

Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro traz regulamentação sobre a publicidade infantil na Constituição Federal (art. 5º, XXXII, art. 22, XXIX, art. 24, art. 170 e art. 227), no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, arts. 36 a 38 e art. 39), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 2º, art. 16 e 17), Lei 9.294/1996 (que regulamenta a publicidade de bebidas alcoólicas), na Lei Geral de Proteção de Dados (art. 14), na Resolução Conanda 163/2014¹ e no Código de Ética Publicitária (art. 37).

Apesar da (extensa) regulamentação, os critérios e fundamentos de restrição da publicidade infantil não são claros, muito menos unânimes. De fato, para parte importante da doutrina, a publicidade infantil deve ser absolutamente restritiva e fundamentada na ideia de que a criança fica vulnerável ao consumismo, reclamando maior intervenção do Estado². De outra banda, parte da doutrina entende que as restrições devem ser mínimas, prevalecendo a liberdade de expressão e comunicação do fornecedor, rechaçando, portanto, maior intervenção do Estado³.

A pesquisa pretende esclarecer os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência sobre o tema e responder a seguintes perguntas:

¹ De plano, externamos nosso entendimento de que a resolução não pode ser considerada constitucional posto que o CONANDA não é órgão competente para tanto. O assunto é complexo e merece ser estudado de forma aprofundada, não sendo possível fazer nesse estudo.

² Sustenta Isabella Henriques: “Nesse contexto, a publicidade e a comunicação mercadológica não poderiam, em hipótese alguma, ser dirigidas a pessoa com menos de 12 anos de idade”. E em outro trecho: “Daí por que se vislumbram no país, atualmente, diversas das mais danosas consequências advindas da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, tais como: consumismo, formação de valores materialistas, obesidade infantil, distúrbios alimentares, erotização precoce, estresse familiar, diminuição das brincadeiras criativas e violência pela busca de bens de consumo. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil”. In: PASQUALOTTO, Adalberto. ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 123.

³ Nesse sentido, Marco Antonio da Costa Sabino, defende a atuação mínima do Estado, e conclui: “A grande lição que a humanidade deve ter em mente é que a liberdade deve ser sempre a regra, seus contornos e fronteiras deve ser definidos mínima e cautelosamente e suas restrições deve ser mais restritas possíveis”. “Por mais que o anúncio ofereça produto com o qual o destinatário não concorda, por mais que ele demonstre situação que gere certo grau de incômodo, por mais, enfim, que ele ocasionalmente se demonstre excessivo ou abusivo, a solução nunca será o banimento *a priori*, o controle excessivo, a regulação insidiosa. Não se pode perder de vista o que é básico nessa discussão toda: a publicidade comercial é faceta da liberdade. Como disse Dworkin, não é felicidade, equidade, justiça, mas simplesmente, liberdade”. **Publicidade e liberdade de expressão**: a defesa do direito de anunciar. Curitiba: Juruá, 2019. p.176-177.

- ✓ Qual o fundamento político e jurídico para a proteção da criança e do adolescente em relação à publicidade e às práticas comerciais abusivas?
- ✓ Quem são as crianças e adolescentes para os fins da nossa legislação?
- ✓ Quem são os agentes responsáveis pela proteção da criança e do adolescente em relação à publicidade e às práticas comerciais abusivas?
- ✓ Qual o conceito de publicidade infantil?
- ✓ Qual o conceito de prática comercial abusiva?
- ✓ Quais são os limites e critérios de intervenção do Estado para a proteção da criança e do adolescente em relação à publicidade conforme a legislação brasileira?
- ✓ Como os países da União Europeia, o Reino Unido e os Estados Unidos regulam o tema e sob quais perspectivas essa regulação se dá?
- ✓ Quais as recomendações que os principais fóruns internacionais que discutem as relações de consumo (notadamente a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD – e a organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, dentre outros) dispensam ao tema da publicidade infantil?

Com o objetivo de situar o leitor e indicar os fundamentos das respostas, faremos breve texto introdutório para delinear a sociedade de consumo, os fundamentos do marketing e seus impactos em relação ao desenvolvimento infantil.

1. Sociedade de consumo

Vivemos em uma sociedade de consumo. O modo de produção capitalista se estendeu por todo o ocidente, e, de certa forma, a cultura do consumo é parte integrante da nossa civilização.

Resta-nos entender como a sociedade de consumo é modelada e como ela se modela. É a sociedade de consumo que forma novos consumidores, ou novos consumidores formam a sociedade de consumo? Utilizando a linguagem publicitária, queremos saber se o biscoito vende mais porque é fresquinho ou é fresquinho porque vende mais? E o marketing? Como pode ser responsável pelas escolhas dos consumidores?

Tomemos, primeiramente, a ideia hoje designada por *materialismo histórico*. A concepção materialista histórica foi proposta por Marx e Engels em “O Manifesto do

Partido Comunista” de 1848, em que os autores atribuíam ao capitalismo a responsabilidade de ser o divisor da sociedade. Ressalte-se que o problema centrava-se, na visão de Marx, na propriedade privada, que alienava o homem através da exclusão deste com relação à terra⁴.

“Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência” ou “o Econômico determina o social e o político”. Essas frases resumem a ideia do materialismo histórico e podem ser facilmente transportadas para as relações de consumo. Aplicando a mesma lógica, deveríamos considerar o consumidor como uma “vítima” da sociedade de consumo, um ser que somente participa dessa sociedade por ter nascido em um sistema capitalista consumista, alguém que não tem outra opção senão a de consumir, incluindo, aqui, as crianças. Nesse caso, a publicidade seria a forma de hipnotizar as crianças para que essa se torne, desde a tenra idade, consumista, mantendo, assim, a sociedade de consumo.

Em outras palavras, conforme o materialismo histórico, a existência de uma sociedade de massa determina o comportamento do consumidor, que não tem consciência (um alienado), como se a sociedade de consumo fosse composta por uma grande massa amorfa, seres humanos sem cérebro ou vontade própria, que sustenta as estruturas e superestruturas sociais. O marketing seria, portanto, uma engrenagem da engenharia social para a manutenção do sistema capitalista.

De fato, em uma das abordagens da sociedade de consumo, muitos doutrinadores partem da premissa de que o consumidor é levado a consumir sem que faça grandes digressões a respeito da necessidade da compra, tudo em razão da imposição de bens de consumo feita pelos fornecedores para acumular capital⁵. Ousamos discordar dessa ideia,

⁴ Marx deu sustentação à ideia de que o mesmo artefato desenvolvido pelo homem (referindo-se às ferramentas) mais tarde foi o mesmo que o alienou. “A alienação é o fenômeno pelo qual os homens criam ou produzem alguma coisa, dão independência a essa criatura como se ela existisse por si mesma e em si mesma, deixam-se governar por ela como se ela tivesse poder em si e por si mesma, não se reconhecem na obra que criaram, fazendo-a um ser-outro, separado dos homens, superior a eles e com poder sobre eles” (CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998. p. 170). Já dissemos aqui que, em nosso entendimento, o homem é antes *faber* em razão da sua própria natureza, independe do sistema político ou econômico que vive.

⁵ “O exame das condições socioeconômicas que envolvem o fenômeno do consumo, no sistema de mercado do tipo capitalista, coloca em questão a pertinência dos postulados da teoria do consumo individual. Se é sem dúvida verdadeiro dizer que o consumo é o objetivo de toda a atividade econômica, não se pode afirmar que ela é o fim, desta. ‘A escolha do empresário em fabricar tal bem, e não outro, não resulta tanto da consciência que ele tem do estado das necessidades do consumidor mas mais da possibilidade maior ou menor de rentabilizar um dos fatores de produção, do capital, fator privilegiado entre os outros, o que lhe assegura a acumulação’. Mais que se dirigir às únicas demandas expressas no mercado, o ofertante vai

que é um dos fundamentos ou, quiçá, a premissa mais importante do pensamento marxista⁶.

Conforme Hannah Arendt⁷, a condição humana (trabalho, labor e ação) é determinada pela nossa necessidade de sobrevivência, de produção de objetos e de convivência política com os nossos pares. Tudo aquilo que toca a nossa vida passa a fazer parte da nossa condição humana, visto que influencia diretamente em nossa forma de pensar, de agir e de ser. Até aí, pouca novidade em relação ao materialismo político, e não negamos essa influência.

Ocorre que o homem também é parte integrante da sociedade e a influencia diretamente. **Ao mesmo tempo que somos influenciados, também influenciemos.** É justamente por esse motivo que a sociedade está sempre em pleno movimento, em mudança constante, ainda que não possamos perceber de forma nítida. Fôssemos fruto da sociedade sem que nada pudéssemos alterar em sua realidade, ainda estaríamos vivendo como nos primórdios. Basta espiar a nossa janela do escritório para perceber que essa não é a realidade do mundo. Quanto maior a liberdade do indivíduo em sociedade, maior é o potencial de mudança e evolução do próprio indivíduo e da sociedade.

Partimos a nossa pesquisa do entendimento de que a necessidade de consumir é que faz o fornecedor satisfazer as necessidades do consumidor. Na mesma esteira, Livia

impor sua própria escolha. Fala-se a respeito de um ‘desvio de consumo’, isto é, de uma apropriação do processo de consumo pela força de produção capitalista. Técnicas tão avançadas que permitirão ao sistema de produção assegurar a manutenção das demandas que ela se propõe a criar e encorajar: o exercício de pressões sobre a percepção das necessidades e sobre a expressão das demandas por meio da publicidade e dos métodos comerciais mais e mais agressivos, a incitação ao crédito e ao endividamento, a diferenciação artificial dos bens ao consumo, a obsolescência programada dos produtos industriais, a entrada no reino das mercadorias e dos serviços anteriormente não tratados como tal (lazer, atividades culturais e esportivas, informação...), o extraordinário potencial do desenvolvimento oferecido pelas novas técnicas de comunicação, de informação e de trocas constituem tantos determinantes quanto embaraços e influem diretamente sobre o processo de consumo. A espontaneidade das escolhas do consumidor, a liberdade e a racionalidade destes aparecem bem teóricas. Normas de comportamento ou normas sociais de consumo são criadas, então o efeito é integrar os modos de consumo nas condições de produção. O consumidor perde assim o controle da função de consumir, e a visão contratualista das relações de consumo se encontra privada de fundamento” (BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** – RDC 2/7, p. 1.082, abr.-jun. 1992).

⁶ E complementa Hannah Arendt: “O erro básico de todo materialismo político – materialismo este que não é de origem marxista nem sequer moderna, mas tão antigo quanto a história da teoria política – é ignorar a inevitabilidade com que os homens se revelam como sujeitos, como pessoas distintas e singulares, mesmo quando empenhados em alcançar um objetivo completamente material e mundano. Eliminar essa revelação – se isto de fato fosse possível – significaria transformar os homens em algo que eles não são; por outro lado, negar que ela é real e tem consequências próprias seria simplesmente irrealista” (**A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 196).

⁷ **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

Barbosa, ao discutir as origens e o desenvolvimento da sociedade de consumo, afirma:

Outra questão reveladora e importante é que as grandes invenções tecnológicas que estão associadas à Revolução Industrial ocorreram muito tempo depois dessa explosão do consumo a que todos os autores se referem. As principais invenções mecânicas da indústria de tecidos, cabeça de lança da industrialização, só apareceram a partir da década de 1780, embora a indústria de roupas já funcionasse a todo o vapor, fundada no trabalho externo ou doméstico dos artesãos, permanecendo com essa estrutura produtiva até a década de 1830. O mesmo se refere à indústria de brinquedos, cujas inovações tecnológicas só vieram a afetá-la depois de plenamente estabelecida. Podemos concluir, portanto, que não foram essas inovações que fizeram as pessoas consumirem mais. O lado econômico desse debate entre produtivistas e os que advogam a anterioridade de uma revolução de consumo e comercial precedendo a Revolução Industrial assume ou que as pessoas são, por definição insaciáveis, ou que existe uma propensão natural a consumir, que faz com que qualquer aumento de renda ou salário seja alocado sempre no consumo de mais bens e mercadorias⁸.

O homem, com o seu trabalho, produz coisas para suprir suas necessidades e desejos, o que dá início ao ciclo de produção e troca no mercado. “O todo está na parte, que está no todo”. Com essa premissa, que traduz o *princípio da recursão organizacional* no pensamento complexo, temos um círculo gerador no qual os produtos e os efeitos são eles próprios produtores e causadores daquilo que os produz.

Nas palavras de Edgar Morin,

Nós, indivíduos, somos os produtores de um processo de reprodução que é anterior a nós. Mais uma vez somos produtos, nos tornamos produtores do processo que vai continuar. Essa ideia é válida também sociologicamente. A sociedade é produzida pelas interações entre indivíduos, mas a sociedade, uma vez produzida retroage sobre os indivíduos e os produz. Se não houvesse a sociedade e sua cultura, uma linguagem, um saber adquirido, não seríamos indivíduos humanos. Ou seja, os indivíduos produzem a sociedade que produz os indivíduos. Somos ao mesmo tempo produtos e produtores. **A ideia recursiva é, pois, uma ideia em ruptura com a ideia linear de causa/efeito, de produto/produzidor, de estrutura/superestrutura, já que tudo o que é produzido volta-se sobre o que o produz num ciclo mesmo autoconstrutivo, auto-organizador e autoprodutor**⁹ (grifo nosso).

Na sociedade de consumo isso não é diferente: **consumidores produzem a sociedade de consumo que produz consumidores**. Tanto assim, que é vasta a bibliografia estudada nas universidades de administração e marketing sobre o comportamento do consumidor. Empreendedores devem sempre estar atentos às necessidades dos consumidores para que possam colocar produtos e serviços no mercado de consumo que tenham sucesso e, aí sim, possam alcançar o lucro esperado.

Logo, consumidores não são zumbis, seres alienados e sem vontade própria. Ao contrário, são seres humanos que fazem escolhas conforme suas necessidades pessoais,

⁸ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. p. 16.

⁹ MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 74.

seus sonhos e desejos. Conforme Lipovetsky¹⁰:

Daí a necessidade de reconsiderar a famosa questão da alienação do *Homo consumidor*. Sublinhou-se com razão que o consumo moderno devia ser analisado não como um signo de alienação, mas como a expressão da liberdade humana, sendo a instabilidade que manifestamos para com as mercadorias uma das maneiras que tem o sujeito de não se perder no objeto, de afirmar sua superioridade em relação à exterioridade das coisas. No entanto, a subjetividade do neoconsumidor afirma-se menos na relação com o objetivo que na relação de si para si. “O espetáculo”, escrevia Debord, “é o sonho mau da sociedade moderna acorrentada que, afinal, não exprime mais que seu desejo de dormir”. Então há apenas “passividade” e hipnotismo no consumo moderno? A verdade é que aí se descobre mais mobilidade e negatividade que sonambulismo, a mudança permanente das coisas tendo como objetivo principal nos “descoisificar”, sacudir a repetição do já sentido e do já conhecido. É preciso interpretar o apetite consumista como uma maneira, decerto banal, mas mais ou menos bem-sucedida, de conjurar a fossilização do cotidiano, de escapar à perpetuação do mesmo pela busca de pequenas novidades vividas. Através do ato de consumo, é a rejeição de uma certa rotina e da coisificação do eu que se exprime. O hiperconsumo é a mobilização da banalidade mercantil, com vista à intensidade vivida e à vibração emocional. Ainda existe subjetividade transcendente no consumidor de última geração, seu tropismo traduzindo o desejo de não ser inteiramente “fígado” pelo comum dos dias e pelo repetitivo da vida. **O modelo do neoconsumidor não é o indivíduo manipulado e hipnotizado, mas o indivíduo móvel, o indivíduo-órbita zapeando as coisas na esperança, muitas vezes frustrada, de zapear sua própria vida**¹¹ (grifo nosso).

Cerca de 80% (oitenta por cento) de todos os produtos que são colocados no mercado de consumo não fazem sucesso e deixam de ser fabricados. Diariamente empresas abrem e fecham suas portas por falta de lucratividade e, muitas vezes, com enormes prejuízos aos fornecedores por estes não terem encontrado a “fórmula mágica” de atrair os seus consumidores. Caso o fornecedor não entenda as necessidades do seu cliente, ficará fora da relação de preferências dos consumidores.

O foco no atendimento das necessidades do cliente é o segredo de uma relação justa e duradoura entre o consumidor e o fornecedor. A General Electric Company, por exemplo, declarou em seu relatório anual de 1990 ser uma empresa voltada para a satisfação dos seus clientes, utilizando a seguinte frase:

em uma empresa sem fronteiras os clientes são considerados pelo que são – sangue vital de uma empresa. A visão dos clientes sobre suas necessidades e a visão na empresa tornam-se idênticas, e

¹⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 69.

¹¹ Guy Debord, em sua obra *A sociedade do espetáculo*, segue o materialismo histórico e defende a ideia de que vivemos em um “espetáculo”, que somos alienados e que esse alheamento social, resultante do fetichismo consumista, faz “coisificar” o indivíduo. Assim, qualquer assunto, seja de ordem cultural, seja de ordem política ou econômica, deve ser visto como mera ilusão, tudo para assegurar a riqueza da classe dominante.

cada esforço de cada homem ou mulher da empresa está concentrado na satisfação das necessidades¹².

Por outro lado, a cultura local pode influenciar diretamente os hábitos de consumo, e os fornecedores (ainda que sejam fornecedores globalizados) fazem adaptações de seus produtos e serviços para atender a seus consumidores. Bom exemplo disso é a famosa rede de sanduíches que produz diferentes lanches em cada um dos países para atrair o consumidor local¹³.

Perguntamo-nos, portanto, até que ponto o fornecedor é orientado pelo consumidor e o consumidor é orientado pelo fornecedor. Se, por um lado, os fornecedores não medem esforços para entender às necessidades dos clientes e atender a elas dentro das suas possibilidades, por outro lado, consumidores têm inúmeras queixas sobre a qualidade dos produtos e serviços, especialmente no Brasil, em que muitos fornecedores não têm o mesmo foco no cliente se comparado com países mais desenvolvidos¹⁴.

Sabemos que nosso *homo complexus* não é ser só racional. Ao contrário, ele é *sapiens* e *demens*. Nossas opções de consumo não são, portanto, somente racionais. Compramos para satisfazer a uma necessidade pessoal, pelo gosto de comprar, de presentear:

¹² SHETH, Jagdish N.; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. **Comportamento do cliente**: indo além do comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2001. p. 39.

¹³ Estamos nos referindo à rede Mc Donalds, que apesar da globalização e de estar presente em vários países, vem sofrendo forte queda de faturamento em razão da má qualidade dos produtos e da forte concorrência imposta por outras redes que oferecem produtos de melhor qualidade e mais diversificados. Cf. <<http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2015/01/economist-explains-7>>.

¹⁴ “Focar o cliente leva a servir melhor as necessidades da sociedade. Nas questões políticas, a democracia refere-se, como colocou Abraham Lincoln, ao ‘governo do povo, pelo povo, para o povo’. Da mesma forma, no mercado, a democracia nos negócios significa que as empresas são governadas pelos e para os clientes. De fato, esse é o fundamento da obra seminal de Adam Smith, *A riqueza das nações*. Prestar atenção ao comportamento do cliente e estruturar uma empresa para que ela responda as suas necessidades, desejos e preferências acarreta a democracia em negócios para os cidadãos de uma nação, atendendo tanto ao interesse público quanto ao privado. Os cidadãos dão seu voto econômico, patrocinando o profissional de marketing que eles acreditam responder melhor a suas necessidades. Isso é contrário às empresas de propriedade do Estado, como as que existiam na antiga União Soviética, onde ficou óbvio que as empresas centralizadas não atendem bem seus clientes. O sistema é mais eficiente para servir o interesse público é a democracia dos negócios. Em outras palavras, cria-se um sistema mais eficiente tanto para clientes finais quanto para industriais, se as empresas buscam os objetivos da democracia nos negócios, concedendo aos clientes liberdade de escolha e dependendo do patrocínio econômico desses clientes para o seu próprio bem-estar. As mudanças ocorridas na Europa Ocidental demonstraram como a democracia econômica está fortalecendo-se em países de todo o mundo, beneficiando-se tanto as empresas, quanto os recém-libertados (em termos econômicos e também políticos) cidadãos (ou seja, ‘clientes’)” (SHETH, Jagdish N.; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. **Comportamento do cliente**: indo além do comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2001. p. 38).

A visão não complexa das ciências humanas, das ciências sociais, considera que há uma realidade econômica de um lado, uma realidade psicológica de outro, uma realidade demográfica de outro etc. Acredita-se que essas categorias criadas pelas universidades sejam realidades, mas esquece-se que no econômico, por exemplo, há as necessidades e os desejos humanos. Atrás do dinheiro, há todo mundo de paixões, há a psicologia humana. Mesmo os fenômenos menos econômicos *stricto sensu*, os fenômenos de multidão, os fenômenos ditos de pânico, como se viu recentemente ainda em Wall Street e em outros lugares. A dimensão econômica contém as outras dimensões e não pode compreender nenhuma realidade de modo unidimensional¹⁵.

Enfim, embora muitas das decisões dos consumidores não sejam absolutamente conscientes¹⁶, são responsáveis pelas suas escolhas, ainda que não sejam as melhores escolhas que possam ser feitas no mercado.

A liberdade, direito fundamental e universal, sempre virá acompanhada das responsabilidades pelas escolhas. Bem resume Ortega y Gasset: “Viver é sentir-se fatalmente forçado a exercitar a liberdade, a decidir o que vamos ser neste mundo”¹⁷.

¹⁵ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 68.

¹⁶ Segundo Daniel Kahneman, vencedor do Nobel em economia, nossa mente funciona como os dois sistemas que dirigem nossos pensamentos. Nossas atividades mentais são controladas por dois sistemas diferentes – o intuitivo (sistema 1) e o racional (sistema 2). O sistema intuitivo é rápido e produzir respostas quase instantâneas. Já o segundo sistema é programado para pensar, analisar, avaliar e então responder. É normal acreditar que nossas decisões são direcionadas pelo sistema racional, mas a verdade é que o sistema intuitivo, que é praticamente involuntário, é a base para a maioria das nossas decisões, mesmo aquelas que tomamos utilizando o sistema racional. O sistema 2 é chamado para agir apenas quando estamos em uma situação ou evento que requer algum pensamento complexo ou alguma análise. Mesmo quando usamos constantemente o sistema 2, o sistema 1 ainda pode distorcer nossas decisões. O autor apresenta diversas heurísticas para mostrar como reagimos de maneira irracional em diversas situações. Isso acontece por sermos influenciados inconscientemente por uma variedade de fatores externos e experiências de vida. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. São Paulo: Objetiva, 2012.

¹⁷ “A nossa vida, como repertório de possibilidades, é magnífica, exuberante, superior a todas as historicamente conhecidas. Mas assim como o seu formato é maior, transbordou todos os caminhos, princípios, normas e ideais legados pela tradição. É mais vida que todas as vidas, e por isso mesmo mais problemática. Não pode orientar-se no pretérito. Tem de inventar o seu próprio destino. Mas agora é preciso completar o diagnóstico. A vida, que é, antes de tudo, o que podemos ser, vida possível, é também, e por isso mesmo, decidir entre as possibilidades o que em efeito vamos ser. Circunstâncias e decisão são os dois elementos radicais de que se compõe a vida. A circunstância – as possibilidades – é o que da nossa vida nos é dado e imposto. Isso constitui o que chamamos o mundo. A vida não elege o seu mundo, mas viver é encontrar-se, imediatamente, em um mundo determinado e insubstituível: neste de agora. O nosso mundo é a dimensão de fatalidade que integra a nossa vida. Mas esta fatalidade vital não se parece à mecânica. Não somos arremessados para a existência como a bala de um fuzil, cuja trajetória está absolutamente predeterminada. A fatalidade em que caímos ao cair neste mundo – o mundo é sempre este, este de agora – consiste em todo o contrário. Em vez de impor-nos uma trajetória, impõe-nos várias e, conseqüentemente, força-nos... a escolher. Surpreendente condição a da nossa vida! Viver é sentir-se fatalmente forçado a exercitar a liberdade, a decidir o que vamos ser neste mundo. Nem num só instante se deixa descansar a nossa atividade de decisão. Inclusive quando desesperados nos abandonamos ao que queira vir, decidimos não decidir. É, pois, falso dizer que na vida ‘decidem as circunstâncias’. Pelo contrário: as circunstâncias são o dilema, sempre novo, ante o qual temos de nos decidir. Mas quem decide é o nosso caráter” (ORTEGA Y GASSET, José. Trad. Herrera Filho. *A revolução das massas*. Edição eletrônica disponível em:

Fosse o materialismo histórico o fundamento teórico/político/econômico da decisão acerca das restrições sobre a publicidade, não seria necessário discutir a problemática que envolve o consumo e a publicidade infantil.

A resposta aqui seria a simples e direta: defenderíamos a proibição de qualquer tipo de direcionamento de publicidade ao público infanto-juvenil (diga-se, aliás, a proibição de qualquer tipo de publicidade) já que o problema estaria, essencialmente, no consumo e no consumismo.

Entendemos, no entanto, que o sistema de produção capitalista, fruto da liberdade humana, é o consagrado pela Constituição Federal, expressamente previsto no art. 5º e no art. 170, e a análise deve ser feita à luz da Constituição Federal.

2. Marketing e publicidade: conceito

O marketing é fruto da sociedade de consumo e constitui um campo multidisciplinar e está sempre em busca de novas contribuições e técnicas para a compreensão do comportamento do consumidor, visando explicar o porquê, quando e a frequência de compra de um determinado produto ou serviço de uma organização.

O conceito de marketing é permanentemente revisitado pelos profissionais da área e da neurociência. Para Semenik e Bamossy “marketing é uma filosofia de negócios”¹⁸, trazendo, portanto, a ideia de que a promoção de produtos e serviços da empresa tem como propósito fundamental a satisfação das necessidades de seus clientes.

Kotler, por sua vez, amplia esse conceito define marketing como sendo “um processo social e gerencial através do qual indivíduos e grupos obtêm aquilo que desejam e de que necessitam, criando e trocando produtos e valores uns com os outros”¹⁹. Para este autor, o marketing está diretamente relacionado a conquista do cliente e na manutenção dos relacionamentos com eles.

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000060.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2015. p. 35).

¹⁸ SEMENIK, J. R.; BAMOSSY, G. J. **Princípios de marketing**: uma perspectiva global. São Paulo: Makron Books, 1995. p.12.

¹⁹ KOTLER, Philip; GARY, Armstrong. **Princípios de marketing**. Rio de Janeiro: Prentice Hall do Brasil, 1998. p. 3.

Além disso, a meta do marketing é atrair novos clientes, buscando sempre a maximização dos valores e satisfação de todos os clientes, atendendo as suas necessidades e demandas dos consumidores, criando-se um elo entre empresa e cliente, com objetivo de gerar valores mútuos.

As necessidades, segundo Kotler, podem ser de ordem física (vestuário, alimento, calor e segurança); de ordem social (inclusão a um determinado grupo e afeição) e de ordem individual (conhecimento, auto-realização). Vale dizer, essas necessidades são próprias do homem.

Na teoria de Kotler, as pessoas têm desejos quase infinitos, mas recursos limitados, ou seja, nem tudo o que as pessoas desejam podem adquirir. Ademais, os desejos humanos sofrem modificações de acordo com sua origem, cultura e situação econômica. Além disso, as necessidades ou desejos específicos dos compradores podem ser realizados através da troca, logo o tamanho de um mercado depende do número de pessoas que apresentam necessidades, têm recursos para fazer trocas, e estão dispostas a oferecer esses recursos em troca do que desejam.

Em outra obra denominada “Marketing 4.0” o mesmo autor defende a ideia de o mundo e o cenário dos negócios estão se tornando mais horizontais, inclusivos e sociais e que o marketing deve ser adaptar a nova realidade da economia digital²⁰, sendo que o papel do marketing passa a ser o de guiar o cliente por uma jornada de consumo denominado pelo autor de “os cinco As”: assimilação, atração, arguição, ação e apologia.

²⁰ “O conceito de confiança do consumidor não é mais vertical. Agora é horizontal. No passado, os consumidores eram facilmente influenciados por campanhas de marketing. Eles também buscavam e ouviam autoridades e especialistas. Entretanto, pesquisas recentes em diferentes setores mostram que a maioria dos consumidores acredita mais no fator social (amigos, família, seguidores do Facebook e do Twitter) do que nas comunicações de marketing. A maioria pede conselhos a estranhos nas mídias sociais e confia neles mais do que nas opiniões advindas da publicidade e de especialistas. Nos últimos anos, essa tendência estimulou o crescimento de sistemas de avaliação pública como TripAdvisor e Yelp. Nesse contexto, as marcas não deveriam mais ver os consumidores como meros alvos. No passado, era comum as empresas transmitirem sua mensagem por diferentes mídias publicitárias. Algumas até inventavam uma diferenciação pouco autêntica para poder se destacar da multidão e dar respaldo à imagem de sua marca. Com isso, a marca costuma ser tratada como uma embalagem externa, permitindo uma representação falsa de seu verdadeiro valor. Essa abordagem não será mais eficaz, porque, com a ajuda de suas comunidades, os consumidores se defendem das marcas ruins das quais são alvos. O relacionamento entre marcas e consumidores não deveria mais ser vertical, e sim horizontal. Os consumidores deveriam ser considerados colegas e amigos da marca. E a marca deveria revelar seu caráter autêntico e ser honesta sobre seu verdadeiro valor. Somente então ela será confiável. KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 4.0: do tradicional ao digital**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017. *E-book*

O objetivo do marketing 4.0 seria o de conduzir o consumidor da assimilação à apologia, não apenas demonstrar o produto e incitar desejo nos consumidores²¹.

Na fase de *assimilação*, os consumidores estão passivamente expostos a uma lista de marcas em razão de experiências passadas, da comunicação de marketing ou do boca a boca de outros clientes. Esse seria o “portão” para todo o caminho do consumidor. Tornando-se consciente da marca, na fase de *atração*, os consumidores passam a processar as mensagens criando memória de curto prazo ou ampliando a memória de longo prazo.

Na sequência, na fase de *arguição*, os consumidores costumam prosseguir pesquisando as marcas pelas quais tem atração, obtendo mais informações dos amigos, família, da mídia ou direto das marcas. Assim, “o caminho do consumidor muda de individual para social”. Aqui, os consumidores pedem conselhos, fazem avaliação on-line (que pode ocorrer através dos tutoriais), ou mesmo testes de produtos nas lojas, forçando as empresas a estarem presentes em todos os canais para convencer o cliente.

Se forem convencidos até essa fase, os consumidores passam para a fase de *ação*. Adquirindo a marca específica, os clientes passam a interagir, em especial com o atendimento pós-venda. Assim, os fornecedores devem envolver os clientes e certificar de que a experiência de posse e consumo seja positiva. Por fim, a fase de *apologia* é aquela em que o consumidor passa a desenvolver fidelidade a marca, que se reflete na retenção, recompra e defesa da marca.

Não se pode negar, no entanto, que apesar das estratégias de marketing das empresas, muitos dos produtos lançados não alcançam o sucesso esperado. Lindstrom, então, lança as seguintes perguntas: o que nos impulsiona, como consumidores, a fazer a escolha que fazemos? O que nos faz escolher uma marca ou um produto em detrimento do outro? O que os consumidores estão realmente pensando? Ao responder as perguntas, o autor afirma²²:

“Ninguém consegue dar uma resposta decente a essas perguntas, as empresas seguem em frente usando as mesmas estratégias e técnicas que sempre usaram. Os profissionais de marketing, por exemplo, ainda estão usando os mesmos métodos de sempre: uma pesquisa quantitativa – que envolve entrevistas com inúmeros voluntários a respeito de uma ideia, conceito, produto ou até mesmo um tipo de embalagem -, seguida de uma pesquisa qualitativa, que se concentra com mais

²¹ KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 4.0**: do tradicional ao digital. Rio de Janeiro: Sextante, 2017. *E-book*.

²² LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo**: verdades e mentiras sobre o por que compramos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 27.

intensidade em discussões com grupos menores, cuidadosamente escolhidos naquela mesma população”.

O autor sugere que o insucesso das marcas é reflexo de estratégias mercadológicas obsoletas e de pesquisas realizadas pelas empresas que são pouco confiáveis, já que a intenção de comprar um produto ou serviço informada pelo indivíduo em uma pesquisa tradicional, não necessariamente, se transforma em comportamento real futuro de compra desse mesmo produto ou serviço. Aprofundando seus estudos, Lindstrom afirma que a neurociência pode ser o caminho para a melhor compreensão do comportamento do consumidor no mercado.

Neuromarketing é a aplicação da neurociência ao marketing, que busca compreender o funcionamento do cérebro e ajuda a desvendar a razão pela qual escolhemos determinadas marcas. Como uma nova luz, os conceitos do neuromarketing surgem para entender o que realmente se passa na mente dos consumidores, e ir muito mais além do que eles dizem nas pesquisas tradicionais.

O neuromarketing passa a analisar o comportamento do consumidor a partir dos estímulos cerebrais, levando em consideração a influência das cores, dos aromas, do design, das emoções e do comportamento irracional (ou subconsciente) dos consumidores.

Essa nova metodologia ganha cada vez mais espaço no mundo dos negócios, alcança a mente do consumidor e tem uma interpretação mais direta e confiável do que palavras utilizadas no marketing tradicional. Como Lindstrom afirma, aproximadamente 90% do nosso comportamento de consumidor é inconsciente e ressalta: “neuromarketing não significa implantar ideias no cérebro das pessoas ou força-las a comprar o que não querem: significa revelar o que está dentro da nossa cabeça – nossa lógica de consumo”²³.

Em outro trecho, o autor adverte:

Não acredito que o neuromarketing seja um instrumento insidioso de governos corruptos ou anunciantes desonestos. Acredito que seja simplesmente uma ferramenta, como um martelo. Sim: nas mãos erradas, um martelo pode ser usado para arrebentar a cabeça de alguém, mas esse não é o propósito, e isso não significa que os martelos devem ser banidos, confiscados ou

²³ LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo**: verdades e mentiras sobre o por que compramos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 27.

proibidos. O mesmo vale para o neuromarketing. Trata-se simplesmente de um instrumento usado para nos ajudar a decodificar o que nós, consumidores, já estamos pensando ao sermos confrontados por um produto ou marca, e que às vezes até nos ajuda a desvendar métodos desleais usados por publicitários para nos seduzir e trair sem que tenhamos conhecimento”²⁴.

De fato, a neurociência vem revolucionando a maneira como compreendemos o comportamento e as motivações humanas e cada vez mais vem sendo utilizada no mercado de consumo. O tema será aprofundado na parte III da pesquisa.

3. O comportamento do consumidor

O comportamento do cliente pode ser definido como “as atividades físicas e mentais realizadas por clientes de bens de consumo e industriais que resultam em decisões e ações, como comprar e utilizar produtos e serviços, bem como pagar por eles”²⁵. É uma área interdisciplinar que une áreas como a psicologia, economia, sociologia, antropologia cultural, semiótica, demografia, história e que gira em torno dos processos cognitivos, motivacionais e emocionais do indivíduo.

Entender o comportamento do consumidor é permitir compreender os seus valores, evitando, assim, um erro no planejamento de marketing devido a uma análise tendenciosa do mercado, pois não se leva em consideração os aspectos descritos acima em relação ao consumidor.

Os elementos culturais podem influenciar diretamente o consumo no aspecto quantitativo e qualitativo. O tipo de produto a ser colocado no mercado de consumo também dependerá dos hábitos culturais locais²⁶. Bom exemplo disso são a alimentação

²⁴ LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo**: verdades e mentiras sobre o por que compramos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 14.

²⁵ SHETH, Jagdish N.; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. **Comportamento do cliente**: indo além do comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2001. p. 29.

²⁶ “A busca por sentidos no consumo revela que o modo como o consumidor se comporta também é uma forma dele se expressar, ainda que de forma não verbal. Ele expressa seus interesses a partir de suas escolhas. Mais que isso, os bens consumidos pelo consumidor refletem sua classe social, educação, cultura, além dos grupos a que pertence (ou quer pertencer). Quando o consumidor escolhe um bem, ele também quer demonstrar algo, quer dizer algo sobre si. Esses são apenas alguns sentidos que podem decorrer do comportamento do consumidor. O comportamento do consumidor é uma forma de expressão que denota sentido, assim como a linguagem. Por isso, assim como a linguagem, podemos afirmar que também se trata

e a moda, que, embora tenham pontos em comum no mundo todo, sempre sofrerão variações de acordo com os hábitos locais²⁷.

Em relação ao universo infantil, Karsaklian pondera que a sociedade do lazer, que é a nossa, está indissociavelmente vinculada à sociedade de consumo, e influenciou, de modo considerável, as crianças, tornando-as conscientes do seu papel de consumidoras. As crianças, conscientes do seu novo poder financeiro, dificilmente poderiam reagir de forma diferente. Submersas nas avalanches de bens de consumo, elas devem aceitar, sem dúvidas nem inibições, o dever de consumir como o preço a pagar pela prosperidade e o tempo livre²⁸.

Livia Barbosa ressalta que a escolha da identidade e do estilo de vida não é um ato individual ou arbitrário, mas depende, conforme já assinalamos, da cultura em que o indivíduo está inserido, e exemplifica:

A sociedade indiana seria um bom exemplo dessa disjunção entre sociedade e cultura de consumo. Nela, a religião desempenha um papel importante nos tipos de alimentos que podem ser consumidos, nos critérios de poluição que estruturam diferentes práticas de preparação e ingestão dos mesmos e na escolha dos cônjuges, uma tarefa deixada a cargos dos pais na ausência de uma ideologia de amor romântico, que o relacione diretamente a casamento e vida comum. Paralelamente a essas lógicas e práticas culturais que afetam diretamente o direito de escolha individual, extremamente valorizado nas culturas de consumidores de algumas sociedades ocidentais, existe uma intensa economia de mercado e instituições que procuram proteger o “freguês”, lançando mão de princípios tanto tradicionais, baseados em um código jurídico e legal, expresso na noção de direitos do consumidor. Origina-se dessa disjunção a necessidade de pensarmos sobre sociedades e culturas de consumo ou sobre etnografias de sociedades e culturas de consumo²⁹.

de um meio de expressão. Também como a linguagem, a escolha de consumo tem o poder de incluir e excluir. Percebe-se a possibilidade de se fazer diversas relações entre elementos da linguagem e a maneira de consumidor. Mas antes de continuarmos com esse estudo, acredito ser importante falar um pouco sobre o que compreendo sobre linguagem” (CORDEIRO, Carolina Souza. O comportamento do consumidor e a antropologia da linguagem. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 84, p. 45, out. 2012).

²⁷ No mesmo sentido: “O Nescafé que se compra na Suíça não tem o mesmo gosto que aquele vendido na França, mesmo estando no outro lado da fronteira. O mesmo se pode dizer dos iogurtes Danone, que apresentam diferenças gritantes em sua coloração, sabor, consistência e aroma na França e no Brasil. Essa adaptação deve-se às diferenças de gosto que existem de um país para o outro. Os franceses, mais acostumados a tomar iogurte natural e comer queijo branco, têm preferência por iogurtes com sabor menos acentuado; enquanto no Brasil, a preferência é por sabores mais adocicados, cores mais fortes e odor acentuado. Ela parece particularmente adequada, quando com base em uma mesma necessidade, os consumidores desenvolvem expectativas que são, ao mesmo tempo, muito diferentes de uma cultura para outra e difíceis de mudar por causa de sua posição central no sistema cultural. Renunciando a todas as desvantagens da padronização, essa estratégia considera que cada subgrupo cultural é um mercado específico” (KARSAKLIAN, Eliane. **Comportamento do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 165).

²⁸ KARSAKLIAN, Eliane. **Comportamento do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 240.

²⁹ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. p. 9.

É inegável a influência dos filhos no processo decisório de compra dos pais³⁰, também é inegável que a primeira fase de compreensão do mundo é vivida e ensinada pelos pais, que, a depender do seu comportamento frente às decisões de compra, também influenciarão as preferências dos filhos. Muitos são os fatores já estudados pelas citadas áreas do conhecimento que indicam a forte influência dos pais nos hábitos de consumo dos filhos³¹.

Nesse sentido, conforme Blandína Šramová aponta, precisamos estar atentos ao fato de que não é possível estabelecer relação de causalidade direta entre o marketing e a influência de compra. O autor exemplifica a afirmativa com a questão da obesidade infantil e a publicidade de alimentos, afirmando que os anúncios de produtos sem valor nutricional são tentadores para as crianças, mas a obesidade infantil não é influenciada puramente pelo marketing, devendo também ser analisado o nível de atividade física praticado pela criança, os hábitos alimentares indesejáveis prevalentes na família da criança, entre outros fatores. Isso demonstra o denominado “o paradoxo da parentalidade moderna”, onde os pais sabem o que é bom para seus filhos, mas lhes oferecem opções menos saudáveis³².

³⁰ “Os filhos, na qualidade de membros da família, constituem um importante mercado-alvo para empresas de todos os produtos domésticos. Em 1990, as crianças americanas foram responsáveis por um gasto direto de mais de 60 bilhões de dólares, e influenciaram mais de 380 bilhões em gastos feitos por outros membros da família. A influência dos filhos aumenta com a idade. Um estudo constatou que 21% das mães de crianças entre cinco e sete anos cediam ao pedido delas, sendo que essa porcentagem subia para 57% no caso de crianças entre 11 e 12 anos”. **Comportamento do cliente:** indo além do comportamento do consumidor. SHETH, Jagdish; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. São Paulo: Atlas, 2001. p. 545.

³¹ “One of the first social links is family. Thus, in consumer socialization process, it is important to observe the child-parent relationship. Parent-child relationships are less confrontational and more collaborative these days. Advertising reacts to that and puts the parent in a position of an adviser (e.g., when choosing a bank to open an account). Moreover, in some countries, we witness a decrease of commercials focused on products linked to obesity and unhealthy lifestyle (e.g., fast food, snacks, products high in sugar, breakfast cereals) and an increase of commercials promoting alternative products: fruit juice, water, fresh fruit, and vegetables”. ŠRAMOVÁ, Blandína. **Children’s Consumer Behavior**. E-book. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.69190>

³² However, we have to stay aware of the fact that correlational relationship between observed variables does not indicate causal relationship. Let us take the example of the relationship between obesity and food marketing. It is clear that adverts for products with no nutritional value are tempting for children. Nevertheless, children obesity is not influenced purely by food marketing but also by insufficient physical activity, undesirable eating habits prevailing in the child’s family, and so on. Noble et al. propose “the paradox of modern parenting,” by which they mean that parents know what is good for their child but provide them with less healthy options. ŠRAMOVÁ, Blandína. **Children’s Consumer Behavior**. E-book. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.69190>

O comportamento do consumidor também é explicado pelo neuromarketing com a ajuda das técnicas de neurociência, que medem a atividade neural e explicam as tomadas de decisões pelos consumidores.

4. A criança na sociedade de consumo

Uma criança que tenha o seu nascimento nos dias atuais passará, necessariamente, a viver em uma sociedade de consumo, será rodeada de produtos e serviços que não estavam disponíveis para uma criança nos séculos passados. Ficará condicionada a tudo que a cerca, desde a fralda descartável que é colocada em um bebê assim que sai do ventre materno, passando pelo chocalho que vai distraí-lo nos primeiros meses de vida até os jogos de videogame que será moda na sua infância e adolescência.

Estará envolvida por novas tecnologias, e, provavelmente, por estar condicionada a essas novas tecnologias, saberá utilizá-las melhor que seus pais (e deixará os avós orgulhosos por conseguir manipular equipamento com o qual eles nem sequer sonhavam na infância).

Ensina Edgar Morin que a relação indivíduo-sociedade é *hologramática, recursiva e dialógica*. É *hologramática* já que o indivíduo está na sociedade e a sociedade está no indivíduo, ou seja, não é possível separar a parte do todo, “a parte está no todo, assim como o todo está na parte”. É *recursiva*, a causa produz um efeito, que por sua vez produz uma causa. Os indivíduos produzem a sociedade que produz os indivíduos, e, por consequência, a emergência social depende da organização mental dos indivíduos, mas a emergência mental depende da organização social (no sentido de oferecer liberdade de criar novos rumos). É *dialógica* visto que a relação do indivíduo com a sociedade (e vice-versa) é ao mesmo tempo complementar e antagônica³³.

Assim, para a nossa pesquisa, partimos da premissa de que a criança está em uma sociedade de consumo e faz parte dela, produz a sociedade de consumo e é produzida por

³³ . MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 167.

ela, e que tem uma relação complementar e antagônica com essa sociedade. A relação é antagônica com a sociedade porque todo ser que vem ao mundo traz o seu próprio código genético (somos sete bilhões de habitantes e ninguém carrega o mesmo código genético), de modo que, sendo cada ser humano ser único, sempre haverá antagonismo e contrapontos, formando uma sociedade plural.

A criança deve crescer em ambiente que lhe ofereça liberdade suficiente para desenvolver sua personalidade e, ao seu próprio modo, influenciar diretamente a vida em sociedade. Reconhecemos, desse modo, que crianças e adolescentes são atores que influenciam e são influenciados pela sociedade e, por óbvio, está exposta a toda e qualquer atividade de marketing utilizada em sociedade.

Nas palavras de Hannah Arendt,

O labor e o trabalho, bem como sua ação, têm também raízes na natalidade, na medida em que sua tarefa é produzir e preservar o mundo para o constante influxo de recém-chegados que vêm a esse mundo na qualidade de estranhos, além de prevê-los e **levá-los em conta**. Não obstante, das três atividades, a ação é a mais intimamente relacionada com a condição humana da natalidade; o novo começo inerente a cada nascimento pode fazer-se sentir no mundo somente porque o recém-chegado possui capacidade de começar algo novo, isto é, agir. Neste sentido de iniciativa, todas as atividades humanas possuem um elemento de ação e, portanto, de natalidade. Além disso, como a ação é atividade política por excelência, a natalidade, e não a mortalidade pode constituir a categoria central do pensamento político, em contraposição ao pensamento metafísico³⁴ (grifo nosso).

Nosso desafio será, justamente, delinear um limite, tênue limite, entre a condição humana, a vida em sociedade e sua influência no desenvolvimento da criança no que diz respeito a publicidade infantil.

De fato, conforma já pudemos avaliar, juntamente com Adolfo Mamoru Nishiyama, a criança e o adolescente são hipervulneráveis? na sociedade de consumo³⁵. A proteção do vulnerável não ocorre somente no Código de Defesa do Consumidor. Temos, por exemplo, na Constituição Federal, a proteção do trabalhador, do idoso, da criança, do adolescente e do jovem³⁶.

Nas relações de consumo, podemos considerar que todos os consumidores são

³⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 17.

³⁵ DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, p. 13-45, out.-dez. 2010.

³⁶ A “hipervulnerabilidade” foi utilizada por Herman Benjamin: (STJ, 2ª Turma, REsp 1.064.009/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 4/8/2009).

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 jurídico³⁷.

A criança é, portanto, hipervulnerável, apresentando especial vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica e informacional, sendo necessária uma proteção diferenciada no mercado de consumo.

5. Proteção integral da criança *versus* liberdade de comunicação do fornecedor

O art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal, dispõe que é livre a manifestação do pensamento e livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. No mesmo sentido, a Constituição Federal³⁸, em seu art. 220, proíbe a restrição à manifestação do pensamento, à liberdade de criação, expressão e informação, bem como qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística. Esse dispositivo constitucional abrange, portanto, **a liberdade de expressão e pensamento, a liberdade de informação e a liberdade de**

³⁷ DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. *Revista de Direito do Consumidor – RDC*, p. 19, out.-dez. 2010.

³⁸ 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.

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

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 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 que garantam à pessoa da família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

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

comunicação social.

Por este motivo, analisando os artigos mencionados, dentre outros, José Afonso da Silva define a liberdade de comunicação prevista na Constituição como um conjunto de direitos, de meios e de formas que viabilizam a promoção desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação^{39 40}.

Vale lembrar que a comunicação social engloba, inclusive, a comunicação via *internet*. As consequências desta intensa e célere transformação tecnológica não foram completamente abarcadas pelo direito, restando adequar o ordenamento jurídico atual ao fato, lembrando que o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados trouxeram alguma regulamentação específica para o setor.

São previstas na própria Constituição algumas intervenções estatais relativas à comunicação social. Com o objetivo de proteção da infância e da juventude, há reservas expressas nos §§ 3º e 4º, do art. 220, relativas às classificações indicativas de shows, teatros, cinemas e programação televisiva.

De fato, a liberdade de comunicação social, garantida pelo art. 220, legitima a União a regular as diversões e espetáculos públicos, devendo informar a natureza, as faixas etárias a que se recomendem, os locais e horários adequados. É, ainda, dever da União estabelecer meios para que os pais possam efetivamente exercer o poder familiar diante dos entretenimentos colocados à disposição no mercado de consumo⁴¹.

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 243.

⁴⁰ Tratando do assunto, o autor afirma que, conforme a Constituição, as formas de comunicação regem-se de acordo com quatro princípios básicos: “(...) (a) observado o disposto na Constituição. não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo por que se exprimam; (b) nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; (e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de autorização, concessão ou permissão do Poder Executivo federal, sob controle sucessivo do Congresso Nacional, a que cabe apreciar o ato, no prazo do art. 64, §§ 2.º e 4.º (45 dias, que não correm durante o recesso parlamentar); (f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 243.

⁴¹ Barroso explica que a Constituição Federal de 1934 “introduziu expressamente a possibilidade de censura prévia aos espetáculos e diversões públicas, na dicção do art. 113, n. 9: ‘9) Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, *salvo quanto a espetáculos e diversões públicas*, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social’. Mais adiante, explica que ‘com o colapso das instituições democráticas e o advento do Estado Novo e da Carta de 1937, implantou-se um rigoroso sistema

Em relação à publicidade, o art. 220 da Constituição Federal estabelece restrições expressas à publicidade de alguns produtos, vejamos:

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

A Lei 9.294/1996, regulamentou o dispositivo constitucional restringindo fortemente a publicidade dos produtos nela mencionados. Tais restrições são fundamentadas na saúde pública dos cidadãos.

Por ora, de se concluir, que a publicidade de produtos e serviços no mercado de consumo está relacionada ao direito de os fornecedores comunicarem a existência de produtos e serviços no mercado de consumo, e que as restrições relativas à publicidade está vinculada apenas ao tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxico, medicamentos e terapias.

Por fim, é de se notar que a Constituição Federal **não veta a publicidade de produtos voltados ao público infantil e não cria qualquer restrição específica para esse público**, nem mesmo relativa aos casos de saúde pública os anúncios de alimentos com alto teor de gordura, açúcar e sódio.

De outra banda, o art. 227 da Constituição Federal garante a proteção integral a crianças e adolescentes e o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, considera abusiva a publicidade “que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.

de censura prévia à liberdade de expressão, abrangendo a imprensa, espetáculos e diversões públicas. Já a Constituição de 1946 retomou a inspiração do Texto de 1934, em reprodução quase literal, com o acréscimo da vedação ao preconceito de raça ou de classe. Após o movimento militar de 1964, foi editada a Constituição de 1967, logo substituída pela Emenda n. 1, de 1969, outorgada pelos Ministros do Exército, da Marinha de Guerra e da Aeronáutica Militar. A Carta de 1969, procurando manter a fachada liberal e com penosa insinceridade normativa, enunciava no art. 153, § 8º: ‘§ 8.º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes’. A referência final à *moral e aos bons costumes* não constava do Texto de 1967. A longa noite ditatorial, servindo-se de instrumentos legais como a Lei 5.250, de 09.02.1967, e o Dec.-lei 236, de 28.08.1967, bem como do voluntarismo discricionário de seus agentes, trouxe o estigma da censura generalizada aos meios de comunicação. Suprimiam-se matérias dos jornais diários, sujeitando-os a estamparem poesias, receitas culinárias ou espaços em branco. Diversos periódicos foram apreendidos após sua distribuição, tanto por razões políticas como em nome da moral e dos bons costumes” (BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. *RT*, vol. 790, p. 129, ago. 2001. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, vol. 2, p. 779, ago. 2011. DTR/2001/368, p. 778/779).

Sendo o marketing uma ferramenta de persuasão e sendo a criança e o adolescente hipervulneráveis, resta-nos analisar os limites de restrição das liberdades do anunciante e os critérios para determinar a proteção da criança frente aos mecanismos de marketing.

6. A influência da ciência política na definição de critérios de intervenção do Estado para regulamentação da publicidade infantil

Reconhecido o direito garantido pela Constituição Federal de o fornecedor colocar produtos e serviços no mercado de consumo, na forma do art. 5º e do art. 220 da Constituição Federal e reconhecida a vulnerabilidade da criança e do adolescente ao receber a mensagem publicitária é imprescindível a análise da atuação do Estado diante de uma **aparente antinomia** entre tais direitos.

De fato, o direito de anunciar não pode ser considerado absoluto e irrestrito, e deve sofrer restrições, para o exato cumprimento do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor e demais dispositivos constitucionais mencionados.

Para estabelecer critérios interpretativos de restrição à publicidade infantil, devemos avaliar o papel do Estado, o que, de certo modo, sempre tocará a concepção política e ideológica do intérprete. De fato, dependendo da concepção política ou ideológica que se toma, podemos ter variadas respostas a respeito do papel do Estado em relação à proteção da criança quando exposta à publicidade.

É inegável o diálogo entre a Política e o Direito. Explica Celso Lafer que o Direito é constitutivo e regulador da ação política, requer consenso e se fundamenta na promessa. Nas palavras do autor,

a promessa estabelece um limite estabilizador necessário à imprevisibilidade e à criatividade de ação. Daí a importância, na interação humana, do *pacta sunt servanda*, no qual se fundamenta o Direito. Uma constituição – como mostra Hannah Arendt na análise da experiência norte-americana que, em *On Revolution*, ela discute como metáfora exemplar do poder constituinte originário – tem duas dimensões que esclarecem a relação entre Direito e Política da maneira mais correta. São elas a da construção do *homo faber* do espaço público, e da obtenção do acordo para agir conjunto, por meio da promessa. A Constituição é, portanto, um construído convencional, no qual a contingência do consenso, cuja autoridade deriva do ato de fundação, é uma virtude, pois a

verdade da lei repousa na convenção criadora de uma comunidade política, que ensaja a gramática da ação e a sintaxe do poder⁴².

Tomada a influência entre Direito e Política, e sendo o Direito o regulador da Política, entendemos de grande importância estudar, ainda que de forma breve, algumas correntes da filosofia política contemporâneas que se propõem a estudar o papel do Estado e as relações com os indivíduos.

Explica José Eduardo Faria que, atualmente, no âmbito da filosofia política, há quatro correntes teóricas liberais. Vejamos⁴³:

a) os *libertários* (ou anarco-capitalistas), como Robert Nozick e Friedrich Hayek, defendem a ideia de Estado mínimo, que tem como valor máximo a *liberdade*, sem qualquer intervenção do Estado no domínio econômico. Em suma, para essa corrente: a) o aparato estatal tem sido utilizado para pressionar o indivíduo e violar seus direitos (inclusive quando obriga a ajudar ao próximo através do pagamento de tributos); b) as ideias de justiça social são um contrassenso por comprometer as liberdades inerentes ao homem; c) a livre apropriação seria o único princípio de justiça; e d) só o Estado mínimo, limitado às funções restritas de proteção contra a força e fiscalização do cumprimento de contratos, é justificável. Assim, a função do Estado, para os libertários, está ligada ao cumprimento coercitivo dos contratos e à proteção contra a força, ou seja, a proteção da vida⁴⁴;

b) os *liberais contratualistas*, de John Rawls e Ronald Dworkin, que tratam de questões relativas à efetividade e ao reconhecimento dos direitos civis dentro da tradição kantiana, vendo a sociedade como uma combinação da afirmação de identidades e da eclosão de conflitos entre distintas concepções individuais acerca do bem e da vida digna;

c) os *comunitaristas*, como Michael Walzer⁴⁵ e Michael Sandel, que recuperam a tradição aristotélica e a) põem em xeque a pressuposição de um sujeito universal e não situado historicamente, b) enfatizam a multiplicidade de identidades sociais e culturas étnicas presentes na sociedade contemporânea e c) concebem a justiça como a virtude na aplicação de regra conforme as especificidades de cada meio ou ambiente social, criticando os liberais por não serem capazes de lidar com as situações intersubjetivas e por ver os diálogos apenas como uma sucessão alternada de monólogos⁴⁶;

⁴² LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 26.

⁴³ Prefácio da obra CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁴⁴ Rechaçamos, para a pesquisa, o pensamento libertário por não aceitar as assimetrias de mercado de ficando impossível fundamentar qualquer forma de atuação do Estado para a proteção do consumidor com o pensamento libertário.

⁴⁵ Para Michel Waze, o papel das instituições é garantir liberdade aos indivíduos, com direitos protegidos de toda interferência exterior, sendo que a história pessoal está interligada à história social: “o indivíduo não cria nem determina as instituições nas quais está inserido. Por conseguinte, escola, igreja, família, dentre outras instituições, têm história particular, de acordo com as sociedades que são estudadas, e refletem os postulados de fé, saber e são nutridas pela civilização. Em conclusão, os homens e mulheres são livres enquanto viverem em instituições” (PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 80).

⁴⁶ Sobre o debate entre o comunitarismo e o liberalismo político, explica Leonardo Martins que: “no que tange a questões como a prescrição de um *modus vivendi* fomentado pelo Estado e a resposta do liberalismo

d) os *críticos-deliberativos*, como Jürgen Habermas, formados pela tradição hegeliano-marxista, para quem a) os valores normativos modernos só podem ser compreendidos por meio de leituras intersubjetivas, b) o princípio do universalismo moral foi encarnado de modo imperfeito nas instituições do Estado constitucional, tendo definido a ponto de ser não mais que uma simples palavra, c) só a razão comunicativa possibilita “acordos sem constrangimentos” em condições de se irradiar para toda a sociedade e d) a diversidade das concepções individuais a respeito da vida digna, apregoada pelos *liberais*, e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições, enfatizada pelos *comunitaristas*, estão presentes nas democracias contemporâneas, não havendo como optar por uma em detrimento da outra.

O liberalismo-contratualista (também chamado de liberalismo-social ou liberalismo igualitário), adotado como premissa para a pesquisa e para o norteamento de eventuais políticas públicas que serão sugeridas, a autonomia e a autodeterminação dos indivíduos e das famílias e preconiza a atuação do Estado para a defesa de direitos fundamentais, especialmente do direito à liberdade.

John Rawls, precursor do liberalismo-igualitário, partindo do fato do pluralismo em sociedade, ou seja, das múltiplas possibilidades de valores e concepções dos indivíduos a respeito da vida social e da cultura, defende uma teoria de caráter político sem qualquer conotação moral ou de bem-estar social. O desafio fundamental de sua teoria é justamente buscar um consenso sobre o que é justo diante da multiplicidade de concepções abrangentes de comunidades, grupos e indivíduos. Sua teoria busca determinar o que é “justo”, não o que é “moral”, “ético” ou “bom”. Nas palavras do autor:

Primeiro, a prioridade do justo significa (em sentido geral) que as ideias do bem utilizadas devem ser políticas (§ 1.2), de modo que não precisamos nos basear em aceções abrangentes do bem, mas apenas em ideias moldadas para se acomodar no interior da concepção política. Segundo, a prioridade do justo significa (em seu sentido particular) que os princípios da justiça estabelecem limites para as formas de vida permissíveis (§ 1.2): as exigências que os cidadãos fazem ao tentar realizar fins que transgridem esses limites não têm nenhum peso. **A prioridade do justo dá aos princípios de justiça uma precedência rigorosa nas deliberações dos cidadãos, e limita sua liberdade de promover certos modos de vida.** Essa prioridade caracteriza a estrutura e o conteúdo da justiça como equidade e aquilo que esta considera como boas razões na deliberação (grifo nosso)⁴⁷⁻⁴⁸.

político que enfatiza o mandamento de neutralidade do Estado com base em sua tríade da legitimidade, igualdade e ceticismo político no sentido de não se abraçar ‘verdades’, sobretudo no que concerne a uma ‘concepção de bem’ que fosse divulgada pelo Estado” (**Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29).

⁴⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 258.

⁴⁸ Em outra obra, a mesma preocupação é externada pelo autor: “A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior

Diante da fragmentação e da diversidade de valores e concepção de bens no mundo atual⁴⁹, sustenta o autor a necessidade de um “consenso sobreposto”, qual seja um consenso em torno de uma concepção pública de justiça compartilhada pela comunidade social⁵⁰. A busca desse consenso exige da parte dos cidadãos o uso da razão pública, da capacidade de colocar-se na esfera pública buscando alcançar um entendimento em torno dos dissensos resultantes da pluralidade de doutrinas abrangentes⁵¹.

Outro ponto de essencial importância para a teoria de John Rawls é o valor dado para a liberdade. A proposta do pensador é elaborar uma teoria da justiça que garanta um equilíbrio entre a igualdade e a liberdade, de modo que se possa conjugar o **princípio da liberdade**, tido como o **valor supremo da vida humana**, e o **princípio da igualdade**, visto como **valor fundamental da convivência humana**.

desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa, as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais” (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 4).

⁴⁹ “A complexidade da relação entre indivíduo, espécie, sociedade, cultura e ideias é a condição da liberdade. Quanto maior a complexidade da trindade humana, maior a parte da autonomia individual, maiores possibilidades de liberdade” (MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 279).

⁵⁰ “A essa altura, invocamos a ideia de um consenso sobreposto e dizemos: se uma concepção de política de justiça é mutuamente reconhecida por cidadãos razoáveis e racionais que endossam doutrinas abrangentes e razoáveis num consenso sobreposto, esse fato em si confirma que suas instituições básicas e livros têm espaço suficiente para forma de vida que merecem a adesão devotadas dos cidadãos. Pressuponho, evidentemente, que a concepção política de justiça endossada pelo consenso razoável satisfaz, tanto quanto podemos ver, todos os critérios razoáveis de reflexão crítica. **Essa é a garantia mais razoável que podemos ter: a de que nossas instituições políticas contenham um espaço suficiente para formas de vida valiosas, e a de que, nesse sentido, nossa sociedade política possa ser boa e justa**” (grifo nosso) (RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 259).

⁵¹ “O homem é para a sociedade e esta para aquele um problema para resolver. Apesar disso, ambos são de tal modo estruturados de modo que possam coexistir. Essa hipótese, em que a sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as reduções últimas e fundamentais de uma complexidade indeterminada de indivíduos num conjunto ainda complexo de interações, porém, mais ‘domesticado’, muda a concepção da relação entre Direito e sociedade. Se o homem concreto precisa da sociedade para viver, isso não quer dizer que ele faça *parte* dela. Segue-se daí que a juridicidade das relações inter-humanas não pode ser deduzida da natureza humana. O Direito é visto, então, **como uma estrutura que define os limites e as interações da sociedade**. Mas não é única, havendo ao seu lado outras, como as cognitivas, as estéticas, etc. Como estrutura, porém, ele é indispensável, por possibilitar uma estabilização de expectativas nas interações, congruentemente generalizadas. Sem essa generalização congruente não poderiam os homens orientar-se mutuamente, não podendo esperar suas próprias expectativas” (grifo nosso) (FERRAZ, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 99).

A prática equitativa permite aos indivíduos estabelecerem uma situação em que ninguém “leve vantagem” e que os pressupostos dos termos equitativos de uma cooperação não podem ser definidos por uma lei divina ou por uma ordem moralista.

John Rawls preocupa-se com a construção dos direitos fundamentais, tendo empreendido grande esforço para explicar as liberdades públicas, sempre objetivando assegurar os direitos dos cidadãos como pessoas livres e iguais. O cientista inspira-se em um individualismo metodológico, segundo o qual todos os seres humanos são conscientes, racionais e livres e agem em condições ideais (através da posição original e do véu da ignorância) para definir o justo.

Explica Celso Lafer,

A repercussão a obra de Rawls sobre justiça – um trabalho importante do ponto de vista da deontologia contemporânea – não é, portanto, obra do acaso, pois ele responde a necessidades práticas. O sucesso de Rawls, observa Bobbio, reside precisamente no esforço de inserir, na dinâmica do contratualismo e de seus procedimentos, a justiça como *fairness*. Com efeito, os dois princípios básicos de Rawls: (I) cada pessoa deve ter um igual direito à mais extensa liberdade compatível com uma idêntica liberdade para os outros; e (II) as desigualdades econômico-sociais devem ser ajustadas de tal forma que: (a) haja uma expectativa razoável de estabelecerem trabalhando para o bem de todos; e (b) resultarem de posições e cargos abertos a todos – buscam estabelecer, nas estruturas da sociedade, um equilíbrio apropriado entre pretensões opostas, através da eliminação das distorções arbitrárias e das desigualdades dos pontos de partida. Neste sentido, para Rawls o respeito às regras do jogo, característico da legitimidade racional-legal, vai além da legitimação pelo procedimento e da justiça como legalidade, pois tudo se vê continuamente submetido ao escrutínio material da *fairness*⁵².

Dessa forma, os direitos fundamentais devem ser garantidos a todos indistintamente, já que são esses direitos que assegurarão ao indivíduo o desenvolvimento de suas capacidades e de sua autodeterminação. No entanto, **para o autor, os mesmos importantes direitos podem sofrer restrições, que só serão aceitas quando houver conflitos entre as diversas liberdades (sempre com o objetivo maior de proteger o sistema global de liberdades) e nas ocasiões em que as restrições forem necessárias para que a pessoa possa gozar das liberdades individuais.**

Adotando essa concepção política, entendemos que os direitos fundamentais devem ser construídos sempre com vistas a garantir a maior liberdade possível, sendo admissíveis restrições quando houver conflito entre as diversas liberdades individuais.

⁵² LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 73.

Sendo assim, quaisquer restrições à liberdade são “restrições gerais da razão teórica ou prática ou fazem parte da justiça como equidade enquanto concepção política”⁵³. Essas restrições invocam a razoabilidade e racionalidade de que se aplicam os cidadãos e se manifestam no exercício de suas capacidades mentais.

No mesmo sentido, explica Leonardo Martins que a teoria liberal dos direitos fundamentais é alicerçada no princípio distributivo, segundo o qual o Estado deve justificar a intervenção, e não o indivíduo o uso da sua liberdade. Outro princípio que precisa ser observado é o da estrita separação entre a atividade de legislar e de aplicar o direito⁵⁴.

Assim, partindo do pressuposto do Estado Liberal, devemos estabelecer critérios racionais para legislar a respeito da proteção da criança em relação a publicidade de modo a estabelecer restrições aos fornecedores de produtos e serviços que visam à tutela da liberdade e da autonomia da criança e do adolescente consumidores. Esses critérios racionais, portanto, não podem ser moldados na ideia de bem-estar e de felicidade, mas na proteção da Pessoa. Além disso, as restrições também são fundamentadas no dever de segurança na colocação de produtos e serviços considerados seguros no mercado de consumo.

Este é o fundamento proposto: toda proteção da infância e juventude deve ser baseada na teoria das incapacidades, nas liberdades individuais e no direito à autodeterminação progressiva de crianças e adolescentes. Ou seja, restrições podem ser 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.

⁵³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 260.

⁵⁴ “Entre seus princípios fundamentais encontra-se o princípio distributivo, cujo conteúdo normativo corresponde à obrigação do Estado de justificar intervenções na liberdade e não do titular justificar a forma do seu exercício de liberdade. Outro princípio fundamental, sem dúvida bastante influenciado pelo juspositivismo, é o princípio da estrita separação entre legislação e aplicação do direito. Coerentemente com esses princípios, a escolha pelo tamanho do Estado e a sua política econômica cabe exclusivamente às instâncias legislativas nos limites de suas competências. Por isso que uma política tributária mais intervencionista perseguida pelo legislador, embora notoriamente contrarie a cartilha neoliberal, não mereceria reparos de fiscais da constitucionalidade com base nos parâmetros desenvolvidos a partir da teoria liberal e por ela refletidos. Assim, a fixação pelo legislador de percentuais de tributos mais elevados não pode, respeitados certos limites, ser questionada com base na teoria liberal. Em todo caso, não se trata de um problema a ser resolvido pelo critério da proporcionalidade” (MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30).

Ao comparar a proposta de justiça como equidade com o modelo de justiça proposto por Dworkin, John Rawls explica que as restrições propostas por Dworkin impõe concepções que envolvem **ética de valor**, ao passo que na justiça como equidade as restrições são **genéricas da razão teórica ou prática** ou então derivam de concepções (dos cidadãos livres e iguais) que fazem parte da definição de justiça. Esse mesmo conceito ético é transportado para a teoria do direito desenvolvida por Dworkin, que adota a *teoria interpretativa do direito*, incluindo o valor (justiça/moral) no conceito de validade da norma.

Na mesma linha de John Rawls, Tercio Sampaio Ferraz, adotando a teoria descritiva do direito, afirma a necessidade de chegar ao senso comum do que é justo, considerando o direito como uma organização das relações de poder que deve ter o sentido do justo. Para o pensador brasileiro, o direito imoral (leia-se injusto) passa a ser destituído de sentido, fazendo com que a obrigação jurídica perca o sentido, mas não a torna inválida:

A noção de sentido tem relação, afinal, com a ideia de senso comum. Senso comum não como faculdade que têm todos os homens – uma espécie de capacidade interna que permite a todos pensar, conhecer, julgar –, mas como um mundo comum a todos e no qual todos se encontram. Senso comum, portanto, não é uma capacidade solitária, que cada qual exerce independentemente dos outros e que, não obstante isso, pode fazer que todos cheguem às mesmas conclusões (por exemplo, que dois mais dois sejam iguais a quatro); é, porém, a presença de um mundo comum, base do que se pode chamar de *senso comum*.

Ou seja, senso comum é algo que o homem experimenta em contato com os outros e não solitariamente. Por isso, também nesses termos, a exigência moral de justiça é uma espécie de condição para que o direito tenha sentido. A arbitrariedade, assim, priva o direito de seu sentido, porque torna norma de conduta mera imposição, unilateral, que prescinde dos outros enquanto um mundo comum. Daí a inevitável conotação da arbitrariedade com violência e conseqüente redução do sujeito passivo das normas a uma espécie de impotência confundida com obediência.

O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até um despudorado cinismo⁵⁵ (grifo nosso).

Sendo assim, os valores sociais devem ser colocados em discussão e avaliados pela política para a confecção da norma, mas, uma vez posta no sistema jurídico, deve ser acatada. Mario Vargas Llosa lembra que todos os pensadores liberais, de John Stuart Mill a Karl Popper, passando por Adam Smith, Ludwig von Mises, Friedrich Hayek, sustentam que a liberdade econômica e política só cumpre a sua função civilizadora,

⁵⁵ FERRAZ, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 324.

criadora de riquezas, defensora da autodeterminação e dos direitos fundamentais, do respeito às leis, “quando a vida espiritual da sociedade é intensa, mantém viva e inspira uma hierarquia de valores respeitada e acatada pelo corpo social”⁵⁶.

Em suma, a liberdade garantida aos fornecedores na Constituição Federal pode sofrer restrições a serem impostas pelo Estado apenas para que haja proteção à pessoa do hipervulnerável, de modo a garantir a sua liberdade de escolha e a livre expressão de vontade. Toda e qualquer restrição deve ser fundamentada na razoabilidade e na racionalidade e devidamente expressa em lei.

São rechaçados, portanto, quaisquer argumentos que defendam restrições de publicidade com a finalidade de corrigir os rumos tomados pela sociedade, para evitar que a criança seja consumista, para garantir que ela seja feliz, ou por qualquer outro ideal de vida. Essas escolhas devem ser feitas pela família e, mais tarde, pela própria pessoa quando atingir a maioridade.

6.1 Direitos fundamentais e a Constituição Federal

A teoria política brevemente traçada aqui pode nos guiar para interpretar e definir as possíveis intervenções estatais cabíveis nas relações de consumo e infância. Nossa proposta, no rastro do pensamento de John Rawls, é estabelecer restrições às liberdades individuais conforme critérios de razoabilidade e racionalidade.

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como os direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade o exercício do poder estatal em face da liberdade individual⁵⁷.

⁵⁶ LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. São Paulo: Objetiva, 2013, p. 164.

⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

Em relação ao tema deste artigo, há flagrante coalisão entre direitos fundamentais. De fato, o art. 5º da Constituição Federal garante o direito à liberdade, à livre expressão do pensamento e à autodeterminação⁵⁸. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

De um lado, temos, portanto, o direito dos fornecedores à liberdade de produção de bens e serviços para atender às demandas dos consumidores e anunciá-los no mercado

⁵⁸ Em recente decisão sobre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, decidiu o STF: É inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária a autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes. Essa a conclusão do Plenário, que julgou procedente pedido formulado em ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do CC (“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”), sem redução de texto, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, de produção científica, de liberdade de informação e de proibição de censura (CF, artigos 5º, IV, V, IX, X e XIV; e 220). O Colegiado asseverou que, desde as Ordenações Filipinas, haveria normas a proteger a guarda de segredos. A partir do advento do CC/1916, entretanto, o quadro sofrera mudanças. Ademais, atualmente, o nível de exposição pública das pessoas seria exacerbado, de modo a ser inviável reter informações, a não ser que não fossem produzidas. Nesse diapasão, haveria de se compatibilizar a inviolabilidade da vida privada e a liberdade de pensamento e de sua expressão. No caso, não se poderia admitir, nos termos da Constituição, que o direito de outrem de se expressar, de pensar, de criar obras biográficas – que dizem respeito não apenas ao biografado, mas a toda a coletividade, pelo seu valor histórico – fosse tolhido pelo desejo do biografado de não ter a obra publicada. Os preceitos constitucionais em aparente conflito conjugar-se-iam em perfeita harmonia, de modo que o direito de criação de obras biográficas seria compatível com a inviolabilidade da intimidade, privacidade, honra e imagem. Assim, em suma, o Plenário considerou: a) que a Constituição asseguraria como direitos fundamentais a liberdade de pensamento e de sua expressão, a liberdade de atividade intelectual, artística, literária, científica e cultural; b) que a Constituição garantiria o direito de acesso à informação e de pesquisa acadêmica, para o que a biografia seria fonte fecunda; c) que a Constituição proibiria a censura de qualquer natureza, não se podendo concebê-la de forma subliminar pelo Estado ou por particular sobre o direito de outrem; d) que a Constituição garantiria a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa; e e) que a legislação infraconstitucional não poderia amesquinhar ou restringir direitos fundamentais constitucionais, ainda que sob pretexto de estabelecer formas de proteção, impondo condições ao exercício de liberdades de forma diversa da constitucionalmente fixada (STF, ADI 4.815/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 10/6/2015).

de consumo. De outro lado, temos o direito à liberdade da criança e do adolescente na escolha dos produtos, o direito à autodeterminação da pessoa e da família, ficando-lhes assegurada a intimidade e vida privada.

Sem dúvidas, o direito à liberdade de expressão, comunicação e econômica do fornecedor entra, muitas vezes, em coalisão com o direito à liberdade de escolha dos infantes: a ausência de capacidade plena para escolha dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo impede que menores, sem o devido auxílio dos seus pais, possam manifestar plenamente a sua vontade para exercer a sua liberdade de escolha.

Estamos, portanto, diante de um grande desafio que se traduz na necessidade de solução de aparente antinomia⁵⁹. Os direitos fundamentais não são absolutos, sendo necessária a harmonização entre eles de modo a conceder a cada um dos direitos maior amplitude possível, devendo ser buscado o ponto de coexistência entre ambos de forma que cedam reciprocamente em prol da convivência⁶⁰.

Além da concordância prática, o critério de razoabilidade e proporcionalidade deve ser utilizado de forma a harmonizar os interesses dos fornecedores e consumidores: o princípio da razoabilidade e proporcionalidade determina que as normas constitucionais sejam interpretadas de maneira razoável e proporcional, de modo que os meios utilizados sejam adequados aos fins perseguidos pela norma, devendo o intérprete buscar conceder aos bens jurídicos por elas tutelados a aplicação mais justa e equânime possível^{61 62}.

⁵⁹ Na análise do tema, Anderson Schreiber já afirmou: “Ora, se a liberdade de informação é um direito de mesma hierarquia que o direito à imagem, à privacidade ou ao nome, não há qualquer razão para se instituir um privilégio em favor das empresas de comunicação, forçando alguém (o detento, no caso Lebach ou, em situação já corriqueira na mídia, uma atriz flagrada em momento de profunda intimidade) a ver ilegitimamente veiculada a sua imagem ou violada a sua privacidade, ao argumento de que, posteriormente, poderá obter uma indenização pelo dano sofrido, dano que é, muitas vezes, irreparável sob o prisma moral. A solução há de ser buscada, portanto, na ponderação, por meio não de uma hierarquização abstrata, mas, sim, da determinação de uma relação de prevalência à luz das circunstâncias fáticas” (**Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16).

⁶⁰ “Princípio da concordância prática ou harmonização determina que, na ocorrência de conflito entre bens jurídicos fixados por normas constitucionais diversas, deve-se buscar uma interpretação que melhor harmonize, de maneira a conceder a cada um dos direitos a maior amplitude possível, sem que um deles imponha a supressão do outro. Por força desse princípio, muito utilizado no confronto entre direitos e garantias fundamentais, busca-se encontrar um ponto de coexistência entre referidos direitos, de forma que ambos cedam reciprocamente, para que possam conviver harmoniosamente. É por esse motivo, aliás, que referido princípio também é conhecido por *princípio da cedência recíproca*” (DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 121).

⁶¹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 288.

⁶² “No mesmo sentido, Adalberto Pasqualotto e Mariana Azambuja, ao analisarem a Resolução Conanda n. 163/2014, que trata da publicidade infantil, manifestam preocupação com os critérios que poderão ser

Nesse sentido, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias⁶³ afirma:

Uma coisa, porém, é certa e todos parecem concordar: a criança merece proteção especial do legislador, dada a sua condição de hipossuficiência, mesmo em situação que não se configurem abusivas, mas que exigem um controle valorativo mais intenso, como ocorre com o valor da alimentação saudável e da qualidade de vida. O que não resta definido e continua a provocar grande discussão e controvérsia jurídica é justamente a *medida* dessa proteção.

Há quem defenda a tal proibição da publicidade dirigida ao público infantil, sob o argumento de que a publicidade promoveria a introdução precoce da criança no mercado de consumo, gerando problemas de ordem psicológica (depressão, ansiedade, baixa estima), bem como seria um fator de contribuição para a obesidade infantil, pressupondo ainda a incapacidade dos pais modernos de controlarem a demanda de seus filhos, que seriam “educados” também pela televisão.

Outros defendem a regulamentação dessa atividade, respeitadas as garantias constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de expressão das empresas em relação à publicidade de referidos produtos lícitos, sendo, ademais, a publicidade apenas um fator coadjuvante na formação de consumidores responsáveis, cujo papel principal incumbe aos pais e educadores, não se justificando uma intervenção desproporcional na livre iniciativa.

Entendemos que a questão não é simplista e requer grande esforço e racionalidade para se chegar a uma solução minimamente adequada, tendo em vista que estamos nos referindo aos direitos fundamentais (de fornecedores e consumidores) duramente defendidos pela sociedade ao longo de anos⁶⁴.

utilizados para restringir a publicidade infantil de maneira a aplicar, de forma racional, a proteção integral e a liberdade de expressão: O art. 3º da Res. 163 do Conanda, enuncia alguns princípios gerais que, a par dos previstos na Constituição, no ECA e no CDC, devem ser aplicados à publicidade dirigida aos adolescentes. Mais uma vez, a Resolução e o CBAP avizinham-se, inclusive num certo tom de bom-mocismo, em desuso na linguagem publicitária atual: enquanto a Resolução recomenda respeito “às instituições e símbolos nacionais”, o art. 37 do CBAP prescreve que os anúncios devem refletir “boas maneiras” e “valores sociais positivos”. Todos esses conceitos atualmente são muito imprecisos frente à prática social e publicitária. Há bons exemplos de contradição entre normas e fatos. Não obstante a convergência substancial entre o CBAP e a Resolução do Conanda, não há expectativas favoráveis a um consenso. A razão principal é a diferença de princípios que cada entidade busca proteger. O **Conar faz apologia da liberdade de expressão**, entendendo que a publicidade comercial é uma forma de expressão protegida pela Constituição. Já o **Conanda procura aplicar o princípio constitucional da proteção integral**. Por trás, há um confronto ideológico. Tudo que vem do Estado é repellido pelo Conar porque é atentatório à liberdade. E o Estado, que por vezes parece querer apropriar-se da Constituição, não atua positivamente na implementação das normas existentes. Da falta de entendimento entre os setores público e privado resulta uma autorregulamentação autista e uma legislação descumprida. Provavelmente, **no meio-termo está a virtude**: uma regulamentação mista, concertada em órgão plural, que reúna os setores interessados no negócio da publicidade, assim como representantes de governo e da coletividade, incluindo, nesta categoria, órgãos públicos e privados de defesa do consumidor” (grifo nosso). PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 96, p. 89-104, nov.-dez. 2014. p. 103.

⁶³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 254/255

⁶⁴ Pode-se definir a “intervenção na área de proteção de um direito fundamental como sendo a atuação ou omissão do Estado que: (1º) ou impossibilite, em parte ou totalmente, um comportamento correspondente a um direito fundamental (um comportamento que seja abrangido pela área de proteção do referido direito); ou (2º) que ligue ao seu exercício uma consequência jurídica negativa mediante uma proibição sancionada. A intervenção pode ser feita, segundo o entendimento contemporâneo, direta ou indiretamente, com ou sem constrangimento, mediante um ato jurídico ou não” (MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado**

Em relação ao tema das classificações indicativas, o ordenamento jurídico brasileiro é relativamente bem-desenvolvido, com critérios delineados e sempre respeitando a autodeterminação da família, a proteção da vontade do menor e a liberdade de expressão dos fornecedores. Já em relação à publicidade dos produtos voltados para a criança e adolescente, não há a mesma clareza de interpretação, devendo ainda ser amplamente discutido.

constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 132).