

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Constituição Federal : avanços, contribuições e modificações  
no processo democrático brasileiro / coordenação Ives  
Gandra Martins, Francisco Rezek. – São Paulo : Editora  
Revista dos Tribunais : CEU-Centro de Extensão Universitária,  
2008.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3338-9

1. Brasil – Constituição (1988) 2. Brasil – Direito  
constitucional I. Martins, Ives Gandra. II. Rezek, Francisco.

08-07701

CDU-342.4(81)\*1988\*(094.46)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil; Constituição Federal : 1988 :  
Comentários : Direito constitucional 342.4(81)\*1988\*(094.46)

# Constituição Federal

Avanços, contribuições e modificações  
no processo democrático brasileiro

Coordenação  
IVES GANDRA MARTINS  
FRANCISCO REZEK

Co-edição

 **Centro de  
Extensão  
Universitária**

 **EDITORA  
REVISTA DOS TRIBUNAIS**

## A PUBLICIDADE COMERCIAL DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL

VIDAL SERRANO NUNES JR.

Doutor e mestre em Direito. Professor da Faculdade de Direito da PUC-SP e da Escola Superior do Ministério Público. Presidente do Conselho Diretor do IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e Presidente do Centro Santo Dias de Defesa dos Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo. Promotor de Justiça.

A publicidade comercial constitui fenômeno do capitalismo moderno, que a erigiu à qualidade de um dos principais instrumentos de venda e, portanto, a uma das válvulas motoras do sistema.

Os esforços de produção de produtos e serviços do modelo capitalista reclamam a justaposição de operações não menos significativas para a implementação do consumo desses bens.

A imanência da publicidade comercial ao capitalismo avançado foi, deste modo, bem descrita por John Keneth Galbraith:

“O indivíduo serve o sistema industrial, não para abastecê-lo com a poupança e capital dela resultante; ele o serve pelo consumo de seus produtos. Em nenhum outro assunto, religioso, político ou moral, está a comunidade tão elaborada, perita e dispendiosamente instruída. Especificamente, de modo paralelo à distribuição de bens, são feitos esforços enérgicos e não menos importantes para garantir o seu uso. Estes esforços enfatizam a saúde, a beleza, a aceitação social, o sucesso sexual – a felicidade em resumo – que resultarão da posse e do uso de determinado produto. Esta comunicação, combinada diariamente com o esforço em prol de inumeráveis outros produtos, torna-se, no conjunto, um argumento ininterrupto

das vantagens do consumo. Por sua vez, inevitavelmente, este fato afeta os valores sociais. O padrão de vida de uma família torna-se o indicador de suas realizações, ajudando a garantir que a produção e, *pari passu*, o consumo de bens seja a primeira medida de realização social”<sup>1</sup>.

Exatamente por isso, apontamos alhures<sup>2</sup> que a publicidade comercial, como pedra de toque do modelo econômico, encontra-se constitucionalmente enraizada nas disposições concernentes à regulação da ordem econômica.

Com efeito, a Constituição Federal, ao contemplar o princípio da livre iniciativa e, como desdobramento deste, o da livre concorrência, empalmou implicitamente o direito dos empreendedores conquistarem espaços no mercado, valendo-se, para tanto, de todos os meios legalmente permitidos, entre eles, a publicidade comercial.

É crucial, no entanto, sublinharmos que tal fenômeno, exatamente por sua magnitude, não passou ao largo de um trato regulamentar. Antes, a própria Constituição se deu pressa em fixar os contornos jurídicos que devem demarcar o âmbito legítimo do empreendimento privado.

Diga-se, neste ponto, que há muito se aponta que os direitos fundamentais, especificamente, também devem ser aplicados ao âmbito das relações privadas, protegen-

1. *O novo Estado industrial*. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 24.
2. ARAUJO, Luiz Alberto David de; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005; NUNES JR., Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

do o indivíduo diante dos abusos do poder econômico.

Assim, a previsão constitucional da livre iniciativa encontra a definição de limites no próprio texto maior, que cogita da função social da propriedade, da proteção da dignidade humana, da justiça social como objetivo da ordem econômica e, sobretudo, da defesa do consumidor, erigida, a um só tempo, à qualidade de direito fundamental do indivíduo e princípio da ordem econômica.

Logo, o direito à publicidade comercial encontra-se, de um lado, protegido pela Constituição, de outro, limitado quer pela própria Lei Magna, quer por disposições infraconstitucionais que a incrementam. Neste ponto, avulta a importância da Lei 8.080/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Antes, porém, de revolvermos os meandros normativos da publicidade comercial, algumas palavras sobre seu conceito e características.

Conceitualmente, podemos entender publicidade comercial como “o ato de comunicação, de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos ou serviços”<sup>3</sup>.

O conceito em exame sedimenta os aspectos fundamentais da publicidade comercial, a saber:

- aspecto material: constitui fenômeno da comunicação social;
- aspecto subjetivo: pode ser patrocinada por entes públicos ou privados;

3. *Publicidade comercial...* cit., p. 22.

• aspecto conteudístico: tem conteúdo econômico, ou seja, nasce e se desenvolve no âmbito de uma atividade econômica;

• aspecto finalístico: a publicidade comercial tem por finalidade promover a venda de produtos ou serviços.

Note-se, a propósito, que os *experts* no tema têm apontado a diferença estrutural entre a publicidade comercial e a propaganda. Enquanto a primeira constitui função de venda, a segunda teria por ponto de distinção o objetivo de divulgar e promover idéias de conteúdo político, religioso ou filosófico.

Seguindo essa linha de divagação, deve-se ainda observar que, revestindo-se das características e servindo aos propósitos apontados, a publicidade comercial enraíza-se profundamente no mercado de consumo.

Nesse sentido, chama a atenção que o objetivo de promover a venda fez com que as técnicas de publicidade fossem gradativamente aprimoradas, de tal modo que de uma virtude informativa, a publicidade rapidamente caminhou para uma feição de sedução do consumidor, sem que houvesse uma marca clara dos limites éticos que a tal instrumento deveriam ser opostos.

Como bem aponta Josué Rios, “nessa arte e técnica de promover a venda de produtos e serviços, os especialistas não se contentam em lidar só com os dados objetivos, captáveis, quando delituosos, pela tipologia da ‘publicidade enganosa’. Vão bem mais longe para dar vazão aos bens e serviços, produzidos pela sociedade opulenta. Investem, com suas mãos sem luvas, no fundo d’alma do consumidor. Mexem em seus recônditos desejos, sentimentos de amor, de poder, de segurança, de ansiedade, de esperança, de riqueza fácil, em seus

anseios sexuais e em outros que povoam o imaginário das pessoas".<sup>4</sup>

À luz de tais considerações, percebe-se facilmente que o consumidor, mais do que objeto, constitui-se em um verdadeiro refém da publicidade comercial. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor, fiel aos propósitos que animaram sua criação, trouxe uma seção voltada especificamente à proteção do consumidor diante das práticas publicitárias.

Não é ocioso lembrar que o Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo declarado a intervenção nas relações de consumo para proteção de uma de suas partes: o consumidor. Essa intervenção prende-se ao diagnóstico de que nas relações econômicas que trava com o fornecedor, o consumidor encontra-se em uma posição de fragilidade, vale dizer, de vulnerabilidade, de tal modo que a falta de uma legislação e, por via de consequência, de uma intervenção protetiva constituiria, sem dúvida, prenúncio do recrudescimento de tal situação de fragilidade.<sup>5</sup>

Aponta-se, deste modo, que o princípio da vulnerabilidade, justificador de todo o sistema de proteção do consumidor, deve ser concebido como a pedra angular das relações de consumo.

Já sob os influxos da defesa do consumidor, passemos, pois, à análise da normatização da publicidade comercial no Código de Defesa do Consumidor.

Em primeiro lugar, quer se referindo a uma oferta, pura e simples, quer se referindo a uma mensagem publicitária, o Código de Defesa do Consumidor foi claro ao apontar

que toda informação suficientemente precisa integra o contrato e vincula o fornecedor, dando a nota de que toda e qualquer afirmação relevante em uma publicidade deve ser cumprida por quem a patrocinou.

Por outro lado, pensando o consumidor como uma espécie de refém de práticas publicitárias mais agressivas, o Código de Defesa do Consumidor incorporou alguns princípios jurídicos norteadores da proteção do consumidor em relações da espécie. Vejamos:

a) O princípio da identificação (art. 36), segundo o qual toda e qualquer publicidade deve ser pronta e imediatamente identificada como tal. Proíbe-se, portanto, a publicidade camuflada, em que o consumidor seja apanhado pela mensagem sem as suas defesas psicológicas prontas para interagirem com a carga emotiva investida na mensagem.

b) O princípio da transparência, que preconiza que o fornecedor deve manter organizados e a disposição dos interessados todos os dados fáticos, técnicos e científicos que dêem sustentação à mensagem.

c) O princípio da veracidade, que denuncia a necessidade de que toda e qualquer publicidade comercial retrate adequadamente o produto ou serviço que pretenda vender. Nesse sentido, entende o Código de Defesa do Consumidor que é enganosa qualquer modalidade de informação inteira ou parcialmente falsa, ou mesmo que, pela omissão de um dado relevante, seja capaz de induzir o consumidor em erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Note-se que a noção de enganosa de empalmada pelo Código de Defesa do Consumidor tem por critério a aptidão da mensagem para a indução do consumidor

em erro. Logo, qualquer publicidade que, mesmo por omissão, tiver possibilidade de induzir o consumidor em erro, deve ser considerada ilegal. A propósito, o art. 67 do CDC vai mais longe, entendendo como criminosa a veiculação de mensagens da espécie.

d) O princípio da correção, que veda a assim chamada publicidade abusiva. Em resumo, a publicidade antiética, que, por exemplo, promove a discriminação ou abusa da deficiência de julgamento de crianças e adolescentes. Reconhece-se, neste ponto, que o impacto cultural da publicidade é amplo e relevante, tornando necessária, portanto, a observância de critérios éticos básicos, inclusive como forma de resguardar os valores sociais mais importantes.

Adicione-se aos princípios em pauta que, em matéria de publicidade, o ônus da prova quanto à veracidade e correção da mesma sempre pertence a quem a patrocina, por indicação textual do art. 38 do CDC.

Todavia, nessa seara, quer parecer que exista uma modalidade de publicidade, a voltada ao público infantil, em que a aplicação dos princípios em pauta implica automaticamente a conclusão de sua ilegalidade.

Como apontado acima, o aprimoramento das técnicas publicitárias fez com que a publicidade abandonasse o seu caráter informativo e, gradativamente, assumisse um caráter persuasivo. Em outras palavras, deixou de ser um meio de aproximação entre fornecedores e consumidores (informação para a realização de um ato de consumo) e passou a ser um meio de impulsionamento do chamado consumismo.

Falando do caráter predominantemente persuasivo da publicidade, Nelly de Carvalho escreve:

"A função persuasiva da linguagem publicitária consiste em tentar mudar a atitude do receptor. Para isso, ao elaborar o texto publicitário leva em conta o receptor ideal da mensagem, ou seja, o público para o qual a mensagem está sendo criada. O vocabulário é escolhido no registro referente a seus usos. Tomando por base o vazio interior de cada ser humano, a mensagem faz ver que falta algo para completar a pessoa: prestígio, amor, sucesso, lazer, vitória. Para completar esse vazio utiliza palavras adequadas, que despertam o desejo de ser feliz, natural de cada ser. Por meio das palavras, o receptor 'descobre' o que lhe faltava, embora logo após a compra sinta a frustração de permanecer insatisfeito".<sup>6</sup>

Bem por isso, o Código de Defesa do Consumidor adotou o princípio da identificação da mensagem, segundo o qual mensagem publicitária deve ser pronta e imediatamente identificada como tal, para, por assim dizer, permitir que o consumidor dela se defenda, de tal modo a só realizar os atos de consumo que efetivamente deseje.

Tratando-se, no entanto, de publicidade dirigida ao público infantil, quer nos parecer que tal disposição seja irrealizável, já que, exatamente por se tratar de um ser em processo de formação, a criança não possui os predicados sensoriais suficientemente formados para a plena inteligência do que seja a publicidade, de quais os seus objetivos e de como dela se proteger.

Assim, toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil parece inelutavelmente maculada de ilegalidade, quando menos por violação de tal ditame legal.

Note-se, todavia, que tal preocupação foi expressamente incorporada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 37,

6. *Publicidade: a linguagem da sedução*, p. 18-19. 3. ed. São Paulo: Ática, 2004

§ 2.º, que proibiu a chamada publicidade abusiva, assim entendida como a que viola o dever ético, de boa-fé, entre outras, a que abusa da deficiência de julgamento da criança.

Posto o caráter persuasivo da publicidade e, a depender do estágio de desenvolvimento da criança, a impossibilidade de captar eventuais conteúdos informativos, quer nos parecer que a publicidade comercial dirigida ao público infantil esteja, ainda uma vez, fadada a juízo de ilegalidade.

Com efeito, se não pode captar eventual conteúdo informativo e não tem defesas emocionais suficientemente formadas para perceber os influxos de conteúdos persuasivos, praticamente em todas as situações, a publicidade comercial dirigida a crianças estará a se configurar como abusiva e, portanto, ilegal.

Há de enfatizar, nessa direção, que o art. 227, *caput*, de nossa Constituição atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de colocar a criança "a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão", incorporando a conhecida doutrina da proteção integral.

Sobre tal doutrina, escreve Antonio Carlos Gomes da Costa:

"Esta doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de ser humano em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade de seu povo e da espécie e o reconhecimento de sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes merecedoras de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para a promoção e defesa de seus direitos".<sup>7</sup>

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor, ao tachar de abusiva a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento da criança, nada mais faz do que expressar a vontade do constituinte, de reconhecê-la como ser humano em desenvolvimento e, portanto, demandária de especial proteção.

Em conclusão, entendemos que o Código de Defesa do Consumidor, em ressonância à doutrina da proteção integral, incorporada pelo art. 227 da CF, proscreeu publicidade comercial dirigida ao público infantil.

7. Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente, *Estatuto da Criança e do Adolescente* - Estudos sócio-jurídicos, p. 17. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.