhor escolha e controle da experiência de assistir televisão. Por isso, a televisão digital interativa é considerada uma revolução. Entenda-se que essa não é apenas uma revolução tecnológica, mas também uma revolução social, à medida que o usuário pode disseminar sua opinião e modificar as informações transmitidas. No sistema de televisão digital interativa, é necessário o armazenamento local das informações. Independentemente da existência ou não do canal de

pode realmente interagir com sua televisão, tendo direito a uma programação personalizada, com aquilo que ele quer assistir, quando quer e como quer.

Nesse cenário, ao que parece, mantém-se a obrigatoriedade da informação sobre a classificação indicativa, a exemplo do que se estabelece para o SeAC. Todavia, a responsabilidade pelo acesso fora da faixa etária de restrição de conteúdo é somente do usuário (consumidor), já que a partir da ITV, o aparelho de TV deixa de ser um terminal passivo e passa a oferecer ao usuário a possibilidade de interagir com o conteúdo. Os aparelhos receptores – sejam televisores digitais ou conversores – possuem capacidade de processamento local, transformando-se em variações do computador, ampliando a disponibilidade do uso de aplicativos, a interatividade e a mobilidade, sobre fomentar a prática do comércio eletrônico.

Por essa razão, a solução apresentada acima para o serviço de acesso condicionado poderia, perfeitamente, adequar-se também a essa nova tecnologia, merecendo tratamento análogo ao adotado para aquele tipo de serviço.

V.1.6.2. A classificação indicativa no ambiente virtual (inclusive internet móvel)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em vigor desde 1990, despontou no início da era da tecnologia³⁷³ e não acompanhou a evolução rápida da internet, dos videogames, *i-pad's* que atualmente se colocaram como uma das principais diversões

interatividade, a interação do usuário é fornecida basicamente pelo processamento das informações armazenadas localmente (http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialinteratividade/pagina_2.asp, Site visitado em 25-01-16, às 08:47h).

³⁷³A era industrial, marcada pela força mecânica e pela velocidade que durou cinco séculos e atingiu seis continentes retirou-se de cena para ceder seu lugar à era tecnológica. Jeremy Rifkin, economista da *Wharton School of Finance and Commerce* da Universidade da Pensilvânia, Philadelphia (EUA), anota, em interessante estudo, que o século biotecnológico está estruturado em sete importantes fatores, que representam a base da nova economia. São eles: (...) a) a capacidade de isolar, identificar e recombinar genes; b) a concessão de patentes de genes, linhas de células, tecido geneticamente desenvolvido, órgãos e organismos, bem como os processos usados para alterá-los; c) a indiscutível globalização do comércio; d) o mapeamento dos genes que compõem o genoma humano, novas descobertas sobre a seleção genética, incluindo os chips de DNA, terapia somática de genes e a iminente perspectiva da engenharia genética em ovos humanos, esperma e células embrionárias; e) o estudo científico sobre a base genética do comportamento humano e a nova sociobiologia que favorece a natureza em relação à alimentação; f) a utilização do computador como instrumento de comunicação e organização para a administração da informação genética e g) uma nova narrativa cosmológica sobre a evolução (RIFKIN, Jeremy, “O Século da Biotecnologia – A Valorização dos Genes e a Reconstrução do Mundo”, Tradução e Revisão Técnica Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books do Brasil Editora Ltda., 1999, pp. 9-10).

do público infantojuvenil. Dessa forma, a prevenção especial deve incluir esses itens na pauta de administração dos interesses das crianças e dos adolescentes³⁷⁴.

Relativamente à internet, realmente, havia carência em matéria legislativa até o advento do Marco Civil da Internet³⁷⁵, muito embora as Portarias Ministeriais n^{os} 1.642 e 1.643, ambas de 03 de agosto de 2012, já tivessem enfrentado ligeiramente a questão, bem assim a Portaria n^o 368, de 11 de fevereiro de 2014 (artigos 32 *usque* 37).

Um estudo minucioso, cujo relatório está contido em artigo elaborado por Antonio Jorge Pereira Júnior³⁷⁶, revela que a matéria de Direito e internet associada aos direitos da criança e do adolescente ganhou espaço na mídia e na doutrina, nos últimos anos, sobretudo dentro de uma agenda negativa, relacionada à proteção da criança contra o abuso sexual mediante a *web*. Também são abundantes, apesar de ainda não serem populares, informações acerca dos recursos de proteção contra certos conteúdos, mediante a fixação de filtros diversos que o mercado oferta. Esses *softwares* auxiliam pais e entidades de ensino a exercerem um mínimo de controle do que chega aos computadores acessíveis ao público infantojuvenil, com potencial lesivo à sua formação moral. Isso sem contar, ainda, com inúmeros estudos e projetos voltados à “alfabetização digital”, com a finalidade de promover a educação de crianças no uso responsável e seguro da internet.

A rede mundial, realmente, criou um ambiente único para os internautas fazerem todos os usos possíveis do conteúdo audiovisual. Não raras vezes são noticiadas situações de risco de crianças em ambiente virtual, em detrimento de sua formação. Assim, tanto se fala ao vivo como se transmite conteúdo previamente produzido, seja sob demanda, seja por oferta preestabelecida.

³⁷⁴Nascidos a partir dos anos 2000, as crianças pertencem a assim denominada geração “Z” (de “zapear”, ou seja, mudar constantemente o canal na televisão, geralmente por meio de um controle remoto, caracterizando o que a geração tem em comum, o ato de fazer várias coisas ao mesmo tempo), ou nativos digitais, uma vez que já não existe diferença entre vida *on line* ou *off line*. A tecnologia é uma ferramenta indispensável para esse público, que com ela se relaciona desde seu nascimento, o que justifica domínio total de diversas tecnologias e a “impossibilidade” de viver sem elas (CARACIOLA, Carolina Boari, “Publicidade e Consumo Infantil”, *in* FRANCEZ, Andréa, NETTO, João Carlos Costa e D’ANTINO, Sérgio Famá (Coordenadores), “Direito do Entretenimento na Internet”. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 190).

³⁷⁵O Marco Regulatório Civil da Internet revela preocupação com o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, e aborda *en passant* a questão do acesso à informação restrita destinada a atender o público infantojuvenil.

³⁷⁶PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, “A internet como televisão: extensão dos deveres das empresas de radiodifusão às empresas que atuam no meio virtual”, artigo publicado na Revista do Advogado n^o 115, Ano XXXII, Abril de 2012 editada pela AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 19-33.

Apenas *softwares* de controle e ferramentas específicas podem administrar os usos do conteúdo protegido, em base mundial, limitando o acesso apenas àqueles apropriados às crianças e que alertem sobre o perigo neles subjacente.

O artigo 29 da Lei nº 12.965, de 23-04-2014, dispõe que “o usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente”. Isso significa que os *softwares* e os jogos que os menores de 18 anos terão acesso serão de escolha dos pais ou de seu representante legal, afirma Válder Kenji Ishida³⁷⁷. Todavia, comenta o referido autor, “havendo desrespeito, poderão responder na forma preconizada pela lei menorista, inclusive havendo previsão da defesa do interesse individual ou coletivo pelo art. 30”.

Prevê, ainda, o parágrafo único do artigo 29 do citado Marco Civil da Internet que “cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre uso dos programas de computador previstos no *caput*, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes”.

Bem se vê que a questão é séria, precisa ser enfrentada com galhardia, e, mais uma vez retorna à necessidade de acesso a uma informação precisa, pautada na ética e concentrada em valores que respeitem os direitos de preservação física, moral e psíquica infantojuvenil.

Ganham importância, insista-se, os *softwares* e algoritmos de buscas rápidas em todo o acervo da rede. Ferramentas que identificam cada cena de um filme através de palavras-chave já conseguem retornar com precisão as respostas desejadas e identificar a obra, seu conteúdo e o local que a disponibiliza (tais *softwares* são conhecidos como *parental control* ou controle parental, na versão em português). Por meio desses instrumentos, os pais podem definir não apenas o conteúdo que ficará acessível aos seus filhos, como impedir que a criança execute programas específicos não desejados por eles, além de filtrar ou bloquear as ferramentas de diálogo *on line* e os sites catalogados em categorias consideradas inadequadas, como são aqueles que

³⁷⁷ISHIDA, Válder Kenji, “Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência”, 16ª edição. São Paulo:Editora Atlas, 2015, p. 199.

disponibilizam jogos violentos, os que exibem conteúdos audiovisuais com cenas de sexo e nudez, ou incitam às práticas racistas e discriminadoras.

Desde 1990, advertem Gilberto Falcão de Andrade e Denise Petersen Jardim³⁷⁸, o IMDb – *International Movie Database*, inicialmente criado na Inglaterra e atualmente pertencente ao grupo *Amazon*, vem recolhendo e sistematizando uma larga base de dados sobre obras audiovisuais, disponibilizando essas informações em seu *site*. Trata-se de uma valiosa ferramenta de venda de conteúdo, apresentando, além de informações objetivas em várias listas, resultados de pesquisas, notícias, *trailers*, críticas, lançamentos, dentre outras informações úteis.

A partir dessas constatações iniciais, deve-se examinar a classificação indicativa sob diferentes aspectos, a saber: (i) quando o computador e a internet servem apenas como veículo retransmissor de conteúdos audiovisuais também acessíveis nas televisões abertas e por serviço de acesso controlado; (ii) quando o computador e a internet servem como mecanismo de aquisição de conteúdos novos, independentes e excluídos da TV aberta.

No primeiro caso, em que é possível revisitar as programações televisivas também pela internet, é, igualmente obrigatória a divulgação sobre a classificação indicativa, mas o controle de acesso à rede para obter o *download* dessa programação e reassistí-la ou assisti-la fora do horário de exibição regular, é algo que fica muito restrito ao ambiente familiar, apesar de não ser dificultosa a obtenção da prova que desvende o horário exato de acesso. Ousa-se sugerir que as próprias emissoras pudessem alertar às famílias também quanto às faixas de restrição de horário mesmo quando a programação é assistida pela internet. Por essa razão, as emissoras e divulgadoras devem manter o aviso sobre a classificação indicativa, e apesar de não poderem restringir o acesso aos conteúdos audiovisuais fora da faixa de horário recomendada para crianças, sugere-se devessem ao menos alertar os pais ou responsáveis para que estes, então, por seu critério exclusivo, decidissem ou não pela exibição do conteúdo.

Essa também a orientação para os vídeos domésticos que, de acordo com o artigo 19 da Portaria nº 368/14, devem ser classificados por análise prévia, assim como

³⁷⁸ ANDRADE, Gilberto Falcão de e JARDIM, Denise Petersen, “A obra audiovisual e a internet”, in FRANCEZ, Andréa, NETTO, João Carlos Costa e D’ANTINO, Sérgio Famá (Coordenadores), “Direito do Entretenimento na Internet”. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 89.

os *trailers*. O mercado de vídeo doméstico, seja por meio do aluguel de DVDs ou por *download* pela internet, deve manter a mesma classificação indicativa utilizada na exibição em salas de cinema.

No segundo caso, em que são acessados conteúdos audiovisuais desgarrados das TV aberta, a Portaria nº 368, do MJ, ainda assim exige a exibição prévia da classificação indicativa (artigo 3º, inciso I)³⁷⁹, inclusive em se tratando de jogos eletrônicos (artigo 33), dispensando, contudo, de classificação os jogos que são utilizados somente em sítio da internet (artigo 32, § 4º).

Contudo, quer-se acreditar que nesses casos o cuidado dos pais ou responsáveis é ainda maior e fica, realmente, difícil exigir que as distribuidoras (fornecedoras) do conteúdo audiovisual obedeçam à exibição dentro da faixa horária de proteção infantil, devendo, por outro lado, revelar minuciosamente e publicamente a natureza do conteúdo audiovisual, catalogando-o e disponibilizando com facilidade todas as informações necessárias ao consumidor.

Sabe-se, por exemplo, que toda a produção de conteúdo audiovisual no Brasil sujeita-se aos regulamentos da ANCINE – Agência Nacional do Cinema que, nesse passo, deveria seguir a orientação do IMDb – *International Movie Database*, sobre a qual se falou linhas acima³⁸⁰.

Concorda-se, a essa altura, com Pereira Júnior³⁸¹, quando afirma haver todo um trabalho a se compor mediante

³⁷⁹A classificação indicativa deve ser informada em sítios da internet, brasileiros ou voltado ao público brasileiro, que divulguem qualquer produto classificável, como sítios que anunciem produtos, diversões e espetáculos; sítios de jogos, programas de televisão e filmes. Deve-se apresentar a exibição resumida em qualquer localização da página principal (no caso de sítios específicos do produto, espetáculo ou diversão), ou junto ao produto em caso de sítios com maior variedade de divulgação. O símbolo deve seguir os moldes do disposto em A.1., com altura de 70 pixels, facultando-se a apresentação da exibição completa, sendo o disposto em A.2. Em caso de divulgação de obra ainda não classificada, deverá constar a informação “verifique a classificação indicativa”, escrita em caixa alta e em fonte Arial Narrow Bold, de forma clara e de fácil visualização (“Novo Guia Prático de Classificação Indicativa” acessível *in* <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuação-e-conteudos-de-apoi/publicações/comunicação/guia-pratico-da-classificacao-indicativa>).

³⁸⁰A Instrução Normativa (IN) nº 100, de 29 de maio de 2012, da ANCINE – Agência Nacional do Cinema – estabelece, em seus artigos 11 e 12, o procedimento de classificação dos conteúdos audiovisuais (<http://ancine.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-100-de-29-de-maio-de-2012>, Site visitado em 25-01-16, às 11:51h).

³⁸¹JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira, “A internet como televisão: extensão dos deveres das empresas de radiodifusão às empresas que atuam no meio virtual”, artigo publicado na Revista do Advogado nº 115, Ano XXXII, Abril de 2012 editada pela AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 19-33.

a definição da agenda positiva acerca dos deveres promocionais das empresas que usam de plataforma digital para comercializar entretenimento, informação e educação e têm como um público alvo o público infantojuvenil, ou podem ser facilmente acessíveis a tal. Essa agenda deve ser criada em atenção aos artigos 227 e 221 da CF, combinados com o artigo 222, § 3º da mesma Carta, o que pode sugerir que os princípios de proteção integral da criança e do adolescente e a busca pela preservação do melhor interesse destes devam, prioritariamente, influenciar os veículos de comunicação que usam a plataforma digital, estendendo as exigências do artigo 221 aos meios de comunicação eletrônica “independentemente do meio”.

É certo que a convergência tecnológica levará tanto os computadores pessoais como os celulares a absorverem as funções da televisão, carregando, também, os deveres que lhe acompanham. Por essa razão, parte dos estudos acerca do mecanismo de atuação da programação da televisão (conteúdo audiovisual) na formação da criança, bem como das exigências legais acerca dos deveres dos radiodifusores, pode servir para a compreensão e projeção dos efeitos da mídia eletrônica via internet e *mobile*.

Por essa razão, somos absolutamente favoráveis a migração também para a internet das restrições etárias impostas pelo sistema da classificação indicativa eis que o ambiente virtual revela potencialidade de ação do audiovisual em tempos de convergência tecnológica ampliada. Ousa-se pensar mesmo que ditas restrições devam, ademais, ser disseminadas para outros meios de comunicação, como sói acontecer com os celulares de última geração (internet móvel).

Como relata Patrícia Peck³⁸², a internet móvel atende às necessidades de uma sociedade móvel, em que os indivíduos se deslocam o tempo todo e carregam a possibilidade de ser identificados e localizados eletronicamente a qualquer momento. Com a convergência da TV com o telefone, passa-se a ter o primeiro veículo audiovisual broadcast interativo de comunicação individual, não mais de massa. E isso, com certeza, faz com que o sistema de classificação indicativa venha a ser adaptado a esse ambiente e repensado em termos contratuais, notadamente quanto à abrangência da Portaria nº 368/2014 hoje em vigor.

³⁸²PINHEIRO, Patrícia Peck, “Direito Digital”, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 288.

V.1.6.3. Campanhas publicitárias: adoção de um marco regulatório à semelhança da classificação indicativa?

O artigo 4º, inciso IV, da Portaria nº 368, de 11 de fevereiro de 2014, do Ministério da Justiça, é taxativo ao afirmar que não estão sujeitas à classificação indicativa as propagandas e publicidades em geral, termos que serão utilizados como sinônimos no presente trabalho, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não os distingue³⁸³.

A despeito disso, a discussão em torno de se adotar um marco regulatório externo, à semelhança da classificação indicativa, que servisse para dar proteção integral aos consumidores mirins, vem ganhando espaço significativo em diversos setores da sociedade civil, especialmente diante do frenesi que as campanhas publicitárias provocam no imaginário infantil, exercendo sobre elas, inegavelmente, forte indução ao consumo exacerbado.

A exemplo dos debates em torno da manutenção da classificação indicativa aplicável aos programas televisivos e espetáculos públicos, cinema, DVDs, jogos eletrônicos e de interpretação com a possibilidade de aplicação de sanção administrativa incidente sobre as emissoras, divulgadoras e produtores, no caso de seu desrespeito, quando o assunto são as campanhas publicitárias, acirra-se o embate entre as linhas paternalista (protecionista), de um lado, que reconhece o papel do Estado como agente regulador e a libertária (autonomista), do outro, que atribui apenas à família e, em certa medida, a própria criança o direito de decidir sobre o que quer ou não consumir, sobre reacender-se, outrossim, a polêmica entre a liberdade de expressão e a proteção integral da criança e do adolescente.

Como já se salientou no decorrer do presente estudo³⁸⁴, as crianças estão longe de ficarem apartadas do modelo de consumo adotado na sociedade contemporânea. Ao contrário disso, participam ativamente da aquisição de produtos para seu próprio uso, além de exercerem forte influência na escolha de bens para a família, o que justifica intensos investimentos de marketing nesse público cada vez mais independente,

³⁸³Diz-se que a propaganda é atividade voltada para a difusão de uma ideia, enquanto a publicidade está direcionada para a difusão de uma mercadoria. Neste trabalho, como se disse, os termos serão utilizados como sinônimos.

³⁸⁴Remetam-se aos comentários constantes do Capítulo III deste estudo.

conhecedor de marcas e que percebe o “ter” como um passaporte de aceitação e construção da personalidade.

Ignorando o poder que uma propaganda publicitária exerce sobre eles, é o público infantil que está hoje em frente a uma TV ligada, um computador ou um videogame, deixando de lado a prática de uma atividade física ou a brincadeira de rua com os amigos para fazer frente ao consumismo exagerado. Os adultos, contudo, compactuam, igualmente, desse processo, na medida em que cada vez mais preocupados em trabalhar para sustentar suas famílias, ficam mais ausentes, sem nenhuma dúvida, ao contrário de seus pais e avós e, como forma de recompensar o tempo perdido, e para “fazer um agrado aos filhos”, acabam encontrando no consumo uma válvula de escape.

Absolutamente cientes e engajadas nesse processo, as agências de publicidade apostam cada vez mais no público infantil, se apropriando de estratégias de persuasão, sedução e indução mediante a utilização, em suas campanhas, de personagens de filmes *hollywoodianos*³⁸⁵, de heróis, de celebridades midiáticas, com o escopo de despertar o interesse desse público no produto que ofertam.

Como esclarece Carolina Boari Caraciola³⁸⁶ “uma vez que o desenvolvimento intelectual da criança está em construção, as marcas, e conseqüentemente, seus anúncios exploram atributos de fácil reconhecimento para o mencionado consumidor, tais como cores, símbolos, sonoridade, embalagens atrativas, formatos diferenciados”, atraindo-os facilmente para o consumo, já que tal estratégia não exige um desenvolvimento cognitivo aprimorado. A propaganda com esse viés estimula, igualmente, a criação de estereótipos de beleza, perfeição e aceitação levando, em grande medida a precoce “adultização”, com requinte em erotização e banalização de valores éticos e morais.

De fato, a publicidade infantil utiliza artifícios emocionais, criando situações envolventes e fantásticas para captar a atenção da criança e fazer com que ela queira adquirir determinado produto.

³⁸⁵O longa metragem *Frozen* (Uma Aventura Congelante) e que conta a história das irmãs Elsa e Ana arrebatou o público infantil no último biênio, 2014 e 2015. Roupas, sapatos, brinquedos, material escolar, itens para festas infantis, embalagens de biscoitos e guloseimas, enfim, uma variedade grande de produtos que exploram a imagem das irmãs e dos demais personagens do filme invadiram as lojas e boa parte do dia a dia das crianças brasileiras.

³⁸⁶CARACIOLA, Carolina Boari, “Publicidade e Consumo Infantil”, in ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, CARACIOLA, Andrea Boari e JUNQUEIRA, Michelle Asato (Organizadoras), “Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos”. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015, p. 192.

Não raras vezes, é comum em campanhas publicitárias de brinquedos, a criança ser levada a acreditar que o brinquedo (boneco, automóvel, jogo) interagirá com ela. Quando a verdade aparece, a criança se frustra.

O Código de Defesa do Consumidor reconhece, realmente, em seu artigo 37, §§ 1º, 2º e 3º, ser defeso as publicidades enganosa e abusiva, e adverte ser “enganosa”, a publicidade que divulgue qualquer informação ou comunicação, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro³⁸⁷ o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Enganosa por omissão, ainda, será a publicidade que deixar de informar dado essencial sobre o produto ou serviço. “Abusiva”, por seu turno, será a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite 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.

“Abusiva é a publicidade que ofende a ordem pública, o que não é ético ou o que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores”. São esses novos valores que dão um contorno próprio à publicidade abusiva, adverte Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin³⁸⁸.

³⁸⁷Trata-se de erro de fato, tal qual regulado nos artigos 138 *usque* 144 do Código Civil. “Erro consiste na falsa representação intelectual da realidade. Pode ocorrer no processo de formação da vontade ou dizer respeito à declaração. No primeiro caso, a vontade se forma em premissas falsas; no segundo o equívoco reside de declaração. A vontade do agente é ‘A’ e este declara ‘B’ (...). Quando o erro se dá na formação da vontade, tem-se o chamado *erro vício*; quando ocorre na declaração da vontade configura o chamado *erro obstáculo*, também denominado *erro obstativo*” (NADER, Paulo, “Curso de Direito Civil – Parte Geral”, vol. 1, 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 471). O TJSP já reconheceu a incidência de erro do consumidor infantil derivado de propaganda enganosa e abusiva, senão vejamos: AÇÃO ANULATÓRIA. Multa. PROCON. Propaganda enganosa e abusiva. Promoção do álbum de figurinhas “Disney Stars Prêmios”. Omissão de dado essencial acerca da quantidade de prêmios relativos a cromos ilustrados (vale brinde laranja) e aos demais prêmios, brinquedos, MP3, cartões de R\$100,00 (vale brinde verde). Omissão que induz à errônea conclusão de que o slogan “mais de um milhão de prêmios” referia-se a estes últimos (vale brinde verde). Proporção real que corresponde a um milhão de cromos ilustrados e 15.700 dos demais produtos, de um total de 21 milhões de embalagens de figurinhas. Propaganda abusiva, considerados o apelo imperativo de consumo e a vulnerabilidade do público alvo, o infantil. Prática abusiva consistente em fazer uso de imperativos para utilização do CPF dos pais no cadastro do vale brinde no site oficial do produto. Infração aos arts. 37, §§ 1º e 2º e 39 do CDC. Imposição de penalidade de multa consoante os parâmetros e limites de valor do art. 57, parágrafo único, do CDC. Portaria 26 do PROCON que apenas dá publicidade e transparência aos critérios utilizados pela Administração na fixação das multas. Sentença que julgou improcedente a ação. Recurso não provido (TJSP, Apelação nº 0035614-58.2010.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. 13-10-2014, v.u.).

³⁸⁸BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, GRINOVER, Ada Pellegrini, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, NERY JÚNIOR, Nelson e DENARI, Zelmo, “Código Brasileiro de

Especialmente diante desse contexto – que, como se vê, considera abusiva a publicidade que der destaque ao aproveitamento indevido e ilícito de julgamento e experiência da criança – há quem sustente, de forma absoluta, como faz Jessica Sacramento da Silva Tiozzo³⁸⁹, que toda e qualquer propaganda publicitária dirigida ao público infantil já é proibida porque fere o princípio constitucional da não exploração infantil, encontrando tal posicionamento da autora eco diante da Resolução nº 163, de 13-03-2014, do CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente³⁹⁰.

Essa postura mais rígida deságua na defesa para que se estabeleça um controle externo das propagandas publicitárias mediante a implementação de um marco regulatório que poderia assemelhar-se ao modelo adotado hoje para a classificação indicativa.

Defende a citada autora, veementemente, “a necessidade da criação de uma regulamentação objetivamente expressa em um único dispositivo legal que assegure a proteção das crianças quanto à influência das propagandas publicitárias”, diante de sua qualidade de pessoas em formação de valores, princípios éticos, sociais, morais e culturais. “A criança”, conclui, “diferente do adulto, não tem discernimento para compreender as artimanhas da publicidade, nem para se defender dos instrumentos de persuasão criados e utilizados pelas propagandas”.

Realmente, quando o assunto diz respeito à publicidade destinada ao público infantil, não se pode fiar na noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a

Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto”. Rio de Janeiro: Editora Forense, 10^a edição, 2011, vol. I, p. 355.

³⁸⁹TIOZZO, Jessica Sacramento da Silva, “O Desenvolvimento Psicológico Infantil e a Influência das Propagandas Publicitárias no Ordenamento Jurídico Brasileiro”, in ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, CARACIOLA, Andrea Boari e JUNQUEIRA, Michelle Asato (Organizadoras), “Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos”. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015, p. 200.

³⁹⁰“Art. 2º. Considera-se 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;
- III - representação de criança;
- IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação;
- VII- bonecos ou similares;
- VIII-promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
- IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil”.

publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional. Tal entendimento simplesmente não se aplica às crianças, jovens de mais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. O consumidor mirim se comporta simplesmente pelo desejo de prazer que um determinado bem pode lhe proporcionar, deixando-se comandar por um impulso irracional, pelo desejo de um deleite, desprovido de uma avaliação peculiar de caráter puramente racional.

Nesse sentido, de se aplaudir a lição de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin³⁹¹ quando assevera que

qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de uma certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo.

(...) O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados.

Assim, tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores, etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade.

Compactuando desse mesmo entendimento, o Deputado Federal Luis Carlos Hauly, do PSDB/PR, encaminhou, em 12 de dezembro de 2001, ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei 5921/2001 pretendendo ver acrescido o parágrafo 2ºA ao artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, ao prescrever que “é também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança”.

Defensor, com certa moderação, de igual corrente, Virgílio Afonso da Silva³⁹² obtempera, em parecer concedido ao Instituto Alana referentemente à extensão do artigo 220, § 4º da Constituição Federal no que toca, especificamente, à publicidade de alimentos dirigida à criança, que “uma restrição total à publicidade de um determinado

³⁹¹BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, GRINOVER, Ada Pellegrini, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, NERY JÚNIOR, Nelson e DENARI, Zelmo, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto”. Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª edição, 2011, vol. I, p. 358.

³⁹²SILVA, Virgílio Afonso da, “A constitucionalidade da restrição da publicidade de alimentos e de bebidas alcoólicas voltada ao público infantil”, São Paulo: Instituto Alana, 2012, disponível em http://pa.institutoalana.com/wp-content/uploads/2013/11/Parecer_Virgilio_Afonso_6_7_12.pdf., site acessado em 27-01-2016, às 11:19h.

produto ou a um público específico deve ser vista com muita cautela”. Esclarece, ainda, que, “para usar o vocabulário corrente no debate sobre restrição a direitos, uma tal restrição tem que se provar proporcional para poder ser aceita. Para ser proporcional, a medida tem que ser adequada e necessária aos fins perseguidos e proporcional em sentido estrito em relação aos direitos restringidos”.

Em se tratando de publicidade de determinados produtos alimentícios (tabaco e bebidas alcoólicas, por exemplo), entende Virgílio da Silva, ser fundamental a restrição até porque muitos desses produtos não são destinados ao consumo infantil. Sugere ele, assim,

restringir a publicidade de alguns produtos aos horários em que praticamente só os adultos seriam atingidos (como o faz a Grécia), ou proibir o patrocínio comercial de programas infantis (como o fazem a Finlândia, a Dinamarca e a Suécia), ou restringir ou vedar publicidade de todos ou alguns produtos durante ou logo antes ou logo após programas de TV dirigidos a crianças (como o fazem a Áustria, o Reino Unido, a Austrália e a Bélgica), ou vedar o uso, na publicidade voltada à criança, de personagens do imaginário infantil ou de apresentadores de programas infantis (como o fazem a Holanda, a Finlândia e a Dinamarca), ou proibir a publicidade de alguns tipos de brinquedos (como o fazem a Alemanha e a Dinamarca), ou restringir totalmente a publicidade, dirigida às crianças, de determinados alimentos (como o faz o Reino Unido), ou mesmo restringir totalmente a publicidade, dirigida às crianças, de qualquer produto (como o fazem a Suécia e a Noruega), dentre várias outras medidas possíveis. Somente com o caso concreto em mãos será possível avaliar a proporcionalidade da medida. *Nenhuma das suscitadas acima, contudo, pode, de antemão, ser considerada como incompatível com a ideia de proporcionalidade.* Em suma, se os poderes públicos e a sociedade civil estiverem engajados em uma política pública consistente de proteção às crianças, e se essa política, ainda que restritiva a alguns direitos de fabricantes e anunciantes, restrinjam esses direitos de forma proporcional, as normas constitucionais brasileiras estarão resguardadas.

Na linha diametralmente oposta – ousando-se sugerir estar muito próxima da teoria libertária de John Holt³⁹³ – manifesta-se Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁹⁴ para quem não há que se falar em regulamentação publicitária externa, especialmente no mundo atualmente tecnológico em que se vive. É sua opinião:

Justamente ao contrário, o que se exige é que se prepare a criança para a fase adulta, para o hábito gradualmente adquirido de trabalhar e não brincar - mundo que, porém, não deve ser extinto em favor de um mundo de autonomia da infância, inteiramente isolado das condições do mundo adulto. Por essa razão, a

³⁹³Remetam-se aos comentários feitos no item V.1.3.1., supra, ao discorrer sobre a teoria libertária.

³⁹⁴FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, "Crianças fora da redoma", artigo publicado no Jornal "O Globo" de 22-10-2015 e veiculado no site do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

inserção das crianças na vida social e econômica repudia o pressuposto equivocado de que o Estado devesse tratá-las como se estivessem banidas do mundo dos adultos, o que é, lamentavelmente, uma forma de prepará-las ou para um conformismo passivo ou uma delinquência juvenil ou para uma combinação de ambos. É, assim, um equívoco isolá-las sob o pretexto de protegê-las, afastando-as da propaganda e da publicidade, por exemplo, considerando a prática do direcionamento de publicidade e comunicação mercadológica à criança com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço como abusiva por si mesma. É importante, assim, que se veja a proteção à criança num sentido de uma atividade educacional, em que têm de permanecer válidas as relações entre crianças e adultos (família, criança, adolescente, jovem, idoso) como um mundo continuamente posto em ordem, em que educar é assegurar contra riscos, mas não (supostamente) eliminá-los, em que a comunicação publicitária não se torna sadia porque entra num processo de pasteurização contra o desejo ambicioso e a inveja pervertida, mas porque é capaz de voltar-se em liberdade para o aprendizado comunitário do exercício do livre arbítrio. Supor que a proteção da criança signifique enfiá-la numa redoma de vedações é pensar que educar seja suprimir desejos, sublimar a inveja e anular o mundo comum em que se vive.

Bem se vê, a essa altura, que o tema reúne defensores inflamados de ambos os lados, a saber, por uma corrente paternalista, extremada e moderada, e por outra autonomista, igualmente extremada e moderada.

Esta tese defenderá o modelo paternalista moderado, especialmente levando em consideração o fato de que o Estado liberal cedeu espaço ao Estado Social de Direito, ou Estado de serviços que tem como elemento fundamental a participação do Poder Público, como agente principal, em atividades econômicas, tanto como condutor do desenvolvimento, como em outras de cunho distributivista, a fim de atenuar certas distinções do mercado e amparar os contingentes que ficam à margem do processo. O modelo de Estado de Direito vigente na maioria das sociedades contemporâneas é o do Estado Regulador, ou seja, um estado mais enxuto, Estado Mínimo, com uma função nítida de moderador, prezando a eficiência dos serviços públicos essenciais ao bom funcionamento social. Nesse sentido, como adverte Gustavo Marrone³⁹⁵, “quando houver qualquer confronto de normas sobre a aplicação dos direitos do consumidor, as Agências têm o dever jurídico de priorizar e preservar os direitos consumeristas”, tanto mais quando se tratar de consumidor mirim.

Por essa razão, acredita-se que a sociedade, a mídia, a família e o Estado devem proteger a criança, conforme estabelecido na legislação, mas devem, também, estimular um senso de discernimento, por meio de debates, projetos sociais,

³⁹⁵MARRONE, Gustavo, “Interface entre o direito regulatório e o direito do consumidor no Brasil”, in Revista da Associação dos Advogados de São Paulo – Ano XXVI – Dezembro de 2006 – nº 89, pp. 38-41.

experiências que permitam um consumo consciente, capaz de ensinar a criança a conviver em uma sociedade de abundância, com valores que conduzam ao consumo responsável.

Daí porque sugere-se nesta tese que um modelo similar ao da classificação indicativa seja, igualmente, adotado no ambiente das campanhas publicitárias mirins, vale dizer, que se instale, além da regulação interna ou autorregulação já existente, um mecanismo de controle externo com efetiva participação popular, o que, permitiria minimizar os impactos negativos da propaganda insidiosa contra a criança e o que nem de leve representaria ofensa à liberdade de expressão.

Sugere-se, ademais, que as agências não só divulguem em suas campanhas publicitárias as advertências necessárias para que as pessoas e as famílias possam se defender daquilo que julgarem inapropriado para o momento ou para as pessoas, como já acontece com as campanhas publicitárias de bebidas alcoólicas, por exemplo, como, também, obedeçam os horários de proteção infantil, sendo responsabilizadas em caso de desobediência com imposição de multa.

O modelo de corregulação ou regulação compartilhada – que, como se viu, é o que está sendo utilizado hoje no sistema classificatório – poderia conjugar a atuação do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária com a da própria população, a exemplo do “Projeto Classifique”.

Sabe-se que o CONAR desempenha papel de grande importância na autorregulamentação publicitária atuando especialmente com o objetivo de coibir abusos, reunindo uma série de defensores. Sua atuação deve ser mantida e é aqui aplaudida³⁹⁶.

³⁹⁶A propaganda lançada pelo Itaú, na qual o banco apresenta sua nova assinatura para plataformas digitais – o “Digitau” com “u” – foi parar no CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária). O órgão decidiu abrir um processo para julgar a campanha após receber reclamações de consumidores que viram no trocadilho um “risco” para as crianças. Segundo o CONAR, foram feitas uma série de denúncias de pais com reclamações de que o comercial pode induzir crianças a aprender e a escrever errado. O caso deve ser julgado pelo órgão até o início de março. Até lá, não há qualquer restrição para que a propaganda permaneça no ar. Procurado pelo G1, o Itaú informou que o “digitau” é apenas um jeito bem-humorado e publicitário de apresentar o novo apelido do Itaú para sua atuação no mundo digital”. Produzida pela agência Africa, a propaganda estreou no dia 14 de janeiro e traz crianças cantando “Ele é o banco digital. Ele é o ‘digitau’ com ‘u’”. No material de apresentação da propaganda, o banco afirma que o “Digitau” reforça a associação do banco com a tecnologia como um agente facilitador na vida dos clientes, “associando a palavra digital à marca Itaú” (Matéria disponível in <http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2016/01/conar-abre-processo-para-julgar-digitau-com-u-de-comercial-do-itaui.html>. Consulta realizada em 29-01-16, às 16:05h).

Por outro lado, em razão da urgência que o assunto encerra, deve-se incentivar a criação de um modelo regulatório externo similar ao adotado na classificação indicativa que reforçaria o disposto no art. 37, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, restringindo a veiculação de propagandas que se aproveitam do julgamento e experiência das crianças, sobretudo aquelas que difundem maus hábitos (alimentares, por exemplo³⁹⁷) e desvirtuam comportamentos éticos e morais, desprestigiando o melhor interesse da criança e o fato de que são seres em natural processo de desenvolvimento.

Nem se diga que uma tal regulação externa representaria uma forma de censura³⁹⁸, acenando na direção de violar o direito à liberdade de expressão (ou de informação quanto ao produto ou serviço).

³⁹⁷Em julgamento inédito, a Segunda Turma do STJ considerou abusiva a campanha publicitária da Bauducco “É Hora de Shrek” dirigida à criança na qual condiciona “a venda de um relógio à compra de biscoitos”. O Ministro Humberto Martins, relator do recurso, deixou claro no voto que “o consumidor não pode ser obrigado a adquirir um produto que não deseja”, configurando tal gesto típica “venda casada”. O voto do Ministro Herman Benjamin foi próximo ao do relator e assim se manifestou: “o julgamento de hoje é histórico e serve para toda a indústria alimentícia. O STJ está dizendo: acabou e ponto final. Temos publicidade abusiva duas vezes: por ser dirigida à criança e de produtos alimentícios. Não se trata de paternalismo sufocante nem moralismo demais, é o contrário: significa reconhecer que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos é dos pais. E nenhuma empresa comercial e nem mesmo outras que não tenham interesse comercial direto, têm o direito constitucional ou legal assegurado de tolher a autoridade e bom senso dos pais. Este acórdão recoloca a autoridade nos pais”. Matéria publicada no site “Migalhas” e visitado em 11-03-2016, às 17:07h (<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235576,101048-Julgamento+historico+STJ+proibe+publicidade+infantil+dirigida+as>).

³⁹⁸CONSUMIDOR E PUBLICIDADE – Refrigerante Coca-Cola e riscos de obesidade pelo exagerado consumo - Não obstante possa incluir a ingestão de refrigerantes calóricos entre as causas que explicam o excesso de peso, já considerado em estudos como epidêmica em alguns países, não se justifica restringir o marketing do fabricante, impedindo que implemente campanhas publicitárias voltadas ao público infantil, pela impossibilidade de caracterizar a estratégia comercial como publicidade enganosa, sendo já sensato exigir que investimentos se façam na área da educação para o consumo racional, inclusive dos pais e educadores, ao invés de práticas interditas que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas - Não provimento (Ementa extraída da Apelação nº 566.275.4/7, TJSP, manejada nos autos de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Coca Cola Indústrias Ltda., e julgada pela 4ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Ênio Santarelli Zuliani, em 03-09-2009. Transcrevem-se, na sequência, trechos do voto do referido Desembargador: “(...) A presente lide está assentada em uma colisão de direitos fundamentais, pois se de um lado concorre uma espetacular defesa da saúde coletiva, notadamente das crianças e adolescentes, que são atraídos pelo prazer da bebida doce e gasosa que é nula de valores energéticos ou vitamínicos, do outro está postado o direito de explorar um segmento comercial não reprovado pelas autoridades públicas, mormente da vigilância sanitária. O que se propõe estudar e isso ocorre em todos os casos em que se discute qual o direito preponderante entre os valores confrontados, se existe razoabilidade ou proporcionalidade nas medidas restritivas que o Ministério Público pretende impor na comercialização de refrigerantes. (...) A educação é que dita as regras e estabelece metas possíveis de um consumo inofensivo. Não há, data vênica dos combativos representantes do Ministério Público, como substituir a incúria do serviço público por diretrizes judiciais, como se a proibição de anúncios direcionados ao público infantil, com restrição ao marketing voltado à captação de novos clientes com distribuição de brindes do gosto da molecada, pudesse refrear a corrida às latas e copos dos refrigerantes preferidos. Há nesse projeto uma indevida incursão nos domínios da esfera comercial, o que constitui um precedente perigoso para a segurança da licença concedida pelo art. 170, da Constituição Federal. O Estado não condena a comercialização de bebidas e permite que se ofereçam opções como o *light* e *diet*, de modo que o livre arbítrio continua

Como já se sublinhou linhas acima, é preciso gozar de liberdade com responsabilidade. Não se pode desvestir a proteção integral da criança em prol da liberdade absoluta.

É preciso, assim, encontrar uma maneira equilibrada para contrabalançar a liberdade de expressão (no caso de informação publicitária) e a necessária proteção integral infantojuvenil. Reforça-se a ideia de que o modelo classificatório, devidamente adaptado, pudesse atender essa expectativa.

V.1.6.4. Exibições ou apresentações ao vivo: obediência à classificação indicativa fundada no dever de prevenção especial

A Portaria nº 368, de 11-02-2014, do Ministério da Justiça (artigo 4º, inciso I e § 1º e artigo 11), o Manual da Classificação Indicativa e os artigos 74 e 75 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicando o princípio da prevenção especial, submetem as exposições ou apresentações ao vivo, abertas ao público, como as circenses, teatrais e shows musicais ao sistema de classificação indicativa, por meio da autotransclassificação, dispensada a análise prévia.

Por intermédio da autotransclassificação o responsável pelo entretenimento (produtor, divulgador, diretor) informa a classificação pretendida, de forma clara e

sendo senhor da decisão a ser tomada e executada e não convém que o juiz regule o setor e estabeleça novos parâmetros de comercialização de um produto que não teve sua nocividade reconhecida, tanto que sequer se cogita de sua exclusão como produto aprovado para consumo. Argumenta-se que a proposta de restrição da publicidade está associada a quem não detém, ainda, poder de autodeterminação. Há, aí, um equívoco e uma incoerência. Os menores atuam na sociedade por representação e decidem suas vidas e seus caminhos por orientação familiar e das entidades que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização infantil. Os pais das crianças e os educadores conhecem os riscos do consumo de refrigerantes, e não será necessário alertá-los para que orientem corretamente seus filhos e alunos dos perigos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias dos líquidos doces. Portanto, se as crianças não possuem discernimento para decidir, porque censurar o marketing de refrigerantes? O que a ação busca é uma proibição de venda para menores, o que é inadmissível sem que coexista uma política restritiva apoiada em decisões administrativas fundadas em pesquisas convincentes e confiáveis de que o refrigerante deva ser abolido da vida ou do cardápio das crianças brasileiras. (...) O sistema jurídico é subsidiário da gestão pública e será receptivo das metas que busquem a autorregulamentação do setor de publicidade, com medidas de incentivo para que a população imponha os limites, e isso somente será possível mediante informações com propósitos cívicos (formar opiniões), evitando, sempre que permitido, estabelecer práticas arbitrárias e que se assemelham à censura imposta em países de regimes totalitários. Os jornais noticiaram que 24 empresas, entre elas McDonalds, Coca-Cola e Kellogg's, assumiram compromisso formal perante a Anvisa de não fazerem publicidade voltada a crianças de zero até 12 anos em programas de TV em que 50% ou mais da audiência seja constituída por esse público (Folha de São Paulo, 26.8.2009, C4), o que constitui um bom começo. Cabe, portanto, ao Estado, dentro da autorização concedida para atuar (art. 220, § 4º, da CF) emitir os comandos pertinentes, o que explica a promulgação da Lei 9.294/96 (sobre tabaco) e da Lei 9.294/96 (publicidade em parte restritiva de bebidas alcoólicas)".

detalhada, com a descrição de temas, conteúdos e eventuais inadequações, devendo ser responsabilizado civil e administrativamente (artigos 186 e 927 do Código Civil c.c. artigos 252, 253 e 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente), nos casos de flagrante omissão ou informação viciada³⁹⁹.

Nesse sentido, ao divulgar ou anunciar o entretenimento devem tais agentes primar por informações claras e ostensivas⁴⁰⁰.

Além disso, o inciso I do artigo 149 da legislação estatutária estabelece ser da competência da autoridade judiciária – no caso, do Juízo da Infância e da Juventude – disciplinar, através de portaria⁴⁰¹, ou autorizar, mediante alvará⁴⁰², a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável em bailes ou promoções dançantes, boates e congêneres, teatros e casas de espetáculo.

³⁹⁹Na jurisprudência do STJ: “1. Cinge-se a controvérsia à questão da responsabilização por multa decorrente de prática da infração consistente na ausência de indicação da faixa etária permitida no local de eventos, em ofensa ao art. 252 do ECA. 2. A norma prevista no art. 252 do ECA alcança tanto o organizador do evento quanto o responsável pelo estabelecimento, para efeito de responsabilização pela infração consistente na ausência de indicação de faixa etária permitida no local (AgRg no AREsp 305.822/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJ 11-06-2013)”.

⁴⁰⁰A atriz emancipada Malu Rodrigues, de 16 anos, que mostra o seio e simula um ato sexual no musical “O Despertar da Primavera”, atuou durante pouco mais de dois meses na peça encenada no teatro Sérgio Cardoso, em São Paulo, sem qualquer autorização da Justiça paulista. A temporada começou no Rio de Janeiro em agosto de 2009 e terminou no dia 2 de maio em SP. O caso gerou polêmica e dividiu opiniões entre juízes, desembargadores, promotores, advogados, produtores teatrais e artistas. O Ministério Público paulista e o fluminense pedem esclarecimentos aos responsáveis pela garota e pelo espetáculo por suspeita de ele ter infringido o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) por mostrar a parte íntima da garota e permitir que ela interpretasse uma cena de sexo. Segundo o estatuto, compete à autoridade judiciária disciplinar, autorizar, por meio de portaria ou mediante alvará, a entrada, permanência ou participação de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em teatro e seus ensaios. Deverá se levar em conta a natureza do espetáculo. A Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e Juventude em São Paulo recebeu uma representação para apurar se o musical feriu algum dos artigos do ECA que regulam a participação de crianças e adolescentes em espetáculos de arte. O estatuto veta menores de idade nus ou seminus. O artigo 240 do ECA incrimina quem “produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente”. Não necessariamente o adolescente precisa estar nu para caracterizar a infração. A pena para quem for condenado pode chegar a oito anos de reclusão e multa (*in* <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/05/garota-de-16-anos-que-exibe-seio-em-peca-atuou-em-sp-sem-alvara-judicial.html>, matéria veiculada em 08-05-2010. Site visitado em 31-01-2016, às 10:54h).

⁴⁰¹“Fórmula pela qual autoridades de *nível inferior* ao de Chefe do Executivo, seja de qualquer escalão de comando que forem, dirigem-se a seus subordinados, transmitindo decisões de efeito interno, quer com relação ao andamento das atividades que lhe são afetas, quer com relação à vida funcional de servidores, ou, até mesmo, por via delas, abrem-se inquéritos, sindicâncias, processos administrativos. Como se vê, trata-se de ato formal de conteúdo muito fluido e amplo” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “Elementos de Direito Administrativo”, 1ª edição, 5ª Tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 69).

⁴⁰²“Fórmula utilizada para expedição de autorizações e licenças” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio “Elementos de Direito Administrativo”, 1ª edição, 5ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 69).

Em crítica a esse dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci⁴⁰³ revela-se contrário a qualquer atuação judiciária no sentido de regulamentar ou autorizar a entrada e permanência de crianças e adolescentes em ambientes públicos de entretenimento, advertindo não poder o magistrado baixar portaria para disciplinar as liberdades de terceiros e concluiu que

Há tempo esse *poder de polícia* foi entregue ao juiz da infância e juventude, o que nos parece incabível. Deveria a lei disciplinar os limites gerais de entrada e permanência de menores desacompanhados em lugares públicos. Mas não pertine à atividade típica do Judiciário regulamentar idas e vindas de crianças e adolescentes, o que, em várias situações, tem dado margem a nítidos abusos, como portarias proibindo o beijo de menores de 18 anos em lugar público. Ou o denominado *toque de recolher*, fixando horário para a criança ou adolescente voltar para casa. Note-se, inclusive, que tais *portarias* somente têm algum efeito em cidades do interior, pois em metrópoles, se existissem, seriam praticamente ignoradas; nem mesmo efeito fiscalizatório haveria. Embora não se possa tratar de autêntica *delegação*, pois seria juridicamente inviável, na redação deste artigo o legislador conferiu ao magistrado uma atribuição típica sua, que é reger a liberdade individual de crianças e adolescentes, inclusive no que pertine ao direito de se divertir, como está previsto neste Estatuto. Somos contrários à edição de *portarias* por juízes da infância e juventude e cremos ser inconstitucional esse *poder disciplinar* conferido pelo art. 149.

A despeito de reconhecer que o dever de informar sobre eventual conteúdo impróprio cabe, realmente, ao produtor, divulgador, diretor e até mesmo ao responsável pelo local de exibição do espetáculo e que o de fiscalizar o ingresso de crianças e adolescentes desacompanhados nesses locais também seja desses mesmos agentes em parceria com o Poder Público, parece curial que, em determinados casos, possa o Judiciário intervir, na forma do aludido artigo 149, especialmente naquelas situações em que é nítido o interesse coletivo, devendo, porém, fazê-lo de forma específica, senão vejamos:

MENOR. Infração administrativa. Violação do art. 258 c/c art. 149, I, 'b' do ECA. Descumprimento de portaria. Inexistência de alvará judicial. Demonstração de que se permitiu ingresso e permanência de menores de idade desacompanhados dos pais ou responsáveis Falta de mera conduta Ausência de fiscalização Sentença mantida Apelo desprovido.

..... *omissis*
Infração administrativa ao disposto no art. 258 da Lei 8.069/90 (ECA), porque supostamente descumprida portaria, verificando-se o ingresso e permanência de menores de idade em local que, no momento da autuação, explorava atividade de *baile de carnaval*.

⁴⁰³NUCCI, Guilherme de Souza, “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 509.

(...) No presente caso, há portaria disciplinando o assunto (fl. 159, último parágrafo) e inexistente alvará judicial autorizando a permanência de menores desacompanhados dos pais ou responsáveis no evento. Outrossim, não se deve olvidar que a infração administrativa consuma-se com a simples realização da conduta descrita no tipo legal, independente da demonstração concreta de qualquer risco ou prejuízo à criança ou adolescente, “sem o imperativo de investigar-se o elemento subjetivo (dolo ou culpa)” (cf. RT 738/275), porquanto se trata de “infração que se consuma com a mera ocorrência das condutas tipificadas em lei” (TJSP, Apelação Cível nº 29.825-0, rel. Des. Prado de Toledo). (TJSP, Câmara Especial, Apelação nº 0000532-78.2010.8.26.0145, da Comarca de Conchas, Rel. Des. Roberto Solimene, j. 26-11-2012).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. Objetivo - Impedir realização, em escola de samba, de baile *funk* ou qualquer outro evento que atraia crianças e adolescentes sem específico alvará judicial e da municipalidade - Admissibilidade - Questão atinente a diversões e espetáculos objeto da política de prevenção especial do ECA - Recurso não provido.

.....
O evento em si – baile *funk* – já inspirava maior atenção das autoridades especificamente incumbidas de zelar pela proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. É fato notório, e que independe de prova (artigo 334, I, do Código de Processo Civil), que letras de música "funk" são dotadas de nítida conotação sexual, incitam os ouvintes a uma maior desinibição, a trejeitos e movimentos e danças sensuais, estimulam comportamentos dotados de alto teor de erotismo, e fazem apologia do uso de armas, drogas e do crime organizado. Somente essa constatação recomendava a pronta intervenção do Juízo da Infância e da Juventude para obstar o ingresso de menores de dezoito anos no citado evento. Mas a sua própria denominação ("Noite do agacha Mija no chão"), de uma impropriedade, inadequação e vulgaridade ímpares, sepultava, em definitivo, qualquer possibilidade de se autorizar a frequência de crianças e adolescentes, que devem ter acesso, por imperativo legal, apenas a diversões e espetáculos adequados à sua faixa etária e que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (artigos 71 e 75 do Estatuto da Criança e do Adolescente) (TJSP, Câmara Especial do Tribunal de Justiça, Apelação nº 990.10.270592-7, Rel. Des. Marco Cesar Müller Valente, j. 25-10-2010).

Sendo assim, as portarias e os alvarás devem ser respeitados, levando em consideração os riscos que o entretenimento pode oferecer à criança, sempre com o objetivo de proteger-lhes seus direitos fundamentais.

Nesse contexto, apesar de não ser feita a análise prévia, deverá o responsável pela exibição ou apresentação ao vivo abertas ao público informar a classificação indicativa, sempre respeitando a autorização judicial na forma do art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pena de responder civil e administrativamente, na forma preconizada pelos artigos 252, 253 e 258 do mesmo diploma legal.

V.1.6.5. Competições esportivas, programas e propagandas eleitorais e programas jornalísticos

Assim como as propagandas e publicidades em geral, também não estão sujeitos à classificação indicativa as competições esportivas, os programas e propagandas eleitorais e os programas jornalísticos (artigo 4º, incisos II, III e IV da Portaria nº 368/2014, do Ministério da Justiça).

De fato, ao estabelecer a desnecessidade de classificar as práticas esportivas, devem-se imaginar as competições lícitas, autorizadas, vale dizer aquelas que exercitam a habilidade, inteligência, destreza, coragem, como se dá com a maioria dos esportes coletivos, como futebol, voleibol, basquetebol e individuais, tais como tênis, atletismo, natação.

De um tempo a esta parte, entretanto, vêm crescendo a prática de esportes em que se privilegia a luta violenta com pitadas de crueldade, como se dá nos combates de MMA⁴⁰⁴, havendo, inclusive, um canal de TV por assinatura que se dedica a exibí-los (canal Combate).

Apesar de reconhecer muitas vantagens e benefícios decorrentes da prática esportiva, mesmo naquelas em que haja luta corporal, como o judô, o jiu-jitsu, o karatê e o taekwondo, acredita-se que especificamente esse tipo de competição esportiva – lutas marciais mistas – devesse seguir o modelo classificatório, sobretudo porque incita a violência, revelando a transfiguração dos competidores durante a luta, muitos dos quais têm os supercílios, lábio e olhos ensanguentados pelas muitos golpes faciais que recebem no decorrer da competição. Demais disso, o combate estimula a animosidade entre os competidores incitando o desapareço e uma rivalidade perversa.

Alguns canais de TV aberta que transmitem essas lutas, mesmo diante da desnecessidade de obediência à faixa horária de proteção infantil, costumam exibí-las após às 23:00 horas, num sinal claro de que tais competições bem mereceriam ser classificadas como impróprias ao público infantojuvenil.

⁴⁰⁴MMA é a sigla para *Mixed Martial Arts*, ou em português, “Artes Marciais Mistas”. MMA são artes marciais que incluem golpes de luta em pé e técnicas de luta no chão. As artes marciais mistas podem ser praticadas como um esporte de contato de maneira regular ou em torneios, em que dois concorrentes tentam derrotar um ao outro. O MMA utiliza uma grande escala de técnicas permitidas, como golpes utilizando os punhos, pés, cotovelos, joelhos, além de técnicas de imobilização, como lances e alavancas. Um exemplo de organização que promove torneios de artes marciais misturas, é o *UFC - Ultimate Fighting Championship*.

Essa conduta, entretanto, não é obedecida quando se fala nos programas ou propagandas eleitorais, tampouco nos programas jornalísticos em que não há qualquer restrição horária.

Em relação aos primeiros (programas e propagandas eleitorais) chama-se a atenção para a riqueza de detalhes midiáticos neles recém utilizados, como, por exemplo, a adaptação de trilhas musicais consagradas⁴⁰⁵, além do emprego de crianças nas campanhas. Nesse sentido, acredita-se que os partidos políticos deveriam evitar a exposição de crianças e adolescentes em seus programas de forma apelativa, investindo mais na exposição de suas ideias e propostas de campanha que no imaginário popular.

Referentemente aos programas jornalísticos, de fato, é preciso veicular notícias e reportagens com a maior transparência possível, na busca pela preservação da verdade. A função jornalística, tanto informativa como investigativa, atrai todos para a participação política e social, é formadora de opinião e auxilia na preservação do Estado democrático de direito.

Todavia, é inegável o conteúdo inadequado de certos programas jornalísticos, como o conhecido “Brasil Urgente” da TV Bandeirantes, cujo âncora, José Luiz Datena, narra com riqueza de detalhes as mais violentas cenas do cotidiano metropolitano, exibindo-as no horário vespertino.

Em 2004, a polêmica provocou a demissão do então diretor do Departamento de Classificação Indicativa, Mozart Rodrigues da Silva, que teria classificado como impróprios para o horário vespertino os programas Brasil Urgente, da Rede Bandeirantes e Cidade Alerta, da Rede Record, à revelia do falecido Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, e da secretária de Justiça, Cláudia Chagas.

Em uma portaria, o ex-diretor determinou que os programas fossem exibidos após às 21:00 horas, por causa das cenas de violência e tensão.

No dia seguinte à publicação da portaria, Cláudia Chagas mandou revogar a medida.

Bastos chegou a sofrer pressão política de deputados ligados às televisões.

⁴⁰⁵Na última campanha presidencial em 2014, o candidato Aécio Neves utilizou o “hit” Festa, da consagrada cantora Ivete Sangalo para conclamar a população à sua eleição, expediente que também foi utilizado pela adversária Dilma Rousseff, em jingle que ficou conhecido por “Dilma, coração valente”.

A TV Bandeirantes apresentou um pedido de reconsideração e não tomou outra medida por causa da correção publicada pelo Diário Oficial da União. “Como a decisão foi revogada, não existe mais motivo para recorrer”, disse o Diretor de Programação da Record, Hélio Vargas⁴⁰⁶.

É inegável que a imprensa vive da divulgação de fatos, mas também essa necessidade não é admitida, pelo direito, como absoluta, especialmente diante do confronto desse direito com outros de igual importância, tal é o caso do direito à proteção integral da criança.

Como ponderam Ênio Santarelli Zuliani e Andréa de Almeida Brunhari⁴⁰⁷,

A imprensa sempre exerceu missão importantíssima na sociedade, porque foi decisiva para aprimorar a cultura dos povos e para transformar-se em poder de fiscalização social, o que é obtido pelas denúncias de ilegalidades, crimes e escândalos administrativos. A CF não admite qualquer tipo de censura aos jornais e órgãos de comunicação (art. 220, *caput*, e art. 220, § 1º), cônica de que o direito à informação é capitulado como de quarta geração, de interesse da sociedade, sendo que as pessoas são titulares do direito da divulgação de todos os fatos que são de importância social (...).

Contudo, é preciso lembrar que excessos não são admitidos, sendo mister investigar o elemento subjetivo integrado na atividade jornalística (*animus narrandi*) para constatar se a notícia (...) foi redigida com culpa, dolo ou até má fé.

Nesse sentido, de se imaginar que os veículos de informação jornalística devam não evitar, ao menos minimizar a exposição sanguinolenta e cruel de certas notícias, em determinados horários, sabidamente de acesso infantil, cabendo aos pais e responsáveis, por sua vez, a responsabilidade de permitir que seus filhos assistam a tais conteúdos.

Acredita-se, realmente, ser de importância capital o dever de informar na mesma medida do direito de ser informado. Porém, o que se propõe é que o dever de informar seja sempre responsável e pautado na ética, jamais no sensacionalismo barato e vulgar⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶Matéria veiculada em 10-02-2004 pelo site <http://observatoriodaimprensa.com.br/circo-da-noticia/edson-luiz-25066/> acessado em 31-01-2016, às 18:45h.

⁴⁰⁷ZULIANI, Ênio Santarelli e BRUNHARI, Andréa de Almeida, “Princípios constitucionais e direito de imagem”, Revista do Advogado publicada pela AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXXII – Outubro/2012, nº 117, pp. 69-70.

⁴⁰⁸Aos 03 de fevereiro de 2014, o Desembargador paulista Tom Alexandre Brandão decidiu, em grau recursal, a ação civil pública proposta pela Associação de Pais e Amigos Excepcionais – APAE São Paulo em face de Rafael Bastos Hocsman (o conhecido humorista “Rafinha Bastos”). Pretendia a Associação autora impedir a venda, disposição à venda ou circulação por qualquer meio ou forma do DVD com o

show “A Arte do Insulto” ou, alternativamente, a retirada da menção feita à APAE e a pessoas com deficiência mental daquele conteúdo humorístico (o réu fez uma brincadeira com as pessoas portadoras de deficiência e a possibilidade de acessarem as filas preferenciais, ao dizer “*as pessoas na cadeira de rodas... ah, fila preferencial! Haha advinha amigo, você é o único que tá sentado. Espera quieto! Cala essa boca!*”). O Desembargador Carlos Alberto Garbi postou a íntegra do referido acórdão em seu blog e, segundo informa, foi uma das matérias mais acessadas e comentadas a revelar a importância do debate. São seus comentários: “Acompanhamos nos últimos anos o surgimento de novas e criativas formas de fazer humor. Às vezes o humorista é ferino e agressivo ao usar fatos e acontecimentos extraídos da nossa realidade social para brincar. Em outras situações o humorista é grosseiro com personalidades públicas. Por conta dessa nova forma de fazer humor, que parece ter um bom público, nos perguntamos se deve haver algum limite para esta forma de expressão. Esta sentença trata justamente desse tema ao julgar uma ação civil pública ajuizada contra o humorista” (a íntegra do acórdão e os diversos comentários de seus seguidores podem ser consultados *in* <https://blogdogarbi.wordpress.com/2014/02/16/ha-limites-para-o-humor/>, acessado em 02-02-16, às 18:50h).

CONCLUSÃO

Escoado um quartel de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, já não é mais tempo de falar apenas em normas programáticas. A legislação estatutária ultrapassou a infância e a adolescência. Entrou na idade adulta e deve ser encarada como tal. O Estatuto é um adulto com responsabilidade social e atuação efetiva.

O presente trabalho, composto de cinco capítulos, procurou chamar a atenção para essa responsabilidade, a partir da análise em torno da classificação indicativa como mecanismo eficiente a dar voz à prevenção especial da criança.

Para tanto, no primeiro capítulo, abordou-se a difícil tarefa de estabelecer a distinção entre normas, regras e princípios, justamente porque o cerne deste estudo está fulcrado no princípio da prevenção especial da criança tal como intitulado no Estatuto da Criança e do Adolescente, derivado, fundamentalmente, do sobreprincípio da proteção integral da criança. De fato, num grande plano generalizante, a expressão *proteção integral* comporta uma acepção ampla, condensadora do conteúdo de todos os demais princípios que regulam as relações infantojuvenis.

Diante disso, não era possível deixar de reconhecer que os princípios, assim como as normas, são fundamentos de validade para a aplicação das regras, sejam constitucionais, legais ou regulamentares. Por outras palavras, uma vez inseridos no ordenamento jurídico, passam a exigir uma obrigatória coerência e destacam-se como condutores das ações (e reações) advenientes da vida em sociedade.

A dimensão dada aos princípios constitucionais e infraconstitucionais é a de que são o começo, meio e fim da tarefa de concretização das normas; começo, pois são fundamento de validade de toda e qualquer norma individual; meio, pois harmonizam o texto normativo com a realidade em que devam ser aplicados; e fim, pois o sentido atribuído ao texto normativo, tornando-o norma no caso concreto, deve, necessariamente, estar em sintonia com o plexo principiológico.

Nesse primeiro capítulo, ainda, as reflexões principiológicas não escaparam de adentrar no âmago do presente trabalho, qual seja, reconhecer que o princípio da prevenção especial, subclasse do princípio da prevenção geral e estrutura indispensável à proteção integral infantil, a quem o Estado, a família e a sociedade devem atender com

prioridade absoluta, sendo norteado por valores fundantes, igualmente impregnados nessa mesma estrutura, em especial, os de cuidado, zelo e atenção.

Cuidar da criança, sujeito de direito e pessoa em desenvolvimento, é dever de todos, a começar pela família, núcleo central da sociedade e que, unida por laços de liberdade e responsabilidade, está consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. Ao lado dela, o próprio Estado exerce, igualmente, papel decisivo em prol de dignificar a criança, proporcionando eficiência aos meios provedores de seus direitos fundamentais, como educação, alimentação, transporte, saúde, cultura e lazer. Todavia, não se pode ignorar que a sociedade também é cogestora desse processo, mui especialmente aqueles cujo poder de interlocução é diretiva certa para a construção da cidadania, tal como são os meios de comunicação de massa, em especial a mídia televisiva e a indústria do entretenimento infantil.

Por fim, descortinaram-se algumas das mais importantes manifestações sobre o tema e que influenciaram, sobremaneira, o desenvolvimento dos capítulos seguintes.

No segundo capítulo, reconheceu-se que os princípios do Direito da Criança e do Adolescente são ainda mais específicos, e muito embora orientados pelo plano constitucional, os princípios em destaque na legislação infantil àqueles se somam. Na verdade, há boa medida de sobreposição entre eles, o que faz com que a faceta de um princípio se confunda com a do outro.

Assim, destacaram-se os princípios da dignidade da pessoa humana, já que se reconhece ser a criança sujeito de direito em pleno desenvolvimento e a quem se deve respeito, igualmente um princípio a ser lembrado. Aliás, o respeito à condição de pessoa em desenvolvimento obriga atender ao melhor interesse da criança, com absoluta prioridade, vez que como seres humanos ainda em processo de amadurecimento são dotados de atributos distintos da personalidade adulta. Esse conjunto principiológico, portanto, dá sustentação a um sistema especial e caracteriza-se pela positivação de direitos fundamentais específicos de crianças e adolescentes – que se somam aos direitos fundamentais outorgados ao adulto – e pela estruturação especial dos direitos fundamentais daqueles cidadãos peculiares, pela nota distintiva de conformá-los de maneira que produzam essencialmente obrigações de natureza comissiva e preventiva.

Seguindo nessa linha ideológica, no capítulo seguinte, perquiriu-se a razão de se estabelecer a necessidade de estudar, a um só tempo, a *ratio* da prevenção – e,

principalmente, da prevenção especial –, os destinatários da prevenção especial e a urgência do assunto no ambiente infantil.

Nesse ponto, estabeleceu-se um paralelo entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, na medida em que a criança é, sim, consumidora de entretenimento. Nessa qualidade é, inegavelmente, vulnerável (ou hipervulnerável, como se sustenta no presente trabalho, tanto do ponto de vista técnico, informacional, jurídico e fático) e, igualmente, hipossuficiente, guardadas quanto a essa última característica, os comentários e as conclusões alcançadas no próprio capítulo, quando se examinou a hipossuficiência econômica, processual e técnica.

Daí porque ser imprescindível estudar mecanismos eficientes para fazer letra firme o dever de informação. Dar à criança e aos seus responsáveis, com clareza e transparência, os detalhes do produto que lhe entretém não é favor algum. Muito pelo contrário, a necessária informação é dever acessório que decorre do princípio da boa-fé objetiva, alçada ao *status* de cláusula geral, e que obriga o fornecedor a agir com lealdade e ética de modo a evitar a comunicação inadequada e lesiva ao consumidor, especialmente o mirim.

Ainda nesse mesmo capítulo, procurou-se levantar algumas questões tormentosas no ambiente consumerista – sempre com os olhos voltados ao entretenimento –, como as de saber se os pais ou responsáveis pela criança podem ser considerados fornecedores por equiparação, tendo-se concluído, nesta tese, de forma afirmativa.

O quarto capítulo dedicou-se a estabelecer um corte epistemológico entre a prevenção geral e a especial, da mesma forma que o fez entre a prevenção e a precaução, visto que semanticamente os aludidos termos podem guardar proximidade, sem que, para o Direito, porém, se confundam.

Aparadas essas arestas, examinaram-se, mais detidamente, os artigos 74 *usque* 80 do diploma estatutário infantojuvenil, afora alguns incisos do artigo 81 da mesma legislação, tudo com o escopo de esclarecer, afinal, o objeto da prevenção especial delimitado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Concluiu-se serem objetos remotos da prevenção especial a cultura, o lazer e o entretenimento, principalmente quando atingem a um público vulnerável (ou hipervulnerável). Como objeto próximo, quando se examina com lupa determinados critérios restritivos elencados pela própria

norma e que, quando inseridos no entretenimento, devem ser, preventivamente, alertados e evitada sua disseminação para a criança, lá estão aqueles conteúdos imantados de risco e periculosidade, como são os pornográficos e obscenos; os que disseminam ou incentivam a violência, por meio da exposição a armas de fogo e munições e os que podem estimular a dependência química, como os que dão visibilidade a bebidas alcoólicas e jogos de azar.

Procurou-se examinar referidos critérios justamente porque guardam sintonia e proximidade com os que foram igualmente eleitos para nortear o sistema de classificação indicativa e que são, justamente, sexo e nudez, violência e drogas, presentes no Manual de Classificação Indicativa.

A preocupação em torno da prevenção especial da criança é séria e não está alicerçada, é bom que se repita, em motivos fúteis nem antiquados.

O quinto e último capítulo dedicou-se ao estudo da principal interlocutora do princípio da prevenção especial no ambiente do entretenimento: a própria classificação indicativa.

Procurou-se, aí, defini-la, examinar sua forma de regulamentação, mediante a análise das atuais Portarias Ministeriais que enfrentam a matéria. Buscou-se, ainda, dar fundamento à classificação indicativa, o que se fez a partir da análise dos critérios temáticos eleitos como perniciosos ao público infantil. Reconheceu-se a importância e a magnitude do sistema classificatório e levantou-se a bandeira pela sua defesa como política pública eficaz ao combate da desintegração física, moral e psicológica infantil.

No aludido capítulo, foi enfrentado, ainda, o dilema instalado entre a política de classificação indicativa e o direito à liberdade de expressão das mídias audiovisuais, especialmente da televisiva e cinematográfica, com perspectiva futurista, já que não se esqueceu de tratar da TV interativa e do ambiente virtual, inclusive da internet móvel.

Nesse ponto, revelou-se a disparidade de opiniões entre os órgãos de defesa dos direitos infantojuvenis e o próprio Poder Judiciário, principalmente no encaminhamento da matéria relativa à constitucionalidade do artigo 254 da legislação estatutária no Supremo Tribunal Federal, o que se fez por meio do estudo do voto do Ministro Dias Toffoli, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2404, em cotejo com o do Ministro Teori Zavaski, e que coloca em estado de alerta todo o sistema de proteção à criança e ao adolescente, sobre redobrar a preocupação dos mecanismos de defesa

dessas pessoas que atravessam inegável processo de desenvolvimento e amadurecimento.

Todavia, a proposta deste trabalho vai além da tenaz defesa do modelo classificatório e da manutenção da sanção administrativa aplicada aos transgressores do sistema implementado pela classificação indicativa. Ousa-se sugerir que o citado modelo – com as devidas adaptações e a partir de um intenso diálogo com a mídia, a sociedade, a família e o Estado – possa vir a ser utilizado também em outros ambientes atualmente desassistidos das Portarias Ministeriais em vigor, especialmente o publicitário.

Realmente, ao se estabelecer uma aproximação entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, foi possível aferir que o entretenimento audiovisual não está somente nas programações televisivas, cinematográficas, nos jogos eletrônicos e de interpretação – RPG. O entretenimento audiovisual está presente também nas campanhas publicitárias.

Verificou-se, realmente, que a publicidade infantil utiliza artifícios emocionais, criando situações envolventes, fantásticas e lúdicas para captar a atenção da criança e fazer com que ela queira adquirir determinado produto ou influenciar o adulto a adquiri-lo, sem que, na maioria das vezes, o produto almejado seja apropriado ao consumidor mirim.

Intensificam-se, por via de consequência, os riscos a que são expostos aludidos consumidores que, na sua grande maioria, não conseguem perceber o caráter persuasivo e irônico das propagandas. As crianças acreditam no que ouvem e veem, entendendo, assim, que o produto ou serviço anunciado proporcionará todos os benefícios e prazeres prometidos pela publicidade, mesmo que seja algo irreal e impossível de realizar.

Muito embora o CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) já desempenhe um papel bastante eficiente no combate à propaganda enganosa e abusiva, acredita-se, realmente, que o modelo de classificação indicativa possa ser reavaliado para atender, em parceria com o CONAR, especialmente o público infantil.

A emergência da matéria é a medida que se deve dar ao enfrentamento da questão, que, até o presente momento, tem sido subavaliada.

Tanto mais se aproximar o debate das famílias e da sociedade, tanto mais proteção se garantirá ao público infantil.

Se esta tese conseguir instigar o debate em torno do assunto, terá alcançado seu desiderato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.
- ABBOUD, Georges. Do Genuíno Precedente do *Stare Decisis* ao Precedente Brasileiro: os Fatores Histórico, Hermenêutico e Democrático que os Diferenciam. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.
- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RATTO, Julio. *Introducción al Derecho*. 4ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- AGUIRRE, Renata Cattini Maluf. Relações de Consumo no Comércio Eletrônico do Entretenimento. In: FRANCEZ, Andréa; NETTO, João Carlos Costa; D'ANTINO, Sérgio Famá (Coords.). *Direito do Entretenimento na Internet*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- ALEXY, Robert. *Três Escritos sobre los Derechos Fundamentals y la Teoria de los Principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ALMEIDA, André Mendes de. *Mídia Eletrônica. Seu Controle nos EUA e no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.
- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Ética Social e Governamental: Advocacy e Lobby*. São Paulo: Hottopos, 1997.
- AMARAL, Francisco. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional. *Revista de Direito Civil*, n. 46. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out-dez, 1988.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos Teóricos e Práticos*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- ANDRADE, Gilberto Falcão de; JARDIM, Denise Petersen. A Obra Audiovisual e a Internet. In: FRANCEZ, Andréa; NETTO, João Carlos Costa; D'ANTINO, Sérgio Famá (Coords.). *Direito do Entretenimento na Internet*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- ANTUNES, Helena Roldan; DIAS, Luana. Classificação Indicativa: Dicotomia entre a Posição Protecionista e Autonomista e seus Reflexos na Legislação Brasileira. In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; JUNQUEIRA, Michelle Asato (Orgs.). *Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos*. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015.

- ARANTES, Esther M. de M. Proteção Integral à Criança e ao Adolescente: Proteção versus Autonomia?. *Revista de Psicologia Clínica*, v. 21, n. 2. Rio de Janeiro: Editora Escuta, 2009.
- ARAÚJO, Ana Paula de. *Drogas Lícitas e Ilícitas*. Disponível em <http://www.infoescola.com/drogas/drogas-licitas-e-ilicitas/>. Acesso em 17-01-16, às 19h42.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- AURELLI, Arlete Inês. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. Melhor Interesse da Criança e do Adolescente (Princípio do). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação. In: FARIAS, Cristiano Chaves. *Leituras Complementares de Direito Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.
- BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e Gestão do Sistema de Garantias de Direitos da Infância e da Juventude. In: KONZEN, Afonso Armando *et al.* (Coords.). *Pela Justiça na Educação*. Brasília: Fundescola/MEC, 2000.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Pra Lá e Pra Cá: o Direito de Ir e Vir da Criança e do Adolescente. In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; JUNQUEIRA, Michelle Asato (Orgs.). *Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos*. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015.
- BRITO, Igor Rodrigues. O Controle Público da Publicidade Infantil e a Tutela das Famílias no Brasil. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. I, n. 3. Curitiba: Editora Bonijuris, setembro, 2011.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Volume 2, Tomo I*. 4ª. edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 1993.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2004.

- CAPELO DE SOUZA, Radindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.
- CARACIOLA, Carolina Boari. Publicidade e Consumo Infantil. In: FRANCEZ, Andréa; NETTO, João Carlos Costa; D'ANTINO, Sérgio Famá (Coords.). *Direito do Entretenimento na Internet*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- CARLSSON, Ulla; FEILITZEN, Cecilia Von (Orgs.). *A Criança e a Violência na Mídia*. Brasília: UNESCO, 1999.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Em comentário ao artigo 4º da Lei nº 13.105/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- CARVAJAL CORZO, Guillermo. *Prioridad... Pervertir a los Niños: Atrapados em la Perversa Cultura del Consumo*. Bogotá: Editor Fernando Jaimes Peláez, 2012.
- CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico*. 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.
- _____. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3ª edição. São Paulo, Editora Noeses, 2009.
- _____. *Princípios e Sobreprincípios na Interpretação do Direito*. Disponível em <http://www.barroscarvalho.com.br>. Acesso em 15-07-2013, às 17h15.
- CASTELO, José. A TV aos Domingos Vai de Mal a Pior. In: *Jornal O Estado de São Paulo*, caderno 2, 19-04-1994.
- CEZAR, Frederico Gonçalves; ABRANTES, Paulo César Coelho. Princípio da Precaução: Considerações Epistemológicas sobre o Princípio e sua Relação com o Processo de Análise de Risco. In: *Cadernos de Ciência & Tecnologia*, v. 20, n. 2, Brasília, maio/ago 2003.
- CHAVES, Antonio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2ª edição. São Paulo: LTR Editora Ltda., 1997.
- CITELLI, Adilson. *Linguagem e Persuasão*. São Paulo: Editora Ática, 2006.
- COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do Melhor Interesse da Criança: Construção Teórica e Aplicação Prática no Direito Brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de Eduardo Tomasevicius Filho, Departamento de Direito Civil, 2014.
- COSTA, Ana Paula Motta. *Os Adolescentes e seus Direitos Fundamentais – Da Invisibilidade à Indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga – Estudos sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*. 3ª edição. São Paulo: Edipro, 2001.

- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988. Volume 1*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.
- CURY, Munir (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- CURY, Munir; AMARAL E SILVA, A. F.; MENDEZ, Emílio Garcia (Coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- DENSA, Roberta. *Proteção Jurídica da Criança e do Adolescente Consumidores de Entretenimento: Fundamento Liberal*. Tese de Doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação de Regina Vera Villas Bôas, 2015.
- DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A Proteção dos Consumidores Hipervulneráveis. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out-dez, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 2ª. edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- _____. *Dicionário Jurídico. Volumes 2 e 3*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado. Volume 6*. São Paulo: Distribuidora Record Editora, 1959.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo: Editora Saraiva, 1973.
- _____. Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático. In: FERRAZ, Sérgio (Coord.). *A Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1980.
- _____. Crianças Fora da Redoma. In: *Jornal O Globo*, 22-10-2015.
- FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O Melhor Interesse e a Autonomia Progressiva de Crianças e Adolescentes. *Revista de Direito da Infância e da Juventude*, vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho, 2013.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 4ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2009.
- FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

- FIGUEIREDO, Maria. *Afinal, o que é o Netflix?*. Disponível em <http://hightechgirlblog.com/2015/07/afinal-o-que-e-netflix/>. Acesso em 14-02-16, às 09h03.
- FLORES, Alice Lacerda Pio; OLIVEIRA JÚNIOR, José Nunes de; SANTOS, Maria Eduarda Viana; TEIXEIRA, Suellen Souza. Erotização e Infância: as Duas Faces da Publicidade. *Revista Anagrama: Revista Científica Interdisciplinar da Graduação*, ano 4, edição 3. Ilhéus/BA: Universidade Estadual de Santa Cruz, março-maio, 2011.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- FLUSSER, Vilém. Para uma Teoria da Tradução. *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XIX, fasc. 73, São Paulo, 1969.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Especial* (arts. 213 a 359). Volume 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Forense, 1981.
- FREITAS, Ana Augusta Ferreira de; APOLÔNIO, Lygia Pessoa Mineiro. Nascidos para Comprar: Notas sobre o Consumismo Infantil. *Revista Eletrônica Zero-a-Seis*, v. 17, n. 32, pp. 210-223. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/zeroseis/article/view/38580/30234>. Acesso em 28-02-16, às 10h07.
- FREUD, Sigmund. *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1972.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família – Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08 – Família, Criança, Adolescente e Idoso*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- GARCIA, Maria. *Limites da Ciência. A Dignidade da Pessoa Humana. A Ética da Responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GIANULO, Wilson. A Violência e o Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento. In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; JUNQUEIRA, Michelle Asato (Orgs.). *Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos*. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- GONÇALVES, Tamara Amoroso. A Exposição Precoce de Crianças Pequenas à Mídia: Implicações Jurídicas para o Desenvolvimento Infantil. In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; JUNQUEIRA, Michelle Asato (Orgs.). *Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos*. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 9. Buenos Aires: FDA, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado. Volume I*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado. Volume II*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- GUARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo – Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios Constitucionais na Perspectiva de uma Teoria Fundamental do Direito. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2007.
- GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al Conocimiento Científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1985.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.
- HEGENBERG, Leônidas H. Baebler. *Etapas da Investigação Científica*. São Paulo: EDUSP, 1976.
- HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Coimbra: Editora Almedina, 2001.
- HOLT, John. *Escape from Childhood: the Needs and Rights of Children*. Nova Iorque: E.P. Dutton, 1974.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; MELLO FRANCO, Francisco Manoel de. *Mini Houaiss. Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2003.
- ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência*. 16ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1936.
- KOHN, Lynne Marie. Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child – Standard in American Jurisprudence. In: *Journal of Law & Family Studies*, vol. 10, 2008.
- LAMENZA, Francismar. *Os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente e a Discricionariedade do Estado*. São Paulo: Editora Manole, 2011.
- LA TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl de; DANTAS, Heloysa. *Piaget, Vygotsky, Wallon: Teorias Psicogenéticas em Discussão*. 14ª edição. São Paulo: Editora Summus, 1992.
- LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Sociedade de Risco e Direito Privado. In: LOPES, Teresa Ancona. *Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

- LEITE, Rita de Cássia Curvo. Alimentos Gravídicos: Proteção aos Direitos da Personalidade da Gestante e do Feto - Lei nº 11.804/2008. *Revista Científica Semana Acadêmica*, edição 000074, vol. 1, p. 07. Disponível em <http://www.semanaacademica.org.br>. Acesso em 13-03-2016, às 12:00h.
- LIARD, Louis. *Lógica*. Trad. de Godofredo Rangel. 9ª. edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1979.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- LITRENTTO, Oliveiros. *Curso de Filosofia do Direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no Novo Código Civil – Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2004.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Manole, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesse Difuso à Programação Televisiva de Boa Qualidade, e sua Tutela Jurisdicional. In: *RT 705/51*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/1994.
- _____. Controle Jurisdicional do Conteúdo da Programação Televisiva. In: *RT 793/89*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, novembro/2001.
- MARÇAL, Liliana de Almeida Ferreira da Silva. Inversão do Ônus da Prova no CDC. *Revista do Advogado*, n. 89, ano XXVI. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, dezembro/2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil, Comentado Artigo por Artigo*. São Paulo: Editora RT, 2008.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARRONE, Gustavo. Interface entre o Direito Regulatório e o Direito do Consumidor no Brasil. *Revista da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 89, ano XXVI, dezembro, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: a Boa-fé nas Relações de Consumo. A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MATOS, Cecília. O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor, vol. 11. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul/set, 1994.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- MEYROWITZ, Joshua. *L'enfantadulte et l'adulte enfant. In: Le Passe et Son Avenir. Essais sur La Tradition et l'Enseignement*. Paris: Gallimard, 1985.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Especial (Arts. 121 a 234 do CP). Volume 2*. São Paulo: Editora Atlas, 1986.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1983.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 24ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- MOREIRA JÚNIOR, Sebastião. Regulação da Publicidade das Bebidas Alcoólicas. In: *Textos para Discussão nº 20*. Brasília: CONLEG, fev/2005.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. 33ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil. Volume I, Tomo II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil (Novo CPC – Lei 13.105/2015)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Rio de Janeiro: Editora Gen-Forense, 2015.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito e Jornalismo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.
- OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de. *O Adolescente Infrator em Face da Doutrina da Proteção Integral*. São Paulo: Editora Fiuza, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil – Alguns Aspectos da sua Evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do ‘Melhor Interesse da Criança’: da Teoria à Prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 6. Porto Alegre: 2000.

- PEREIRA, Tânia da Silva; TUBINAMBÁ, Roberta. O Direito Fundamental ao Cuidado no Âmbito das Famílias, Infância e Juventude. *Revista do Advogado*, n. 101, ano XXVIII. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, dez-2008.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Direitos da Criança e do Adolescente em Face da TV*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- _____. A Internet como Televisão: Extensão dos Deveres das Empresas de Radiodifusão às Empresas que Atuam no Meio Virtual. *Revista do Advogado*, n. 115, ano XXXII. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, abril/2012.
- PETRI, Maria José Constantino. *O Direito das Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária: Responsabilidade da Família, da Comunidade e do Estado*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de Roberto João Elias, Departamento de Direito Civil, 2008.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- PREUSS DUARTE, Ronnie; PEREIRA, Mateus Costa. O Novo CPC e a Dinamização das Cargas Probatórias: Rumo a um Tratamento Isonômico em Matéria de Ônus Probatórios. In: FREIRE, Alexandre; BURIL, Lucas de Macêdo; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Coleção Novo CPC: Doutrina Seleccionada (Processo de Conhecimento, Provas)*. Volume 3. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.
- REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- _____. *Horizontes do Direito e da História*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- RIBEIRO, Luis Filipe. *O Conceito de Linguagem em Bakhtin*. Disponível em <http://revistabrasil.org/revista/artigos/crise.htm>. Acesso em 04-03-13, às 15h13.
- RIFKIN, Jeremy. *O Século da Biotecnologia – A Valorização dos Genes e a Reconstrução do Mundo*. Tradução e Revisão Técnica de Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books do Brasil Editora Ltda., 1999.
- ROBLES, Gregorio. *As Regras do Direito e as Regras dos Jogos – Ensaio sobre a Teoria Analítica do Direito*. São Paulo: Editora Noeses, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da. O Cuidado como Critério do Princípio do Melhor Interesse da Criança. *Revista do Advogado*, n. 101, ano XXVIII. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, dezembro/2008.
- SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. Prevenção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos Teóricos e Práticos*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do *Hate Speech*. In: FARIAS, Cristiano Chaves. *Leituras Complementares de Direito Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.
- SCAVINO, Dardo. *La Filosofía Actual. Pensar sin Certezas*. Buenos Aires/Barcelona/México: Editora Paidós, 1999.

- SILVA, Antônio Fernando do Amaral. *A Criança e o Adolescente em Conflito com a Lei*. Disponível em www.mpsp.org.br. Acesso em 07-02-16, às 13h24.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico. Volume IV*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma Distinção. In: BONAVIDES, Paulo (Org.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, jan-jun/2003.
- _____. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- _____. *A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Alcoólicas Voltada ao Público Infantil*. São Paulo: Instituto Alana, 2012. Disponível em http://pa.institutoalana.com/wp-content/uploads/2013/11/Parecer_Virgilio_Afonso_6_7_12.pdf. Acesso em 27-01-2016, às 11h19.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. Noção e Importância das Limitações aos Direitos do Autor. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coords.). *Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2002.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil. Volume I*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.
- SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua Efetividade*. São Paulo: Editora Método, 2006.
- _____. O Princípio da Menor Gravosidade ao Executado. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (Coords.). *Execução Civil e Cumprimento de Sentença. Volume 2*. São Paulo: Editora Método, 2007.
- SHIMURA, Sérgio; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo Civil, Processos de Conhecimento, Recursos*. 3ª edição. São Paulo: Editora Gen-Método, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é Isto – o Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- VIEIRA, Oscar Vilhena; ALMEIDA, Eloísa Machado de. Direito, Educação e Transformação. In: *Justiça pela Qualidade na Educação*. Organizado pela Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, v. 199. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *O Direito Quântico – Ensaio sobre O Fundamento da Ordem Jurídica*. 5ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1980.
- _____. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- TIOZZO, Jessica Sacramento da Silva. O Desenvolvimento Psicológico Infantil e a Influência das Propagandas Publicitárias no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; JUNQUEIRA, Michelle Asato (Orgs.). *Estatuto da Criança e do Adolescente 25 Anos*. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2015.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. 3ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2011/2012.
- WALSH, David; GOLDMAN, Larry S.; BROWN, Roger. Physician Guide to Media Violence. *American Medical Association*, 1996. Disponível em www.ama-assn.org/ama1/pub/upload/mm/386/mediaviolence.pdf. Acesso em 17-01-16, às 10h49.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ZALUAR, Alba. *Cidadãos Não Vão ao Paraíso: Juventude e Política Social*. São Paulo: Editora Escuta, 1994.
- ZULIANI, Ênio Santarelli; BRUNHARI, Andréa de Almeida. Princípios Constitucionais e Direito de Imagem. *Revista do Advogado*, n. 117, ano XXXII, outubro/2012. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, dezembro/2006.