

Direitos Fundamentais e os Limites da Publicidade Dirigida ao Público Infantil em Face da Função Social da Empresa

FÁBIO MARTINS BONILHA CURI

Mestre em Direito (2013) pela Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil.

E-Mail: fabio@cdfernandes.adv.br

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

Professora do PPGD, Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: samyranaspolini@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo principal analisar como o ordenamento jurídico pátrio regula a publicidade, especificamente, aquela dirigida ao público infantil, a fim de constatar se os fornecedores são livres para direcionar a compra de seus produtos ou serviços diretamente para as crianças ou se há limitações constitucionais que vedam ou restringem, de modo mais concreto, esta prática. Sob essas premissas, o artigo discutirá como o Código de Defesa do Consumidor tratou a publicidade abusiva e quais as limitações constitucionais a que a empresa se sujeita, em razão da função social que possui. Posteriormente, verificar-se-ão formas de regulamentação para a publicidade infantil, analisando, concretamente, a publicidade de alimentos não nutritivos vinculadas a personagens do imaginário infantil. Para tanto, o trabalho utilizará basicamente o método hipotético-dedutivo, alicerçando-se em doutrinas já consagradas que formarão as premissas para a conclusão de que é preciso regulamentar com maior rigidez a publicidade infantil em razão do tratamento constitucional prioritário à criança e da função social da empresa.

Palavras-Chave: Função Social da Empresa; Publicidade Infantil; Direitos Fundamentais.



Direitos Fundamentais e os Limites da Publicidade Dirigida ao Público Infantil em Face da Função Social da Empresa

FÁBIO MARTINS BONILHA CURI¹

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI²

INTRODUÇÃO

Desde a queda do muro de Berlim, ocorrida no final do século XX, o capitalismo consolidou-se como o modelo de trocas adotado por praticamente todos os países do globo. Junto com ele, ocorreu um grande desenvolvimento tecnológico que, possibilitando a globalização, propiciou a interconecção e o acesso global simultâneo entre pessoas e países nunca antes registrado na história da humanidade.

Com isso, as empresas passaram a ter um poder até então inexistente e têm ocupado cada vez mais o espaço político e econômico nas sociedades nas quais estão inseridas, pois o “mercado global” tem viabilizado a criação de uma sociedade altamente consumista que é capaz de comprar os mesmos bens e serviços em todos os locais do mundo.

Ocorre que o desenvolvimento do mercado não teria ganhado a proporção atual, se não fosse a atuação da publicidade, melhor forma de comunicação existente entre fornecedores e consumidores, e cujo principal (senão único) objetivo é estimular a aquisição de

1 Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE, na linha de pesquisa, Justiça, Empresa e Sustentabilidade.

2 Doutora em Direito pela PUC/SP, Professora e Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e do Mestrado em Direito da UNINOVE. Professora Colaboradora do Mestrado em Direito do UNIVEM.

produtos duráveis e não duráveis; úteis e inúteis. A fim de limitar que esse objetivo não fosse alcançado a qualquer custo, diversos países criaram legislações para regulamentar e colocar limites à publicidade, sendo ponto comum a proibição de publicidades que tragam informações inverídicas e discriminatórias.

O Brasil não fugiu desse modelo e o Estado Democrático trazido pela Constituição da República de 1988 determinou que a liberdade de expressão deve ser utilizada com limites (artigo 220, CRFB), bem como determinou que a livre iniciativa somente pode ser exercida se houver respeito aos princípios da ordem econômica (artigo 170 ,CRFB), dos quais destaca o respeito aos direitos do consumidor.

Dentre os diversos institutos que envolvem a relação de consumo, existe a publicidade que no Brasil tem suas regras bem delimitadas em diversos instrumentos normativos, principalmente, pelo Código de Defesa do Consumidor. Dentro desse microsistema jurídico se extrai que é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, a publicidade que discrimine a criança ou se utilize de sua deficiência de julgamento (artigo 37, §2º CDC).

Neste sentido, a problemática enfrentada pela presente pesquisa é se a publicidade voltada à criança não deve ser mais fiscalizada e limitada, uma vez que se trata de um consumidor cuja situação de discernimento o coloca em situação de extrema vulnerabilidade.

Para responder a ela foi necessário antes, firmar os seguintes pressupostos: em primeiro lugar, que o Brasil é um Estado Democrático e capitalista, no qual é permitida a livre iniciativa e o lucro; que este mesmo Estado Democrático determina que todos devam proteger a criança com mais ênfase reconhecendo o seu caráter de pessoa em desenvolvimento e, por último, que a empresa não pode mais ser analisada sob um prisma puramente individualista, devendo exercer suas atividades, sempre pautada em sua função social.

Também parte da afirmação de que os direitos humanos surgidos na terceira dimensão, reflexos das necessidades históricas da atualidade, e no caso brasileiro levados à categoria de Direitos Fundamentais como o Direito da Criança, dentro do paradigma da solidariedade, levam à convergência de sujeitos como o poder público, o sujeito particular, as empresas e a coletividade como ao mesmo tempo sujeitos desses direitos e responsáveis pela sua proteção e concretização.

Esta nova visão da empresa é reflexo da sua importância no ordenamento pátrio e, dentre os diversos enfoques que a função social pode ter, um deles refere-se, especificamente ao respeito ao consumidor. No presente trabalho, se restringirá a um aspecto bastante específico da relação de consumo, qual seja, a publicidade.

Sob essas considerações é que o trabalho se desenvolverá utilizando-se do método hipotético-dedutivo, verificando os enfoques teóricos que tratam da publicidade voltada para o público infantil de modo geral e, especificamente, da publicidade infantil que veicula alimentos não saudáveis - com alto teor de açúcar, sal, sódio, gorduras, etc, e que muitas vezes, são vinculadas juntamente com personagens do imaginário infantil (desenhos, personagens mirins, heróis, etc).

O objetivo geral é verificar as formas de regulação deste tipo específico de publicidade e como deve o Direito atuar garantindo o respeito aos princípios constitucionais da liberdade de expressão, da proteção integral à criança e, principalmente, da função social da empresa.

1.A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Fábio Konder Comparato (1983, p. 57) ao discursar para os calouros da faculdade de direito da USP de 1982 ressaltou que a

empresa é o símbolo da sociedade contemporânea e como tal, deve ser convocada pela sociedade para atuar de modo mais responsável. Guido Alpa (*apud*, BEANJAMIN, 2000, p. 259), por sua vez, afirmou que é a publicidade que pode, “de fato, ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna”.

Analisando detidamente o atual contexto histórico, se percebe que ambos os autores estão corretos e que as afirmações se complementam, pois a sociedade de consumo atual apenas reflete a importância das empresas que, para sobreviverem em um mercado altamente competitivo, precisam publicizar seus produtos e serviços. Aliás, etimologicamente, o conceito de publicidade, segundo Rizatto Nunes (2000, p. 398) diz respeito àquilo que é público ou àquilo que é feito em público. E publicidade não é sinônimo de propaganda, cuja origem latina – *propagare* - se remete à ideia de propagação de princípios, ideais, conhecimentos e teorias (NUNES2000, p. 398).

De fato, apesar de o senso comum utilizar de modo indistinto, os conceitos de publicidade e de propaganda não se confundem. Ambos transmitem informações, porém, a propaganda é utilizada para a divulgação ideológica, tal como uma propaganda política, filosófica ou religiosa; a publicidade, por sua vez, tem finalidade, basicamente, vinculada à venda de produtos e serviços, ou seja, basicamente, finalidade comercial. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2000, p. 266) sintetiza essa diferença afirmando que

a publicidade seria o ‘conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo cliente’. Já a propaganda é definida como o ‘conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico)’.

No que tange à publicidade, objeto do presente estudo, a necessidade de regulamentação decorre da sua importância no cenário atual e, aparentemente, é um fenômeno mundial. Na Europa,

por exemplo, além das legislações internas, a União Europeia, desde 2007, criou uma diretiva (2007/65/CE) referente a Serviços de Comunicação Social que visa coordenar e uniformizar as leis da oferta, com o objetivo de resguardar dois aspectos de interesse público, quais sejam: a diversidade cultural e a proteção dos menores (cf. ALVES, 2011, p. 14).

Da mesma forma, no Brasil, a publicidade é bastante regulamentada, sendo que na Constituição da República há princípios que restringem a atuação publicitária quando se afirma que a liberdade de expressão deve ser realizada, respeitando os princípios previstos no artigo 221, com destaque para o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, bem como é afirmado, no artigo 220, que a manifestação do pensamento no que diz respeito à “propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias” sofrerá maiores restrições legais³.

Conforme se verifica, a Constituição deixa claro que a publicidade será controlada. Este controle é realizado por diversas normas infraconstitucionais, sendo que os principais regramentos sobre o assunto estão inseridos no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que, de início, já afirma ser direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade abusiva e enganosa

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

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. (...)

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.

(artigo 6º, IV) e dentro do capítulo relativo a práticas comerciais (capítulo V), traz uma seção específica sobre publicidade (artigos 36, 37 e 38).

Esta preocupação, como já dito acima, decorre do reconhecimento da importância da publicidade no contexto social, mas decorre também da necessidade de tutelar-se o consumo, mesmo antes da sua ocorrência. Ou seja, apesar de a publicidade estar inserida, cronologicamente, antes da contratação do serviço ou da aquisição do bem, já se faz necessária a tutela do consumidor, garantindo que a boa-fé esteja presente em todos os momentos da relação jurídica. Nesse sentido, ressalta Herman de Vasconcellos e Benjamin:

O Código não se limitou ao regramento das relações contratuais de consumo. A proteção do consumidor tem início em momento anterior ao da realização do contrato. O legislador reconheceu, então, que a relação de consumo não é apenas contratual. Ela surge, igualmente, através das técnicas de estimulação do consumo, quando de fato, ainda sequer se pode falar em verdadeiro consumo, e sim em *expectativa de consumo*. A publicidade, portanto, como a mais importante dessas técnicas, recebeu atenção especial no Código. (BENJAMIN, 2000, p. 273)

Além do Código de Defesa do Consumidor, há no ordenamento jurídico outras normas legais e diversas diretrizes e recomendações administrativas que trazem modelos de como a publicidade deve ser e, principalmente, de como ela não deve ser⁴. Em todas, há um ponto

4 Dentre as recomendações existentes destaca-se:

- as recomendações das Câmaras de Comércio Internacionais (ICC - International Chamber of Commerce) e as diretrizes do Código Internacional da Prática Publicitária, editado originalmente em 1937 e revisto em 1949, 1955 e 1966 e, finalmente, em 1973 durante o Congresso realizado no Rio de Janeiro e cujos termos foram adotados pelo Brasil e 250 entidades de mais de 40 países;
- as diretrizes da Associação Internacional de Propaganda (IAA - International Advertising Association) e seus Congressos Mundiais, especialmente as que constam de seu estudo "Effective Advertising Self Regulation", publicado em 1974, e as recomendações do XXV Congresso Mundial de Propaganda realizado em Buenos Aires em 1976;

em comum, que diz respeito à preocupação de que as informações publicitárias sejam verídicas e não desrespeitem as minorias.

Essas duas diretrizes podem ser vistas claramente no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor que proíbe tanto a publicidade enganosa (decorrente de atos comissivos ou omissivos), como a publicidade abusiva, caracterizada por ser uma publicidade discriminatória.

Os objetos de proteção dos dois tipos de publicidade previstas no artigo 37 são distintos, pois a importância da veracidade nas informações publicitárias tem como finalidade não só a proteção dos consumidores que não podem ser enganados no momento da aquisição de bens ou produtos, mas também a proteção da própria concorrência, haja vista que uma publicidade enganosa afeta significativamente o mercado (*cf.* BENJAMIN, 2000, p. 298).

A publicidade abusiva, por sua vez, pode até não conter elementos inverídicos, mas ofende valores básicos da sociedade, caracterizando-se, segundo o artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, por ser uma publicidade discriminatória, capaz de incitar à violência, explorar o medo ou a superstição, aproveitar-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeitar valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Dentre as discriminações acima, destaca-se que o legislador foi claro em afirmar que é abusiva e, portanto, proibida, a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança. Porém, desta proibição surge o seguinte questionamento: Qual publicidade voltada à criança que não se aproveitará da sua inexperiência? Diversas são as respostas à questão acima.

Para Gilbert Leifert (*apud* SILVA, 2012, p. 14), a liberdade de expressão seria o fundamento maior do Estado de Direito, logo,

não é possível responsabilizar a publicidade infantil por males causados a crianças. Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva (2012) e Vidal Serrano Nunes (2008, p. 846) afirmam que o Estado tem o dever de restringir este tipo de publicidade, sendo que este último autor é taxativo em afirmar que o Código de Defesa do Consumidor em consonância com a proteção constitucional à criança, proíbe a publicidade dirigida ao público infantil. Diz, *in verbis*:

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

Ambas as teorias serão aprofundadas no momento oportuno, porém, independentemente da posição adotada, fato é que diante da concepção atual que se tem de que a empresa deve exercer uma função social, torna-se evidente que somente se permitirá o exercício da livre iniciativa e conseqüentemente da publicidade, se houver respeito aos demais princípios constitucionais, competindo ao Estado, em especial, zelar por essa premissa.

Porém, para compreender a possibilidade (ou não) de limitação, faz-se necessário, compreender, antes, a função social da empresa para o ordenamento jurídico pátrio.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo o art. 5º, parágrafo 1º da CF, todos os direitos e garantias fundamentais são direta e imediatamente vinculantes. Quando se tratar de Direitos Sociais e Difusos seria equivocado concluir que os mesmos não possuem aplicabilidade imediata, ou

que seriam normas programáticas, devido a impossibilidade de se conhecer imediatamente as possibilidades de sua incidência e exercício. A aplicabilidade imediata dos mesmos consiste na obrigação do legislativo e do executivo em cumprir a regulamentação e execução do que for necessário para o gozo dos mesmos, ou do judiciário para obrigas os órgão do Estado a implementá-los. (MARTINS; DIMOULIS, 2008, p. 104).

Ao efeito vinculante dos Direitos Fundamentais que obriga o Estado não só a abster-se de intervir na liberdade e garantias do indivíduo, mas também de prestar determinados serviços e assistência, dá-se o nome de eficácia vertical dos Direitos Fundamentais.

Porém, cada vez mais, firma-se a teoria de que os efeitos dos Direitos Fundamentais não se reduziriam ao Estado, ou seja, não é somente o Estado o destinatário dos Direito Fundamentais, uma vez que o particular também não pode violá-los, neste caso se estaria falando em eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. Esta teoria elaborada na segunda metade séc. XX, se baseia na ideia de superação da concepção de Direitos Fundamentais somente como direitos exigíveis em face do Estado, mas como um sistema de valores válido para todo o ordenamento jurídico.

Segundo a corrente a qual o presente trabalho se filia, os particulares podem recorrer diretamente aos Direitos Fundamentais para interpô-los tanto contra ato de outro particular ou de pessoas jurídicas assim como o faria se a violação fosse do Estado, não havendo necessidade de uma autorização ou concretização por parte do legislador infraconstitucional.

Neste sentido assevera Steinmetz:

Eventuais posições contrárias à vinculação dos particulares a direitos fundamentais bem como posições favoráveis a uma vinculação exclusivamente mediata ou com abertura mínima para uma vinculação

imediate são mais consistentes e consequentes com o paradigma do constitucionalismo liberal do que com o do constitucionalismo social e democrático da contemporaneidade, paradigma do qual a CF é um caso-exemplo. (2008, p. 100)

De especial valor para a presente pesquisa é a constatação de Daniel Sarmiento (2008, p. 106-107) de que com a dimensão objetiva consagra-se o reconhecimento de que os Direitos Fundamentais expressam os valores mais relevantes de determinada comunidade política, e que o zelo e a defesa desses direitos não é mais exclusivamente uma função do Estado, mas desta comunidade.

Verificada a existência da dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais, e sendo os Direitos da Criança e os Direitos do Consumidor considerados Direitos Fundamentais pela Constituição brasileira, significa dizer que os valores engendrados nesses Direitos irradiam por todo o ordenamento jurídico.

Por outro lado, como visto acima, Fábio Konder Comparato há muito já ressalta a importância da empresa na atualidade. Dessa importância social, surgiu a necessidade de imposição de regras a fim de que a livre iniciativa fosse exercida com limites e, principalmente, com respeito aos demais princípios constitucionalmente previstos.

Isso porque, ninguém mais consegue afirmar que a propriedade e a livre iniciativa sejam direitos absolutos, haja vista que desde a Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã de Weimar, promulgada em 1919, vem-se superando a concepção individualista de propriedade e consolidando-se que o uso da propriedade deve “ao mesmo tempo, servir ao interesse da coletividade”⁵ (PEREZ, p. 3).

Com o advento do Estado Social, abandona-se aos poucos a ideologia Liberal, individualista, patrimonialista e fulcrada na

5 Artikel 153 (3) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste. Documento Disponível em <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>, consultado em 22/02/2013.

absoluta autonomia da vontade, fazendo com que a atividade empresarial passe a ser analisada sob a ótica da sua função social.

Disciplinada na Constituição de 1988 e no Código Civil brasileiros, a atividade empresarial deve estar subordinada aos preceitos constitucionais, principalmente pelo fato de a empresa, assim com o direito privado como todo, desenvolverem as relações e âmbitos reservados e protegidos pelos Direitos Fundamentais.

Da mesma forma, a Constituição da República Federativa do Brasil determinou que tanto a propriedade como a livre iniciativa estão limitadas. Com relação à função social da propriedade, as diversas determinações expressas na Constituição (*vide* artigo 5º, XXIII; artigo 170, III; artigo 182, §2º; artigo 184; artigo 185) não deixam dúvidas de que o proprietário de bens imóveis no Brasil está cercado de obrigações que impedem o uso arbitrário do bem.

Por outro lado, não há na Constituição, previsão expressa de que as empresas – que são a principal expressão da livre iniciativa – devam ter qualquer função social, tendo em vista que a única previsão existente sobre o assunto no Corpo da Constituição da República, diz respeito à necessidade de a lei que instituir os estatutos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, dispor sobre a função social que estas instituições devam exercer (artigo 173, §1º, I).

Apesar dessa ausência, José Afonso da Silva (2005, p. 713) ressalta que o artigo 170 da Constituição Federal traz diversos princípios limitadores da atividade econômica, dentre eles, a função social. Assim, se a ordem econômica se implementa por meio da atuação empresarial, esta também se subordina ao princípio da função social.

Daí se conclui que a ordem constitucional brasileira também determina que as empresas devem cumprir sua função social, respeitando. Essa função social será delineada pelas regulamentações

estatais que condicionarão o lucro ao respeito de diversos outros princípios, tais como a soberania, a propriedade privada, a função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor, do meio ambiente, etc (artigo 170, CFRF).

Segundo Eros Grau (2010, p. 17 a 35), esta normatização nem sequer pode ser considerada uma intervenção do Estado na economia, pois, ainda segundo o autor, a concepção de que o Estado precisa intervir na economia, parte do falso pressuposto de que essas instituições são estanques, quando na verdade não o são. O mercado, então, assim como a família, a sociedade civil e o próprio Estado “são manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens (GRAU, 2010, p. 33)”.

A empresa privada na atualidade precisa, portanto, ser “funcionalizada” a partir dos valores constitucionais engendrados pelos Direitos Fundamentais, tais como dignidade da pessoa humana e função social da propriedade. Neste sentido, “funcionalizar” é “atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social.” (NALIN, 2001, p. 217)

Questões como relacionamento com os funcionários, compromisso com a preservação ambiental, relacionamento com fornecedores e consumidores, bem como o cuidado com o impacto de sua atuação na comunidade onde está inserida, são de relevância máxima para uma empresa socialmente responsável que se compromete com a proteção e o fomento dos direitos humanos fundamentais, inclusive em cumprimento da Constituição Federal.

3 FORMAS DE LIMITAÇÃO DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL EM FACE DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Na sociedade moderna dominada pelo consumo desenfreado e pela forte concorrência entre as empresas, disseminou-se a

publicidade que envolve e, muitas vezes, sufoca tanto adultos quanto crianças. Pois, tal como o Direito, a publicidade vem se efetivando como um ramo das ciências humanas, em que a linguagem e a análise do discurso são temas bastante aprofundados na tentativa de convencer os consumidores da necessidade de aquisição de produtos e serviços.

O ordenamento jurídico, entretanto, não se mostra alheio à essa realidade, haja vista que a Constituição da República tratou do tema (artigo 121) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.038/90) o regulamentou, impondo limites à publicidade que não pode conter mensagem falsa (publicidade enganosa) e nem pode incitar qualquer tipo de discriminação (publicidade abusiva), de tal forma que as empresas, ao tentarem vender seus produtos ou serviços, devem respeitar essas e outras regras previstas em lei.

No Brasil, porém, o controle da publicidade não é competência exclusiva do Estado, pois a legislação pátria, segundo relata Herman Benjamin (2000, p. 262), adotou um sistema misto de regulamentação de modo que tanto o Estado como outros partícipes privados, atuam como órgão regulamentares da publicidade. Aliás, exemplos bem sucedidos de controle privado são os realizados pelo Conselho Nacional de Regulamentação Publicitária - CONAR que administrativamente controla as publicidades veiculadas no país, havendo um Código Administrativo de autorregulamentação e um procedimento próprio a que as entidades filiadas se sujeitam, bem como, as divulgações contra a publicidade infantil divulgadas pelo instituto Alana.⁶

Porém, ao se falar em publicidade dirigida a crianças, o que se tem é um comportamento bastante permissivo por parte dos entes regulamentadores, sendo que a quantidade de publicidade

⁶ Sobre o CONAR, há mais informações em <http://www.conar.org.br/> Sobre o Instituto Alana, há mais informações em <http://alana.org.br/>

endereçada ao público infantil é muito alta, e desde o ano 2000 já se afirmava haver 14 milhões de consumidores mirins ativos no Brasil, sendo a faixa de público mais exposta à publicidade na televisão (BENJAMIN, 2000, p. 299).

Logo, é necessário adequar a necessidade da empresa de vender seus produtos e a liberdade de expressão que possui, com os direitos da criança e com a função social da empresa, também previstos constitucionalmente.

A Constituição Federal deu um tratamento especial para a criança, em razão da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, haja vista que o artigo 227 afirma ser dever da família, da sociedade e do Estado tratar a criança com absoluta prioridade. Mesmo assim, a possibilidade de regulamentação mais rígida da publicidade voltada para o público infantil é bastante controvertida entre os estudiosos do assunto.

Por outro lado, constatou-se no item acima que a livre iniciativa está repleta de amarras constitucionais, dentre elas, o respeito aos direitos do consumidor. Em relação a estes, há o parágrafo 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor que é explícito ao considerar abusiva a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança.

E com base nesses substratos constitucionais e legais, questionam-se as publicidades voltadas para o público infantil. Alguns, tais como Gilbert Leifert (*apud* SILVA, 2012, p. 14), afirmam que não há qualquer ilicitude no simples fato de a publicidade ser direcionada ao público infantil, haja vista que a manifestação de ideias por meio da publicidade tem fundamento na liberdade de expressão, constitucionalmente prevista.

Ocorre que, como ensina Rizzato Nunes (2012, p.573), a liberdade de expressão não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana e, como todos os demais direitos constitucionalmente

tutelados, a liberdade de expressão precisa ser ponderada no caso concreto.

Não vale a argumentação existente de que o princípio da liberdade de expressão garantido na Constituição Federal permite a discussão pública de questões discriminatórias. Além do fato de, como vimos, o fundamento primordial da Carta Magna ser a intangibilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ainda que o tema possa ser discutido, seu âmbito de existência é outro: é o da arte, da academia científica e até da política, jamais do controle de mercado de consumo. Por isso, a publicidade comercial não pode de maneira alguma agir de forma discriminatória.

Porém, tão polêmico quanto falar que a publicidade deve ser livre; é defender que toda publicidade voltada ao público infantil é ilícita, tal como afirmam Vidal Serrano Nunes Junior (2008, p. 842 a 846) e Isabella Vieira Machado Henriques (2008).

Pois, ainda que se entenda que toda criança seja inexperiente, não é toda publicidade que é ruim, pois nem todos os produtos adquiridos para as crianças são ofensivos à sua saúde, dignidade, etc. Logo, a hipossuficiência “físico-psíquica” a que Herman Benjamin (2000, p. 298) se refere, deve ser vista como um *plus* da vulnerabilidade que todo consumidor possui, de modo que a publicidade voltada ao público infantil deve ter um controle ainda mais rigoroso por parte do Estado, sem, contudo, ser extirpada.

Essa, aliás, é a recomendação da Câmara Internacional do Comércio que em 1982 promulgou normas de orientação para as publicidades voltadas à criança que devem ser

Veraz e claramente identificável como tal; não deve se aprovar a violência ou aceitar comportamentos que contrariem as regras gerais de comportamento social; não se pode criar situações que passem a impressão de que alguém pode ganhar prestígio com a posse de bens de consumo, que enfraqueçam a autoridade dos pais, contribuam para situações perigosas para a criança, ou que incentivem as crianças a pressionarem outras pessoas para adquirirem os bens. (BENJAMIN, 2000, p. 300),.

Posto isso, há de se concluir que não há proibição expressa para a publicidade infantil, mas certamente, há a necessidade de maior rigor e controle no seu uso. A questão se torna mais grave, em casos específicos, quando, por exemplo, a publicidade diz respeito a alimentos, pois não é incomum verificar a vinculação de produtos alimentícios, geralmente de baixo valor nutritivo (e conseqüentemente, bastante calóricos) a personagens de filmes e desenho infantis. Obviamente, o objetivo de tal vinculação é aumentar as vendas, estimulando os sentidos das crianças por meio da vinculação com personagem de seu imaginário.

Contudo, e como se sabe, não é essa a situação atual da publicidade no Brasil. A publicidade dos produtos aqui analisados dialoga com as crianças, usa personagens do imaginário infantil, é veiculada nos intervalos de programas infantis, assistidos quase que exclusivamente por crianças. Diante disso, e como já se afirmou, são possíveis diversas configurações *mais restritivas do que a situação atual*. (SILVA, 2012, p.27e 28)

Virgílio Afonso da Silva (2012, p. 2) aponta que a obesidade infantil já é um grande problema de saúde pública e, dentre as suas diversas causas, está o aumento de produtos alimentícios com grandes quantidades de açúcar ou gorduras. Segundo o autor, as razões que levam uma criança a consumir de forma desregrada também são várias, mas a publicidade existente sobre tais produtos, certamente, é um dos fatores desse aumento. Para um caso como estes de publicidade de alimentos não nutritivos e, principalmente, a sua vinculação com personagens infantis, há de se adotar a teoria mais restritiva e proibir a publicidade que exponha a saúde infantil, ou, ao menos, proibir a sua vinculação com qualquer brinquedo ou personagem infantil. Pois, ainda que a publicidade não seja o único fator que gera a obesidade, sem dúvida, ela é um fator incisivo que pode ser controlado pelo Estado.

É claro que a publicidade de alimentos com baixo teor nutritivo, com excesso de sal, açúcar ou gordura, não

pode ser considerada única responsável por nada. Muito menos é possível ver algum nexo de causalidade entre publicidade e obesidade. Mas isso não porque a publicidade não tem nenhum papel nesse problema de saúde pública, mas apenas porque «nexo de causalidade» é uma expressão tão sem sentido nesse contexto que é necessário desmistificá-la desde já. O que pode *causar* obesidade é a ingestão desmedida de produtos com alto teor de gordura e açúcar, por exemplo. Nem mesmo a ausência de atividades físicas *causa* obesidade. Ela é apenas uma condição que, associada às verdadeiras causas do problema, potencializam-nas. O mesmo vale para algum tipo de ansiedade que faça com que alguém exagere na ingestão de alimentos e, em decorrência disso, tenha algum aumento significativo no seu peso: a ansiedade não é a *causa* do sobrepeso. A ansiedade pode ter potencializado a causa, mas não é a causa. Nesse sentido, a publicidade obviamente não *causa* nada. Mas se ela é um fator – não o único, saliente-se também – que pode influenciar alguém em seus hábitos de consumo de alimentos com alto teor de açúcar ou gordura, então ela é uma variável nesse problema complexo que é a obesidade infantil. (SILVA, 2012, p. 21 e 22)

Aliás, adotar uma regulamentação mais rígida ou mesmo extirpar as publicidades de alimentos voltadas para o público infantil, não seria uma anomalia, haja vista que muitos países, identificando que este tipo de publicidade é um problema de saúde pública, já tomaram atitudes semelhantes, em defesa de suas crianças.

Seria possível, por exemplo, 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),⁴⁵ ou mesmo restringir totalmente a publicidade, dirigida às crianças, de qualquer produtos (como o fazem a Suécia e a Noruega), dentre várias outras medidas possíveis. (SILVA, 2012, p.28)

Adotar a teoria de que a publicidade infantil de alimentos vinculados a imagens infantis ou a brinquedos é proibida, tem pleno substrato constitucional no Brasil, havendo fundamentos tanto no artigo 227 que trata da proteção à criança, como no próprio artigo 170 que em seu inciso V, proíbe a livre iniciativa que desrespeita os direitos do consumidor.

Como visto, essa concepção de que a empresa está vinculada a outras normas constitucionais decorre da concepção de que ela não pode mais ser vista sob um prisma puramente individualista. Assim, em havendo a conclusão de que a publicidade voltada para o público infantil é uma publicidade abusiva, deve a empresa, voluntariamente, deixar de veiculá-la e, compete ao Estado, zelar por este direito, caracterizando tal atividade publicitária como ilícita e acarretando as sanções previstas no ordenamento aos infratores.

De fato, não é possível o exercício da atividade empresarial com violação à Constituição e se houver a necessidade de ponderação de valores tal como ensina provavelmente prevalecerá a proteção da pessoa em desenvolvimento, qual seja, a criança.

Ressalta-se, entretanto, que adotar a tese de que é vedada a publicidade destinada a crianças de alimentos não nutritivos ou, em última hipótese, proibir a vinculação de tais alimentos a qualquer personagem do imaginário infantil, não significa extirpar a publicidade do ordenamento e nem sequer, extirpar a publicidade infantil. Tal pleito também seria inconstitucional por violar a livre manifestação do pensamento que proíbe a censura.

No caso da publicidade dos produtos aqui analisados, são várias as possibilidades de configuração de restrições. As mais promissoras delas são aquelas que não proíbem a publicidade de nenhum produto específico, proibindo apenas que a publicidade desses produtos seja dirigida às crianças. Nenhum desses produtos - gêneros alimentícios e bebidas - são produtos consumidos apenas por crianças. Assim, a publicidade dirigida aos adultos pode continuar

livremente, afinal de contas, são os adultos, e não as crianças, que são consumidores no sentido técnico-jurídico da palavra. É esse público - os adultos - que deve ser o alvo da publicidade. (SILVA, 2012, p. 27)

De tudo isso, se conclui que a regra continua sendo a liberdade para a publicidade e apenas um maior rigor quando esta for dirigida ao público infantil. Entretanto, a restrição será bem maior em casos específicos, como por exemplo, as publicidades de alimentos não saudáveis e principalmente, a vinculação destes com outros objetos do imaginário infantil.

Percebe-se que o objeto da restrição é bem específico e, como visto, tem respaldo constitucional e legal, pois, reconhecer a proibição significa apenas dar efetividade ao parágrafo segundo o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor e, antes dele, aos preceitos Constitucionais que garantem uma prioridade na tutela da criança (artigo 227) e que determinam que toda atividade da empresa deve ser exercida com respeito à sua função social (artigo 170).

CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto no presente trabalho, conclui-se que a atividade empresarial de publicidade encontra-se bastante restrita no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a liberdade de expressão somente será exercida se não houver confronto com os demais direitos e objetivos constitucionais previstos. Tal restrição torna-se ainda maior quando a publicidade é dirigida ao público infantil, pois este ganhou proteção especial do constituinte que, reconhecendo o caráter de pessoa em desenvolvimento, determinou que toda a sociedade, inclusive as empresas atuassem na sua defesa.

Diante disto, torna-se imperioso que qualquer publicidade dirigida à criança deva ser analisada com bastante critério, excluindo

toda aquela que implique em abuso da condição de inexperiência que possui. Porém, no que diz respeito à publicidade de alimentos não nutritivos (com alto teor de açúcar, sal, sódio, gorduras, etc) as restrições precisam ser ainda mais efetivas, pois envolvem a saúde pública das crianças, sendo este um direito que precisa estar acima de qualquer atividade lucrativa.

Assim, regulamentar e, muitas vezes, proibir a vinculação de publicidades de alimentos, é o caminho constitucionalmente adequado a ser seguido, tendo em vista os preceitos constitucionais de proteção à criança e, também, a função social da empresa que, segundo o ordenamento constitucional, somente pode ser exercida com respeito aos princípios da ordem econômica.

Logo, a regra continua sendo a liberdade para a publicidade, apenas com um maior rigor quando esta for dirigida ao público infantil. Entretanto, a restrição será bem maior em casos específicos, como por exemplo, as publicidades de alimentos não saudáveis, que jamais podem ter seu consumo incentivado pelo Estado.

Data de Submissão: 30 jan 2015

Data de Aprovação: 30 mai 2015

Processo de Avaliação: Open Review com Aprovação do Conselho Editorial

Organizador: Maria Luiza Alencar M. Alencar Feitosa, Samyra H. Napolini e Gina Pompeu

Revisão Final: Maria Luiza Alencar M. Alencar Feitosa

Editor: Ernesto Pimentel

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Mônica Almeida. Marketing Infantil: um estudo sobre a influência da publicidade televisiva nas crianças. Dissertação de Mestrado - Curso de Direito de Coimbra, 2011. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/>. Acesso em 2013-02-22.

- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2001;
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CALDEIRA, Patrícia; MEIRA, Fabíola; e SODRÉ, Marcelo Gomes (coordenadores). Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: ed. Verbatim, 2009;
- COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 50, p. 57-74, 1983;
- COMPARATO, Fábio Konder. Afirmação histórica dos direitos humanos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16082011-160021/>>. Acesso em: 2013-03-25.
- DIMOLIUS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6a ed, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2000.
- HENRIQUES, Isabella Vieira M achado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson. A Publicidade Enganosa no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 15, jul/set.1995, p. 210 - 214;
- NERY JUNIOR, Nelson. Curso de Direito do Consumidor. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012;
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. Coordenação: Ives Gandra Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 842 a 846).

- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.
- NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material (arts. 1 a 54). São Paulo: Saraiva, 2000;
- RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. Um Mundo Refeito: O consequencialismo na análise econômica do Direito de Richard Posner. Dissertação de Mestrado – UFRS, 2006, disponível in <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/8053>, consultado em 08/01/2013;
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª . ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005;
- SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas não Alcoólicas voltada ao Público Infantil. Parecer jurídico emitido em 2012, disponível em http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/Parecer_Virgilio_Afonso_6_7_12.pdf, consultado em 26/02/2013.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. Direitos Humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.
- STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos humanos: normativa internacional. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

Fundamental Rights and the Limits of Advertising Directed to Children Regarding the Company's Social Function

Fábio Martins Bonilha Curi

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

Abstract: The present paper has as its main objective to analyze how the Brazilian legal system regulating the advertising, specifically, that addressed to children, in order to see if the suppliers are free to direct the purchase of their products or services directly to children or whether there are constitutional limitations that prohibit or restrict more concrete, this practice. Under these assumptions, the article will discuss how the consumer defense code, mainly, dealt with the abusive publicity and what are the constitutional limitations which the company is subject, on the grounds of social function. Later, there will be forms of children's advertising regulation, analysing, in particular, non-nutritious food advertising linked to characters from children's imagination. For both, the paper uses basically the hypothetical deductive method, being yourself in established doctrines that form the premises to the conclusion that we need more regulatory rigidity the children's advertising on grounds of constitutional priority treatment to the child and in view of the social function of the company.

Keywords: Social Function of the Company; Children's Advertising; Human Rights.