

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
CARLOS OTÁVIO SANTIAGO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMUNICAÇÃO
MERCADOLÓGICA ABUSIVA E O SUPERIOR INTERESSE
DA CRIANÇA**

PIRACICABA-SP

2015

CARLOS OTÁVIO SANTIAGO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMUNICAÇÃO
MERCADOLÓGICA ABUSIVA E O SUPERIOR INTERESSE
DA CRIANÇA**

Dissertação submetida à Universidade Metodista de Piracicaba para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos.

Orientador: Professor doutor José Luiz Gavião de Almeida

PIRACICABA-SP

2015

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP
Bibliotecária: Carolina Segatto Vianna CRB-8/7617

Santiago, Carlos Otávio
A447d Direitos fundamentais, comunicação mercadológica
abusiva e o superior interesse da criança / Carlos Otávio
Santiago. – 2015.
156 f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida.
Dissertação (mestrado) – Universidade Metodista de
Piracicaba, Direito, 2014.

1. Direitos fundamentais. 2. Abuso do direito. 3.
Comunicação – Crianças – Direito. I. Almeida, José Luiz
Gavião de. II. Título.

CDU – 342.7

CARLOS OTÁVIO SANTIAGO

DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA
ABUSIVA E O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

Dissertação apresentada à Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep), como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito na área de Direitos Fundamentais.

Aprovado(a) com média _____

Cidade e data

Banca Examinadora:

Prof. Orientador:

Prof. Orientador:.....

Prof. Orientador:

Dedico este estudo às crianças do rol do berço da Igreja Adventista do CPA I em Cuiabá e à minha filha Amanda “florzinha” de Lis.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que torna tudo possível.

Ao professor Dr. José Luiz Gavião de Almeida, por sua orientação e discussões em sala de aula e em seu gabinete em São Paulo.

Ao professor Dr. Richard Pae Kim, pelas discussões em sala de aula sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

Aos professores doutores Jorge Luiz de Almeida e Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez, por suas observações sobre este tema e pelas discussões em sala de aula.

A Sueli Catarina Verdicchio Quilles, secretária acadêmica do Programa de Mestrado em Direito, pelo suporte e apoio todas as vezes que precisei durante minha estadia na Unimep.

Ao amigo Dr. Luís Fernando Franco Martins Ferreira, procurador federal, por me apresentar à doutrina civilística francesa e pelo acesso ao seu fantástico acervo de Direito.

Agradeço especialmente à minha esposa pelo incansável incentivo.

Ensina a criança no caminho em que deve andar, e,
ainda quando for velho, não se desviará dele.

Provérbios 22:6

RESUMO

O direito fundamental da criança é garantido constitucionalmente pelo art. 227 da CF/88, assim como o direito de comunicação mercadológica também está assegurado na Constituição, consignado pelo art. 220. Entretanto, não há uma regulação absoluta sobre o que se pode e o que se deve submeter ao público infantil no que tange à divulgação, por parte de empresas, de seus produtos e serviços, o que predispõe a exposição da criança a estratégias de vendas muitas vezes inapropriadas a ela. A velocidade com que as informações são geradas e o ritmo frenético que as relações de trabalho impõem aos pais são fatores determinantes para que esta condição se estabeleça. Dentre os principais pontos polemizados neste trabalho, está a reflexão acerca dos princípios da proteção integral e do superior interesse da criança, que não podem entrar em conflito com a liberdade de criação, mesmo que esta não possa sofrer restrições de forma alguma. Será discutida a possibilidade lógica e fática de limitação de direitos fundamentais e de como eles se posicionam diante de uma suposta colisão de direitos entre os arts. 220 e 227 da CF/88. A viabilidade da utilização do instituto do abuso do direito como um limitador de direitos fundamentais quando a comunicação mercadológica se destina às crianças e a análise de recentes dispositivos reguladores deste tipo de comunicação também serão objetos deste estudo, que traz um apanhado geral do arcabouço legislativo inscrito no art. 37 do Conar, na Resolução 163 do Conanda, e no Projeto de Lei 5.921/2001.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais, Abuso do Direito, Comunicação Mercadológica Abusiva, Comunicação Mercadológica, Superior Interesse da Criança.

RÉSUMÉ

Le droit fondamental de l'enfant est constitutionnellement garanti par l'art. 227 CF / 88, ainsi que le droit à la communication de marché est également garanti par la Constitution, tel que garanti par l'art. 220. Cependant, il n'y a pas un contrôle absolu sur ce qui peut et ce qui doit se soumettre à des enfants concernant la divulgation par les entreprises, leurs produits et services, qui prédispose l'exposition de l'enfant aux stratégies de vente souvent inappropriées à elle. La rapidité avec laquelle l'information est générée et le rythme effréné que les relations de travail exigent que les parents sont des facteurs déterminants pour cette condition est établie. Parmi les principaux points de controverse ce travail est une réflexion sur les principes de la protection pleine et l'intérêt supérieur de l'enfant, qui ne peut entrer en conflit avec la liberté d'établissement, même si elle ne peut être soumise à aucune restriction. Discutera de la possibilité logique et factuelle de la limitation des droits fondamentaux et comment ils se positionnent devant une collision alléguée des droits entre les arts. 220 et 227 du CF / 88. La faisabilité de l'utilisation de l'abus de droit comme un limiteur des droits fondamentaux lorsque la communication de marketing est destinée aux enfants et l'analyse des dispositifs réglementaires récentes de ce type de communication doit également être évaluée dans cette étude apporte un aperçu du cadre législatif inscrits dans l'art. 37 Bonar, dans la Résolution 163 de CONANDA, et le projet de loi 5.921 / 2001.

Mots-clés: droits fondamentaux, abus de droit, communication marketing abusif, communication marketing, l'intérêt supérieur de l'enfant.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CC/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição Federal do Brasil de 1988

CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

CM – Comunicação Mercadológica

CP – Código Penal Brasileiro

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito da Família

INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONG – Organização Não Governamental

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1.1 Histórico dos direitos fundamentais	17
1.1.1 Os direitos fundamentais pré-1789	17
1.1.2 Antígone e o direito natural como direito fundamental	19
1.1.3 Carta Magna de 1215	20
1.1.4 Petição de direitos de 1628	21
1.1.5 O pensamento liberal	22
1.1.6 A França em 1848	25
1.1.7 A Assembleia Constituinte Alemã de 1848	26
1.1.8 Comuna de Paris – 1871	27
1.1.9 A Constituição Mexicana de 1917	28
1.1.10 A Constituição da URSS de 1918	30
1.1.11 A Constituição de Weimar de 1919	33
1.1.12 Os direitos fundamentais depois de 1945	34
1.1.13 Síntese	35
1.2 As definições de direitos fundamentais	37
1.2.1 A definição em Perez Luño	38
1.2.2 A definição em Luigi Ferrajoli	39
1.2.3 A definição em Pieroth e Schlink	40
1.2.4 Algumas definições na doutrina nacional	41
1.2.5 Síntese	42
1.3 Limites a direitos fundamentais	43
1.3.1 Teoria interna	45
1.3.2 Teoria externa	48
1.3.3 Limites dos limites	48
1.3.4 Síntese	50
1.4 Regras, princípios e proporcionalidade	51
1.4.1 Regras	52
1.4.2 Princípios	55
1.4.3 Princípio da Proporcionalidade	58
1.4.4 Síntese	60
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA	62
2.1 O direito de explorar e o dever de proteger: art. 220 X art. 227 da CF/88	63
2.1.1 O artigo 227 da CF/88	64
2.1.2 O artigo 220 da CF/88	65
2.2 A criança como sujeito de direitos e seu superior interesse	67
2.3 Ameaça e violação dos direitos fundamentais da criança	70
2.4 A vulnerabilidade da criança e a comunicação mercadológica destinada a ela	73

2.5 Síntese	77
3 A LEI CIVIL.....	78
3.1 Ilícitude e abuso do direito no Código Civil	79
3.2 O instituto do abuso do direito	83
3.3 O alcance do art. 187 do Código Civil	87
3.4 Ato lícito e comunicação mercadológica abusiva	87
3.5 Síntese	90
4 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS	92
4.1 O alcance do artigo 37 do Conar.....	94
4.2 A Resolução 163 do Conanda	101
4.2.2 Art. 2º.....	103
4.2.3 Art. 3º.....	106
4.3 Sobre o Projeto de Lei 5.921/2001	108
4.3.1 Art. 1º.....	110
4.3.2 Art. 2º.....	110
4.3.3 Art. 3º.....	111
4.3.4 Art. 4º.....	112
4.3.5 Art. 5º.....	113
4.3.6 Art. 6º.....	114
4.4.7 Art. 7º.....	121
4.4.8 Art. 8º.....	122
4.4.9 Art. 9º.....	123
4.4.10 Art. 10.....	123
CONCLUSÕES.....	125
BIBLIOGRAFIA	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

INTRODUÇÃO

A sociedade moderna tem constantemente recebido uma gama enorme de informações, que chegam aos cidadãos com a mesma velocidade estonteante com que os fatos acontecem. Continuamente surgem novas formas de comunicação, proporcionadas pelas tecnologias, que não só melhoram a qualidade de vida das pessoas, mas igualmente tomam seu tempo, manipulando-o.

Destarte, uma forma especial de comunicar informações está particularmente presente no seu dia a dia, a comunicação mercadológica (CM)¹ de produtos e serviços. As empresas, em seu afã de conquistar os consumidores, lançam-se em técnicas de criatividade e sedução que são capazes de lhes induzir necessidades, sejam elas concretas ou ilusórias.

A hipótese que se pretende confirmar neste trabalho é se estas formas de difusão de produtos e serviços possuem legitimidade lícita ou se violam direitos fundamentais e princípios como o da proteção integral e o superior interesse da criança. Para evidenciar esta dicotomia é que se analisará aqui o contexto da veiculação de produtos e serviços através de comunicação mercadológica destinada às crianças. A questão não é simples. Existe uma plethora de discussões sobre a legitimidade ou não da veiculação deste tipo de comunicação.

O artigo 2º² do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) define como padrão de criança a pessoa com até 12 anos de idade incompletos. Buscando enfatizar ainda mais a vulnerabilidade da criança ante a comunicação mercadológica a ela destinada, será considerada criança, neste trabalho, a pessoa com até cinco anos de idade. A opção por este corte etário se deu para evitar discussões sobre o alcance de efeitos da comunicação mercadológica de produtos ou serviços. Os adolescentes, geralmente, são equiparados aos consumidores de fato e não em potencial. Seja como for, equiparar a criança a consumidor não será utilizado neste trabalho.

Partindo deste pressuposto, o objeto deste ensaio é verificar a violação ou ameaça de direito fundamental da criança ante a veiculação de comunicação mercadológica a ela

¹ Neste trabalho será utilizada a definição do parágrafo 1º do art. 1º da Resolução 163 do Conanda: § 1º Por 'comunicação mercadológica' entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.

² Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

direcionada e constatar se há abuso do direito, o que caracterizaria esta veiculação como um ato ilícito.

O método escolhido para o desenvolvimento desta pesquisa é o dedutivo, com vasta bibliografia sobre o assunto. Para tanto dividiu-se o estudo em quatro partes.

A primeira parte versa sobre a história e o conceito de direito fundamental, apresentando a evolução histórica deste direito e de como ele vem sendo cada vez mais abrangente e importante no desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito. É tratada também a questão da restrição a direitos fundamentais como uma possibilidade lógica ou como um novo estado normativo dependendo da escola adotada no entendimento desta questão. Finalmente são abordados o princípio da proporcionalidade e sua eficácia na resolução de uma suposta colisão de direitos entre o direito de comunicação mercadológica das empresas e o princípio da proteção integral e o superior interesse da criança no âmbito de seus direitos fundamentais.

Analisar o suposto confronto entre os artigos 220 e 227 da CF/88 e avaliar a peculiar condição da criança, como pessoa em desenvolvimento, sua vulnerabilidade e a impossibilidade de considerar estes “sujeitos de direitos” como um consumidor ou objeto de tutela são tópicos da segunda parte, que aborda também a ameaça ou violação de direito fundamental, principalmente pelo fato de que hoje se constata que parcela significativa das crianças fica sujeita a ambiente que não contribui para sua devida educação e evolução intelectual. Discussões de cunho puramente psicológico e sociológico são evitadas para não fugir ao objetivo, que é demonstrar a abusividade da comunicação mercadológica dirigida às crianças, sendo apenas tangenciadas estas questões.

A terceira parte trata dos conceitos de abuso do direito e ato ilícito e pretende classificar a comunicação mercadológica direcionada à criança como um abuso do direito, tornando-se desta feita um ato ilícito, nos moldes do art. 187 do Código Civil de 2002.

Visando analisar e criticar alguns dispositivos normativos que tratam da comunicação mercadológica, como o art. 37 do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) e a Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), a quarta parte fecha o trabalho. Por derradeiro, são analisados os artigos do Projeto de Lei 5.921/2001, que objetiva limitar a comunicação mercadológica dirigida às crianças e adolescentes, tramitando no Congresso Nacional desde 2001 e aprovado somente

em 2013, com emendas, pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara Federal.

O que se pretende avaliar é a possibilidade de abuso no direito de veicular produtos ou serviços por parte das empresas e os constrangimentos e violação de preceito fundamental na proteção do desenvolvimento e acesso a ambiente sadio das crianças. Será demonstrado ao longo do texto que não existe conflito nem colisão entre o direito da empresa de veicular seus produtos e serviços e o dever da família e do Estado de proteger e dar condições dignas de desenvolvimento às crianças. O que há é uma violação ou ameaça do direito por parte das empresas quando praticam, abusivamente, comunicação mercadológica direcionada às crianças.

A conclusão, que se espera comprovar, é que o lucro enquanto instituto do direito patrimonial não está acima do direito fundamental da criança ao livre desenvolvimento, que precisa ter estes direitos assegurados para ser inserida no âmbito de uma sociedade mais justa e democrática.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais constituem uma tônica especial na concepção de um Estado Democrático de Direito. Muitas são as discussões acerca da eficácia e concreção destes direitos, inscritos ou não na Carta Constitucional, que nesta abordagem se fazem relevantes por darem a forma e a garantia dos direitos subjetivos das crianças.

A partir do levantamento dos mecanismos capazes de garantir a proteção integral das crianças ante a comunicação mercadológica a elas dirigida, são apresentados alguns dos aspectos históricos da formação dos direitos fundamentais e uma breve análise das principais constituições que inicialmente trataram destes direitos.

As concepções e teorias que envolvem o conceito de direitos fundamentais são temas deste tópico, que não tem a pretensão de esgotar o assunto, pois não é este o objetivo deste estudo, mas tão somente fornecer subsídios para um melhor entendimento da questão, buscando resgatar, a partir dos direitos fundamentais, as garantias, enquanto sujeitos de direitos, das crianças.

Em seguida, apoiado nas teorias sobre as restrições dos direitos fundamentais, destacando as teorias externa e interna das restrições, este tópico avalia as possibilidades ou não de se restringir um determinado direito, trazendo à tona a velha questão sobre se os direitos fundamentais – particularmente os de liberdades individuais – podem ser restringidos pelo legislador ou pela própria norma constitucional.

Por último, fechando a reflexão acerca da importância dos direitos fundamentais no escopo deste trabalho, é analisado o princípio da proporcionalidade. Uma vez verificado que há possibilidade de se restringirem direitos fundamentais, tem-se que constatar a probabilidade de colisão destes direitos e, havendo esta colisão, se é possível resolver o conflito através do princípio da proporcionalidade. Analisar este princípio é essencial para avaliar se o abuso do direito, por exemplo, é um limitador de direitos.

1.1 Histórico dos direitos fundamentais

A abordagem histórica dos direitos fundamentais é de primordial importância para verificar sua gênese e evolução e entender suas implicações sociais no contexto atual. Quanto à origem dos direitos fundamentais, a posição que prevalece dentre os pesquisadores é atribuí-la à Declaração de 1789, mas, como se verá, a Declaração é seu ponto de chegada e, ao mesmo tempo, é o ponto de partida de seu desenvolvimento.

Lecionam Rivero e Moutouh³ que a Declaração de 1789 faz parte de uma longa tradição de ideias que foram traduzidas em fórmulas que transformaram as bases da sociedade do século XVIII. Entender este processo de elaboração é importante para identificar qual a verdadeira significação dos direitos fundamentais e como eles afetam e garantem a convivência em sociedade.

Sob a perspectiva dos direitos fundamentais da criança é particularmente relevante esta análise, pois apenas recentemente a criança foi admitida como sujeito destes direitos.

1.1.1 Os direitos fundamentais pré-1789

São poucas as referências que levam em consideração a possibilidade de existência de direitos fundamentais antes do período revolucionário na França do século XVIII.

Para Perez Luño⁴, a antiguidade não apresenta nenhuma carta de direitos que seja relevante no contexto dos direitos fundamentais, pois nessa etapa histórica não existia nenhum direito que não derivasse de situações jurídicas concretas, como os contratos.

Na doutrina moderna, para que haja o terreno fértil para uma discussão em torno de direitos fundamentais, alguns elementos devem estar presentes. Ensinam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁵ que estes elementos se resumem a três: Estado, indivíduo e texto normativo regulador. Se estes autores pensam na concepção de Estado moderno, provavelmente não se encontrará nada semelhante nos governos da antiguidade.

³ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006. p. 35.

⁴ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2011. p. 29.

⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 10-12.

No entanto isso pode levar ao equívoco de que sem Estado não há direitos fundamentais. Poderia afirmar-se, por exemplo, que o nazismo não violou direitos fundamentais dos judeus, pois estes, naquela época, não tinham um Estado. Outra observação é com relação ao texto normativo. Não é pelo fato de não haver texto normativo regular que não se possa falar em direitos fundamentais. No que tange ao indivíduo, é certo que se pode encontrar este elemento na época de ouro dos gregos, quando o indivíduo e as relações que ele mantinha na sociedade tinham relevância acentuada. Por exemplo, as estruturas de classe e as hierarquias.

Ainda na esteira da opinião de Rivero e Moutouh, há durante os séculos um choque de ideias que se misturam e formam um arcabouço de mentalidades sem o qual os revolucionários franceses não poderiam ter concebido a Declaração.

Os constituintes de 1789 são herdeiros, modelados por uma civilização. As sucessivas correntes de pensamento que **ao longo dos séculos** se chocaram ou se misturaram, formaram as mentalidades, as estruturas intelectuais, sem as quais a Declaração seria inconcebível.⁶ (grifo nosso).

Descartar as experiências e as formas de pensamento ao longo da linha do tempo histórico e ignorar sua participação direta nos acontecimentos que geram os fatos de 1789 podem induzir à visão míope do processo histórico.

Os direitos fundamentais, num primeiro momento, se confundem com os direitos naturais, que são inerentes ao homem e deste não podem ser dissociados, correndo o risco de anularem o sentido e a essência do homem enquanto ser humano.⁷

Uma representação da importância do debate acerca das normas constituídas em sociedade e os direitos de defesa contra o Estado que se encontra no ambiente grego do século VII antes de nossa era, talvez o ápice da discussão sobre o direito fundamental - sob suas mais variadas vertentes – pode ser encontrada em *Antígone*, de Sófocles.

⁶ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues, op. cit., p. 36.

⁷ VERNANT, Jean-Pierre. **Mito e religião na Grécia antiga**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012. p.7.

1.1.2 Antígone e o direito natural como direito fundamental⁸

O artigo 1^o da Declaração de 1789 afirma que todos os homens nascem livres. Esta concepção de liberdade¹⁰ faz com que os homens possam exercer sua capacidade de decidir, ou seja, de agir. Os homens decidem porque são livres, somente os homens livres são capazes de agir.

O conceito de liberdade de decisão não era novo no contexto de 1789, já era uma reivindicação grega desde o século V antes de Cristo. Quem irá demonstrar esta necessidade de fazer frente ao poder do Estado justamente por causa dessa característica inalienável do homem será a personagem Antígone, na obra homônima de Sófocles, que tem como pano de fundo a desobediência civil.

A heroína trágica, Antígone, recusa-se a obedecer a uma lei que não permitia a ela fazer as honras fúnebres de seu irmão Polinices. Não se trata de simples rebeldia, pois o decreto real de Creonte fere claramente um preceito do costume grego, que dá aos gregos uma identidade cultural, que é o sepultamento de seus mortos. Este é um dos cerne da discussão na obra. Pode uma lei do homem desvincular o indivíduo de sua tradição, de sua cultura e de suas obrigações religiosas? Este direito, no contexto em discussão, não se torna um direito inerente ao sujeito e logo um direito fundamental? Talvez sim.

A liberdade é o cerne da essência humana. Se um homem se vê sob a vontade de outro ele não é livre e dessa forma perde uma de suas características essenciais¹¹. Essa forma de preservar sua liberdade se torna um direito de resistência, uma forma de resguardar esta essência. Destarte, se o Estado é a personificação da vontade de apenas um homem e não da

⁸ No XXIII Encontro Nacional do Compedi tivemos a oportunidade de apresentar estas ideias de forma a estabelecer um elo acerca desta discussão com a possibilidade de ponderação entre uma norma e um costume.

⁹ Les hommes naissent et demeurent libres et égaux em droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

¹⁰ Kant irá fazer um conceito de liberdade em si mesma nos seguintes termos: “Digo, pois: todo ser que não pode agir senão sob a ideia de liberdade é, por isso mesmo, verdadeiramente livre em sentido prático, quer dizer, valem para ele todas as leis que estão inseparavelmente unidas à liberdade, exatamente como se sua vontade fosse definida como livre em si mesma e de modo válido na filosofia teórica”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret Editores, 2011. p. 81.

¹¹ “Já que nenhum homem tem uma autoridade natural sobre seu semelhante e já que a força não produz nenhum direito, restam, pois, as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 59.

vontade geral, como queria Rousseau¹², é legítimo que o homem não se submeta, ou pelo menos questione os desígnios que fizeram deste Estado o detentor das liberdades humanas.

O estado de natureza precede a formação da sociedade. Nele o homem não é sujeito a nenhuma autoridade, é livre. A sociedade nasce de um acordo firmado entre os homens, desejosos de sair do estado de natureza: é o *contrato social*, fundamento de todo grupo humano.¹³ (grifo nosso).

A partir da análise desenvolvida, chega-se à conclusão de que, no contexto grego retratado por Sófocles, o direito natural se confunde com o direito fundamental. Eles são um só e de mesmo alcance.

Dessa forma a antiguidade grega se apresenta como uma possível fonte de discussão acerca de direitos fundamentais, principalmente com a característica de direitos negativos. Sendo assim, corroboramos a opinião de Rivero e Moutouh de que o acúmulo de lutas e de percepções sobre as garantias dos chamados direitos naturais é fonte para os direitos fundamentais.¹⁴

1.1.3 Carta Magna de 1215

Como o Rei João, da Inglaterra, tendo violado um número de leis antigas e costumes pelos quais a Inglaterra havia sido governada, os seus súditos forçaram-no a assinar a Carta Magna, que enumera o que mais tarde veio a ser considerado como direitos humanos.

Entre eles estavam o direito da Igreja de estar livre da interferência do governo, o direito de todos os cidadãos livres possuírem e herdarem propriedade, e serem protegidos de impostos excessivos, o que estabeleceu o direito das viúvas que possuíam propriedade a decidir não voltar a se casar e os princípios de processos devidos e igualdade perante a lei.

Apesar de todas essas características, a Carta Magna não tinha um caráter de cunho geral, pois esses direitos não eram dirigidos a todas as pessoas do reino, mas tão somente aos barões. Mesmo assim, verifica-se sua importância, por dois motivos. O primeiro é a formalização destes direitos como um pacto a ser cumprido. O segundo é que mais uma vez observa-se aqui que a luta dos barões era para preservar sua essência, não como classe, mas

¹² “Sempre haverá uma grande diferença entre subjugar uma multidão e governar uma sociedade”. ROUSSEAU, Jean-Jacques, op. cit. p. 64.

¹³ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues, op. cit., p. 39.

¹⁴ Idem, p. 40.

como homens livres, não se deixando subjugar ao poder real além daquilo que estavam dispostos a ceder como vassalos da coroa.

1.1.4 Petição de direitos de 1628

A Carta de Direitos de 1628 é uma espécie de evolução da Carta de 1215, pois expandiu os direitos não somente aos barões, mas a todos os súditos do reino, incluindo em seu corpus alguns itens, como:

- 1) nenhum tributo pode ser imposto sem o consentimento do Parlamento;
- 2) nenhum súdito pode ser encarcerado sem motivo demonstrado (a reafirmação do direito de *habeas corpus*);
- 3) nenhum soldado pode ser aquartelado nas casas dos cidadãos;
- 4) a Lei Marcial não pode ser usada em tempo de paz.

Constata-se que houve uma limitação ao poder real, como foi o caso de se criarem impostos arbitrariamente. Pelo fato de tal decisão ter que passar pela avaliação do parlamento, este direito do soberano – que não é impedido de criar impostos, mas agora tem que submeter a proposta ao crivo do parlamento – torna-se uma questão política, pois quem controla o parlamento efetivamente terá o poder de vetar os impostos reais. Verifica-se também que o *habeas corpus* ganhou outra dimensão quando afirma que ninguém, nobre ou não, poderá ser encarcerado sem motivo.

Um aspecto que se poderia questionar sobre o alcance desta carta é o que se entende por cidadão. Seria ele qualquer pessoa ou somente aquelas com patrimônio e as detentoras de direitos políticos? Outra restrição que caracteriza esta carta é o fato de a Lei Marcial não poder ser utilizada em tempo de paz, o que tira a prerrogativa do soberano de poder impor sua vontade de forma ilimitada.

1.1.5 O pensamento liberal

O doutrinador alemão Peter Häberle escreveu um opúsculo por ocasião das comemorações dos 200 anos da queda da Bastilha, no qual apresenta uma definição da teoria constitucional:

A teoria da Constituição é a ciência das Constituições dos Estados constitucionais. Estas se apoiam sobre a dignidade humana como premissa antropológico-cultural e conduz à democracia como “consequência orgânica”; constitui uma *res publica* com a Constituição como ordenamento que cuida para que todos os cidadãos e grupos se empenhem cada vez mais a sempre comportar-se de modo adequado e suportar-se mutuamente e desse modo se desenvolver.¹⁵ (livre tradução).

Portanto uma teoria constitucional se pauta na problemática das constituições dos Estados, que por sua vez deve ser balizada na dignidade humana, ou seja, o foco da constituição do Estado é o homem, que deve se constituir na *res publica*.

Parece ser unanimidade entre os especialistas 1789 ser um marco histórico onde se perpetua pela primeira vez uma nova forma de poder estatal, mas não somente isso, uma nova forma de governo que se pauta em princípios fundamentais, os quais já eram conhecidos desde a antiguidade, mas que sempre foram excluídos para a grande parte daqueles que se sujeitavam aos domínios de um soberano. Princípios que eram tidos como *jus naturais* ou ainda de origem divina que conferiam autoridade e poder aos que os reivindicassem, sejam por direitos consuetudinários ou mesmo por ordem divina.

A queda da Bastilha na França é um marco, mas não o princípio da fundamentação dos direitos fundamentais e do Estado constitucional. O liberalismo econômico já havia desenvolvido suas raízes antes de 1789. Os trabalhos de Hume, Locke, Hobbes, Rousseau, Adam Smith e Montesquieu proporcionaram o *desideratum* necessário à justificativa para a queda da Bastilha, assim como a questão das liberdades humanas com foco no discurso dos direitos fundamentais individuais como quebra de paradigma do absolutismo reinante que impedia o livre desenvolvimento das forças produtivas que clamavam por sua expansão e para isso precisavam da garantia da propriedade particular e do livre desenvolvimento do comércio

¹⁵ HÄBERLE, Peter. **Liberdad, Igualdd, Fraternidad**. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 45. “La teoría de la Constitución es la ciencia de las Constituciones de los Estados constitucionales. Éstas se apoyan sobre la dignidade humana como premissa antropológico-cultural y conducen a la democracia como “consecuencia orgánica”; constituyen una *res publica* com la Constitución como ordenamento marco, que vive de que todos los ciudadanos y grupos intenten cada vez y siempre de nuevo comportarse de modo adecuado y soportarse mutuamente y que de esse modo se desarrolla”.

sem a mão pesada do rei a decidir como, onde e por quem deveriam se dar tais relações de comércio.¹⁶

Neste sentido, são preciosos os ensinamentos de Sérgio Resende de Barros, quando põe a nu a questão da dialética do constitucionalismo e conseqüentemente dos direitos fundamentais. Para ele, a Constituição serve de meio para garantir a manutenção do modo de produção capitalista, ela traz em seu bojo o rompimento com o absolutismo, a fim de fazer valer sua força produtiva e dessa forma substanciá-la em capital.¹⁷

Carl Schmitt lembra que a declaração de direitos francesa de 1789 “[...] põe como direitos fundamentais muito importantes a liberdade de propriedade, a segurança e o direito de resistência, mas não a liberdade de religião e muito menos a liberdade de associação”.¹⁸

Essa característica essencialmente individual da Declaração de 1789 fará com que se creia que os direitos fundamentais estão acessíveis e que são a pedra fundamental da nova sociedade que pretende reformular as leis com base na declaração. Apesar de afirmar os direitos fundamentais a declaração não traz a lume a sua concreção. O individualismo fundado nas ideias liberais coloca em pé de igualdade os homens, porém de forma abstrata, como um grande ideal a ser perseguido. A liberdade aqui é apenas uma abstração do homem num mundo ideal, e neste ponto a declaração se afasta das ideias de Rousseau e se aproxima do ideal individual, por esse motivo as liberdades coletivas não encontram respaldo no contexto da Declaração de 1789.

Assim desenha-se uma sociedade liberal, individualista e concorrencial, em que cada um joga sua sorte, a partir da base dos mesmos direitos, sem que a atenção se dirija às condições materiais que, no início, tornam essa igualdade amplamente teórica, sendo a igualdade dos direitos apenas um dos componentes da igualdade das possibilidades.¹⁹

Esses direitos fundamentais é que darão forma ao Estado constitucional francês, por se tratar de direitos que são delimitados tanto espacial quanto temporalmente, principalmente

¹⁶ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues, op. cit., p. 45.

¹⁷ BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição Dialética para o Constitucionalismo**. Campinas: Editora Millennium, 2008. p. 58.

¹⁸ SCHMITT, Carl. **Dottrina dela costituzione**. Milano: Giuffrè Editore, 1984. p. 214. “[...] pone come diritti fondamentali più importante la libertà, la proprietà, la sicurezza e il diritto di resistenza, ma non la libertà di religione e nemmeno la libertà de associazione.” (livre tradução).

¹⁹ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues, op. cit., p. 65.

porque haverá uma evolução dos conceitos por eles elencados e também lhes serão acrescentados outros.²⁰

Além da liberdade, da propriedade privada, da segurança, direito de resistência, o que mais passa a ser significativo na declaração de direitos de 1789?

Dentro vários aspectos Peter Häberle²¹ destaca dois significados que são a essência do pensamento liberal revolucionário da época: a Constituição escrita de 1791, com o domínio da burguesia, e o Estado Nacional como unidade do povo, o chamado Estado Nação.

Com esses dois instrumentos termina o ciclo desencadeado pela Declaração de 1789. Como aludido o processo de fixação destes direitos fundamentais não surge ou é inventado pela Revolução Francesa. Eles são apenas reafirmados como uma luta secular dos homens para garantir sua essência enquanto seres humanos que vivem em sociedade. A Revolução Francesa é apenas o marco de uma nova forma de institucionalizar os direitos fundamentais, mas não a sua eficácia.

O liberalismo apenas dará a chance de que os indivíduos possam alavancar suas vidas sem os impedimentos do Estado, mas este mesmo Estado não garante os meios materiais para sua efetivação, isso vai depender de cada sujeito fazê-lo por si mesmo. O Estado só não irá criar os impedimentos para suas relações privadas. É evidente que o aspecto ideológico²² dos direitos fundamentais foram apropriados pela burguesia, que assumiu a função de Estado e que precisava da legitimação deste poder através da ideia de Liberdade.

A partir desse ponto, findam-se por completo a influência e o sonho de Rousseau para um legítimo contrato social, no qual o homem cede ao Estado somente aquilo de que está disposto a abrir mão em nome de uma vontade geral. A lógica se inverte, este novo contrato

²⁰ LUÑO, Antonio E. Pérez, op. cit., p. 43.

²¹ HÄBERLE, Peter, op. cit., p. 40.

²² Usamos aqui o termo ideologia da forma apresentada por Sérgio Resende de Barros e que foi ‘adulterado’ em seu sentido original por Napoleão Bonaparte: “Antoine de Tracy e seus companheiros e simpatizantes eram ditos ideologistas, até que Napoleão Bonaparte, por chacota, em vez de ideologistas, começou a chamar de ‘ideólogos’ os adeptos da ideologia, os quais passaram a criticar acerbamente o regime político napoleônico, depois de o terem apoiado inicialmente. A chacota do Imperador, pela própria força de quem a fazia, causou a degeneração dos termos. Tracy chamava de ideologia uma forma desinteressada de conhecimento – uma verdadeira ciência das ideias – que produziria numerosos proveitos sociais. Mas Napoleão chamou de ideólogos os que – **sob a aparência de ideias elaboradas cientificamente – mascaravam interesses políticos que, obviamente, no caso, não eram os seus**”. (grifos nossos). BARROS, Sérgio Resende. **A Ideologia do Afeto**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>. Acesso em: 10 nov. 2014. Ver também: BARROS, Sérgio Resende. **Contribuição Dialética para o Constitucionalismo**. Campinas: Millennium Editora, 2008. p. 155-168.

social dita aos que vivem na coletividade o que eles podem ou não fazer, independentemente de sua vontade de ceder ou de sua capacidade econômica de participar da nova ordem.

1.1.6 A França em 1848

O ano de 1848 na Europa foi caracterizado por um violento ciclo de revoluções, no qual o proletariado exigiu uma série de direitos sociais que o Estado não havia conseguido concretizar. Nesse contexto que surgiu a segunda república francesa. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Esse 1848 foi na Europa um ano de graves conflitos, de “revoluções”, uma das quais foi a que derrubou na França a monarquia orleanista”.²³

A importância dessa Constituição foi fazer valer as garantias de direitos econômicos e sociais dos franceses. Esse tipo de decisão política começou a sair do plano meramente conceitual para o plano concreto, para a vida real do povo francês. Explicam Rivero e Moutouh:

A ideologia que inspira os artífices da Revolução de fevereiro de 1848, por mais confusa que seja, não pretende romper com os princípios de 1789, mas, muito pelo contrário, trazer-lhes, no campo econômico e social, os complementos cuja necessidade a revolução industrial, que acentuou a miséria dos trabalhadores, revelou, segundo os ensinamentos de um socialismo mais humanitário do que científico.²⁴

Esse movimento revolucionário socialista iria dar o tom para as futuras garantias sociais que iriam se concretizar nos documentos constitucionais em outros países. Não era mais possível apenas declarar que o homem é livre, havia a necessidade de se garantir o exercício deste direito de liberdade para aqueles que efetivamente não conseguiam tirar proveito minimamente do desenvolvimento tecnológico que estava sendo desenvolvido e aplicado em todos os setores da sociedade francesa desse período histórico.

²³ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 63.

²⁴ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues, op. cit., p. 74-75.

1.1.7 A Assembleia Constituinte Alemã de 1848

A Assembleia Nacional de Frankfurt de 1848 foi a primeira tentativa concreta de consagrar direitos fundamentais de liberdade em nível nacional²⁵. Apenas 57 anos após as afirmações da primeira Constituição Francesa de 1791, os alemães conseguiram escrever uma carta política que apresentava vários dos aspectos de direitos fundamentais modernos, como²⁶:

Artigo II

§ 7º Os alemães são iguais perante a lei.

Artigo III

§ 8º A liberdade da pessoa é inviolável. (...)

§ 10. O domicílio é inviolável. (...)

Artigo IV

§ 13. Todo alemão tem o direito de externar livremente sua opinião, através da apresentação da palavra, escritos, impressos e cartazes. A liberdade de imprensa não pode em nenhuma circunstância e de nenhuma maneira ser restringida, suspensa ou abolida através de normas repressivas, especialmente censura, alegações de segurança, defesa do Estado, restrições dos impressos ou da proibição postal do comércio livreiro ou outras inibições do livre trânsito.

Artigo V

§ 14. Todo alemão tem completa liberdade de crença e consciência. Ninguém é obrigado a manifestar sua convicção religiosa.

Artigo VI

§ 22. O conhecimento e seu ensino são livres.

A Assembleia de Frankfurt de 1848 resgatou e positivou os direitos fundamentais, classificando-os como tal. Essa Constituição tem fundamental importância, pois nela se

²⁵ GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Os direitos fundamentais nos Documentos Constitucionais Alemães de 1850 a 1871**.

²⁶ MOMMSEN, Theodor. **I Diritti Fondamentali del popolo tedesco**. Commento ala costituzione del 1848. Napoli: Società Editrice Il Mulino, 1994. (livre tradução dos artigos).

evidenciou que a Constituição é uma carta política que deve garantir e primar pela liberdade do cidadão alemão.

Com relação à Assembleia de Frankfurt, comenta Mommsen:

Os representantes do povo alemão em Frankfurt concluíram a primeira parte da grande obra constitucional, que contém os direitos fundamentais do povo alemão, eles são aqueles direitos que são considerados a base necessária para garantir uma vida livre de cada cidadão alemão e bem-estar e a prosperidade de todas as grandes e pequenas comunidades dentro das fronteiras da Alemanha.²⁷ (livre tradução).

Continua ele: “Estes direitos fundamentais são garantidos a todos, burguês ou camponês, cada comunidade urbana ou rural”²⁸. (livre tradução).

Destarte, percebe-se o alcance e a importância da Constituição alemã como garantia de direitos fundamentais.

1.1.8 Comuna de Paris – 1871

A Comuna de Paris não gerou nenhuma carta constitucional, ou declaração, mas originou alguns princípios que valem a pena serem visitados. Não se constituem como direitos fundamentais, mas expressam a concreção de direitos sociais pelos quais os franceses, apesar de 1848, segundo Carl Schmitt²⁹, resgataram os princípios de 1789. Eis alguns dos princípios e direitos proclamados na efêmera Comuna de Paris:

- a jornada de trabalho foi reduzida, e chegou-se a propor a jornada de oito horas;
- os sindicatos foram legalizados;
- instituiu-se a igualdade entre os sexos;
- o casamento se tornou gratuito e simplificado;
- a pena de morte foi abolida;
- o cargo de juiz se tornou eletivo;
- o internacionalismo foi posto em prática: o fato de ser estrangeiro se tornou irrelevante. Os integrantes da Comuna incluíam belgas, italianos, poloneses, húngaros;

²⁷ MOMMSEN, Theodor, op. cit., p. 3. “I rappresentanti del popolo tedesco a Francoforte hanno terminato la prima parte della grande opera costituzionale, che contiene I diritti fondamentali del popolo tedesco, essi sono quei diritti che sono considerati il fondamento necessario per assicurare un’esistenza libera ad ogni cittadino tedesco ed il benessere e la prosperità a tutte le comunità grandi e piccole entro i confini della Germania. Questi diritti fondamentali vengono garantiti a voi tutti, borghesi o contadini, ad ogni comunità urbana o rurale”.

²⁸ Idem, p. 3.

²⁹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2011. p. 220.

- o salário dos professores foi duplicado.

Os direitos mais “robustos” da Comuna podem ter sido o de igualar juridicamente homens e mulheres – a Constituição Alemã de 1848 faz isso timidamente - e o fato de a nacionalidade ser irrelevante para participar da vida pública da Comuna, uma característica fundamental para o avanço da universalização dos direitos fundamentais, ou seja, ela transcende a nacionalidade, ela inclui realmente todo o gênero humano na vida política.

1.1.9 A Constituição Mexicana de 1917

Discorrer sobre a Constituição Mexicana de 1917 não é tarefa fácil. Apesar da vanguarda desta carta política, pouca análise foi feita sobre seu alcance e importância no desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais, bem como sobre sua importância social.

Explica Maria Cláudia Pinheiro:

[...] a existência, à época, de poucos doutrinadores mexicanos que, ao analisarem a Constituição de 1917, difundissem, por suas obras, as conquistas sociais alcançadas em continente americano. Como resultado, tem-se a pouca repercussão, fora daquele país, do texto constitucional mexicano.³⁰

Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que esse evento não teve importância crucial no desenvolvimento das conquistas dos direitos fundamentais. Para ele, alguns doutrinadores atribuem uma importância exagerada à Constituição mexicana como marco dos direitos fundamentais no século XX. “Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (Título VI)”.³¹

No entanto, diverge desta visão Perez Luño: “A Constituição mexicana de 1917 pode ser considerada a primeira tentativa de conciliar os direitos de liberdade com a nova concepção dos direitos sociais, e exerceu notável influência sobre as posteriores constituições da América Latina”.³² (livre tradução).

Talvez o que se deva considerar na Carta mexicana de 1917 seja uma atenuação do individualismo em prol do homem organizado em sociedade. É importante lembrar que, neste

³⁰ PINHEIRO, Maria Cláudia. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>. Acesso em: 18 mar. 2014.

³¹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, op. cit., p. 64.

³² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010. p. 124. “La Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse el primer intento de conciliar los derechos de libertad con la nueva concepción de los derechos sociales, y há ejercido notable influencia en las constituciones posteriores de América Latina”.

quesito, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) irá surgir somente depois da Primeira Guerra Mundial, justamente para garantir e proteger os direitos dos trabalhadores (como direitos fundamentais) de todos os países que foram signatários do Tratado de Versalhes em 28 de junho de 1919. Então, neste sentido a Carta mexicana poderia ser um marco, pois já traz uma série de direitos trabalhistas.

Na análise do texto constitucional mexicano de 1917, pode-se encontrar uma série de garantias de igualdade em seus artigos 1º, 2º, 4º, 12 e 13. As garantias de liberdade se encontram nos artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 16, 24 e 28. O direito de propriedade, no artigo 27, e as garantias jurídicas nos artigos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23 e 29.

Resta claro que, apesar de a Carta Mexicana de 1917 não ter tido a repercussão ou brilhantismo dos fatos e acontecimentos políticos ocorridos no velho continente, ela possui relevância dentro do estudo dos direitos fundamentais.

Não é objetivo deste trabalho³³ discorrer sobre cada uma destas normas e analisar o seu contexto no âmbito dos direitos fundamentais. No entanto, vale a pena destacar o artigo 1º desta carta política.

Capítulo I: direitos humanos e garantias

Artigo 1º. Os Estados Unidos Mexicanos gozam de todos os direitos humanos reconhecidos na Constituição e os tratados internacionais de que o Estado mexicano é parte, bem como as garantias para sua proteção, o exercício não pode ser restringido ou suspenso, exceto casos e nas condições estabelecidas por esta Constituição. As regras sobre os direitos humanos devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição e os tratados internacionais sobre o assunto em todos os momentos encorajando as pessoas a mais ampla proteção. Todas as autoridades, no âmbito das suas competências, têm a obrigação de respeitar, promover, proteger e cumprir os direitos humanos, em conformidade com os princípios da universalidade, interdependência, indivisibilidade e escalada. Conseqüentemente, o Estado deve prevenir, investigar, punir e reparar as violações de direitos humanos nos termos estabelecidos por lei. A escravidão é proibida nos Estados Unidos Mexicanos. Escravos estrangeiros que entram no país ganham, por este fato, a liberdade e a proteção das leis. (livre tradução).

³³ Ver **Historia de la Revolución Mexicana**. La Constitución de 1917, de Berta Ulloa. El Colegio de Mexico. México, 2005. Particularmente o capítulo VI, que trata do art. 123 da Constituição. E também PINHEIRO, Maria Cláudia. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>.

1.1.10 A Constituição da URSS de 1918

A Constituição da URSS de 1918 é outro marco histórico no estudo da evolução de direitos fundamentais. Sua finalidade não é lançar fundamentos sociais, como fez a Constituição Mexicana de 1917 – por exemplo, o art. 123 desta Carta.

Na opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição de 1918 da URSS não traz grandes contribuições para o desenvolvimento dos direitos fundamentais. Para ele, esta Carta não define direitos e sim princípios, e estes princípios são eivados de vícios ideológicos e propagandísticos.

Esta, na verdade, não enuncia direitos mas sim princípios, como o da abolição da propriedade privada da terra, o confisco dos bancos, a colocação das empresas sob o controle dos trabalhadores (isto é, do partido) etc. Tudo isto acompanhado de promessas como a de “esmagar impiedosamente todos os exploradores”, a do “repúdio completo da política bárbara da civilização burguesa”, o que basta para dar a ideia de seu tom e de seu caráter meramente propagandístico.³⁴

Para Perez Luño, esta Constituição serviu de réplica às declarações do ocidente. “Nas primeiras fases da Revolução soviética, por iniciativa de Lênin, proclamou-se, em 1918, na URSS, uma Declaração dos direitos do Povo trabalhador e explorado, **como réplica às declarações de direitos burgueses**”.³⁵ (grifo nosso e livre tradução)

Só o fato de positivar a abolição da propriedade privada (seria possível aboli-la efetivamente?) já torna o estudo desta Constituição importante. Antes, a Constituição de Weimar havia alterado o caráter da propriedade privada atribuindo a ela uma função, determinando que não seria possível exercer o direito de propriedade se ela não tivesse uma função, no caso, uma função social.

Observam Rivero e Moutouh:

Diferentemente das constituições ocidentais, a afirmação dos direitos do homem se situa em segundo lugar, depois daquela dos direitos de ordem econômica e social: direito ao trabalho, ao descanso, à segurança material, à instrução. Assim fica muito claro que as liberdades são apenas o prolongamento da satisfação dada às necessidades concretas do homem.³⁶

³⁴ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, op. cit., p. 65.

³⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010. p. 125-126. “En las primeras fases de la Revolución soviética, por iniciativa de Lenin, se proclamo en la URSS en 1918 una Declaración de los derechos del Pueblo trabajador y explorado, como réplica a las declaraciones de derechos burgueses”.

³⁶ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues, op. cit., p. 83.

Depreende-se deste ensinamento que existe uma inversão na lógica da Constituição dos *soviets* de 1917. A preocupação ali foi, antes, garantir os meios para que os direitos fundamentais pudessem ser verdadeiramente exercidos pelos cidadãos na nova sociedade que se formava. Eis aí a diferença com relação às constituições ocidentais, nas quais os direitos fundamentais são apenas ideais, mas não há garantias para sua concreção. Fala-se, por exemplo, em direito ao trabalho, mas não há qualquer garantia nas cartas ocidentais para que postos de trabalhos sejam gerados, ou as condições às quais os trabalhadores devem ser submetidos para terem acesso a eles.

Carl Schmitt tece as seguintes considerações sobre esta carta política:

Os direitos fundamentais de um Estado de direito liberal-burguês são, segundo a concepção bolchevique, somente meios do domínio capitalista sobre a propriedade privada; na proclamação de se estabelecem princípios de um Novo Estado. Aboliu-se a propriedade privada da terra, a riqueza mineral e água, fábricas e bancos; proclama-se solenemente a luta contra o imperialismo das potências capitalistas, a solidariedade de todos os trabalhadores e explorados da terra, a liberdade dos povos explorados da Ásia e das colônias. Para garantir que os trabalhadores tenham uma verdadeira liberdade de consciência, vai separar a Igreja e o Estado e escola da Igreja; a todo cidadão é reconhecida a liberdade de propaganda religiosa e antirreligiosa. A liberdade de imprensa, liberdade de associação e de reunião, é apenas para a classe trabalhadora e camponeses.³⁷ (livre tradução).

Para corroborar a descrição de Schmitt seguem alguns exemplos das normas fundamentais positivadas pelos bolcheviques em 1918:

Capítulo II

a. Visando à concretização da socialização da terra, fica abolida a propriedade privada da terra. Todos os imóveis agrícolas são declarados propriedade de todo o povo trabalhador e entregues, sem qualquer indenização, aos trabalhadores, com base no princípio da utilização igualitária da terra.

d. Confirma-se a passagem de todos os bancos à propriedade do Estado dos Conselhos (Soviets) dos Trabalhadores e Camponeses, como uma das condições necessárias à libertação das massas trabalhadoras do jugo do capital.

e. Tendo em vista a aniquilação das classes sociais parasitárias e visando à organização da economia, introduz-se a obrigação universal de trabalhar.

³⁷ SCHMITT, Carl, op. cit., p. 211. “Los derechos fundamentales de un Estado de Derecho liberal-burgés son, según la concepción bolchevista, sólo medios del dominio capitalista de la propiedad privada; em la proclamación de 1918 quieren establecerse los principios de un nuevo Estado. Queda abolida la propiedad privada sobre el solo, riqueza minera y aguas, fábricas y bancos; queda solemnemente proclamada la lucha contra el imperialismo de las potencias capitalistas, la solidaridad de todos los trabajadores y explorados de la tierra, la libertad de los pueblos explotados de Asia y de las colônias. Para garantizar a los trabajadores una verdadera libertad de conciencia, quedará separada la Iglesia del Estado y la escuela de la Iglesia; se reconocerá a todos los ciudadanos la libertad de propaganda religiosa y antirreligiosa. La libertad de prensa, la libertad de asociación y reunión, vale sólo para la clase trabajadora y los campesinos”.

Esses valores, no contexto soviético de 1918, parecem exprimir o ideal e valores individuais que poderiam ser consubstanciados como direitos fundamentais daqueles cidadãos naquela conjuntura histórica.

Essa concepção ideológica³⁸ de direitos fundamentais é única na história, pois nem mesmo os ideais da Comuna chegaram a uma separação tão radical entre dominados e dominantes no cenário político, caracterizava-se por garantir certa igualdade entre os cidadãos e o acesso a determinadas condições sociais. A ideia bolchevique era de uma cruzada política contra o sistema capitalista de produção.

A Constituição mexicana, apesar de ter passado igualmente por um contexto revolucionário, fez menção a uma ruptura com uma dada ordem econômica, o que leva a ponderar se os direitos fundamentais podem ser independentes de uma determinada ordem político-econômica.

Ainda na esteira da Constituição da URSS, a Constituição stalinista de 1936³⁹ é mais parecida com as cartas de direitos fundamentais do ocidente, ou seja, possui direitos, mas não os meios de concretizá-los, apenas são intenções de um Estado de direito, um discurso político, cujas normas constitucionais foram amplamente violadas durante todo o regime stalinista.

³⁸ Ver nota 22 neste trabalho.

³⁹ Alguns exemplos são:

Artigo 118. O cidadão da URSS tem o direito de trabalhar, o que implica na garantia de emprego e do pagamento pelo seu trabalho, de acordo com a espécie e produção do mesmo.

Artigo 120. O cidadão na URSS tem o direito ao amparo material na idade avançada e também em caso de moléstia ou de incapacidade para o trabalho.

Artigo 121. O cidadão na URSS tem direito à educação.

Artigo 122. Às mulheres na URSS são concedidos direitos iguais ao homem, em todas as esferas da economia e da vida do Estado, cultural, política e socialmente.

Artigo 123. Direitos iguais para todos os cidadãos da URSS, independentemente de sua nacionalidade ou raça, em todas as esferas do Estado, seja economicamente, na vida cultural, social ou política, constituem lei irrevogável.

Artigo 124. Com o fim de assegurar a liberdade de consciência, a Igreja, na URSS, será separada do Estado e a Escola será separada da Igreja. A liberdade de culto, assim como a liberdade de propaganda antirreligiosa, serão outorgadas a todos.

Artigo 125. De acordo com os interesses dos trabalhadores, e a fim de reforçar o sistema socialista, a lei garante a todo cidadão:

- a) liberdade de palavra;
- b) liberdade de imprensa;
- c) liberdade de assembleia ou reunião;
- d) liberdade de passeatas e demonstrações.

Essas liberdades são asseguradas por meio das facilidades que se lhes concede, pondo à disposição dos trabalhadores e de suas organizações, tipografias, material de impressão, edifícios públicos, ruas, meios de condução, etc., para o exercício desses direitos.

Artigo 127. É também garantida aos cidadãos da URSS a inviolabilidade pessoal. Ninguém pode ser preso a não ser por ordem da Corte ou por sanção do Procurador do Estado.

Artigo 128. A inviolabilidade de domicílio e a inviolabilidade da correspondência são também garantidas pela lei.

1.1.11 A Constituição de Weimar de 1919

A Constituição de Weimar representa o auge da crise do Estado Liberal do séc. XVIII e a ascensão do Estado Social do séc. XX. Foi o marco do movimento constitucionalista que consagrou direitos sociais, de segunda geração/dimensão (relativos às relações de produção e de trabalho, à educação, à cultura, à previdência) e reorganizou o Estado em função da sociedade e não mais do indivíduo.

Nela destacam-se a sujeição da propriedade à função social – com a célebre fórmula: “A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar o interesse geral” (art. 153) - , a repartição das terras (reforma agrária), (art. 155), a possibilidade da “socialização” de empresas (art. 156), a previdência social (art. 161), a cogestão das empresas (art. 165).⁴⁰

Esse foi, basicamente, o modelo seguido por todos os Estados logo após o término da Primeira Guerra, evento histórico-político que marcou profundamente as noções de direitos fundamentais na chamada “Nova Europa”, como assevera Rivero e Moutouh:

Nova Europa: essa era a expressão pela qual o otimismo, rapidamente desmentido, logo após a vitória de 1918, designava o conjunto dos Estados dela oriundos (Polônia, Iugoslávia, Checoslováquia) e daqueles que ela renovara numa direção democrática (Alemanha, Áustria). As constituições adotadas por eles dão um amplo espaço aos direitos do homem.⁴¹

Avaliza essa visão Perez Luño, quando ensina sobre a importância da Constituição de Weimar. “A Constituição de Weimar foi durante muito tempo o documento inspirador de todas as tentativas de conciliação entre os direitos individuais e sociais no marco do Estado social de direito”.⁴² (livre tradução).

Nessa nova configuração dos direitos fundamentais houve o distanciamento dos direitos individuais – uma herança de 1789 – e uma aproximação dos direitos da coletividade. Destarte, passa-se a uma visão mais social, ou seja, dos sujeitos coletivizados dotados de direitos. No entanto observa-se que as crianças continuam sendo o polo passivo destes direitos, ou seja, não podem reivindicá-los, pois não são sujeitos de direitos.

⁴⁰ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, op. cit., p. 67.

⁴¹ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues, op. cit., p. 84.

⁴² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010. p. 124. “La Constitución de Weimar há sido durante mucho tempo el documento inspirador de todas las tentativas de conciliar los derechos individuales y sociales en el marco del Estado social de Derecho”.

1.1.12 Os direitos fundamentais depois de 1945

Depois de 1945 houve um esforço geral para se restabelecerem as economias e uma comoção geral para que as atrocidades causadas por regimes totalitários não voltassem a ocorrer. Havia um sentimento de que o ser humano tinha sido totalmente desconsiderado, descaracterizado e humilhado e que tudo isso teve aval legal para acontecer. Acreditava-se que os direitos humanos, paulatinamente conquistados, foram violados com base nas liberdades positivadas nas constituições depois de Weimar. Para Rivero e Moutouh o partido nazista havia conseguido conquistar o poder justamente por causa das liberdades da Constituição de Weimar.⁴³

Depois desse trágico cenário o desafio era tentar coibir o uso das liberdades instauradas nas constituições como justificativa para cercear as liberdades individuais em detrimento das liberdades coletivas. Esta contestação do liberalismo pela ideologia dos regimes totalitários acabou por levar ao pensamento de que um determinado grupo tinha legítima superioridade sobre o indivíduo ou sobre uma minoria. Negava-se o homem como indivíduo inserido na sociedade, pois ele só teria valor se estivesse integrado ao senso social dos mais capazes de exercer esta liderança.

O que eles negam, de fato, é o valor do homem como tal. O homem só tem valor por pertencer a uma coletividade racial ou estatal: há uma hierarquia das raças e das nações. Sendo assim, não é devido nenhum respeito aos que pertencem a grupos inferiores. Muito mais, sua destruição total em benefício dos grupos superiores é uma necessidade lógica.⁴⁴

Essa necessidade lógica de uma ideologia⁴⁵ perversa foi respaldada nas amplas liberdades coletivas consagradas depois de Weimar. Verifica-se que depois de 1945 as liberdades coletivas continuaram sendo garantidas, mas podendo ser limitadas. Essa diferença de visão teve como um dos seus principais expoentes a Constituição da República Federativa da Alemanha de 1949.

Antes dela, houve tentativas de uma constituição que quebrasse os grilhões totalitários, tendo a França realizado a sua em 1946, mas as fortes tensões da assembleia fizeram com que apenas o preâmbulo desta constituição ecoasse durante anos na formação dos novos direitos fundamentais que viriam ainda a surgir. Neste preâmbulo, a França reafirmou os

⁴³ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues, op. cit., p. 95.

⁴⁴ Idem, p. 85.

⁴⁵ Ver nota 22 neste trabalho.

compromissos de 1789, mas sem se ater ao individualismo, defendendo fortemente a família e os trabalhadores e, de forma pioneira, **a criança**.

A nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento.

Ela garante a todos, **notadamente à criança**, a mãe e aos trabalhadores, a proteção da saúde, previdência, descanso e lazer. Qualquer ser humano que, em razão de sua idade, condição física ou mental, situação econômica se encontra incapacitado para o trabalho, tem o direito de obter da comunidade meios adequados para sua existência.⁴⁶ (grifo nosso e livre tradução).

Essa proteção da criança será fundamental para os diversos desdobramentos que virão no que tange à visão da criança como sujeito de direitos fundamentais.

As Nações Unidas tutelaram os direitos das crianças em uma declaração de 20 de novembro de 1959, na qual reconhece a vulnerabilidade da criança dado o seu estado físico e capacidade cognitiva ainda em desenvolvimento. Essa declaração evoluiu para uma convenção em 26 de janeiro de 1990, que foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, tendo entrado em vigor em 23 de outubro de 1990. Reza o preâmbulo desta Convenção:

Considerando que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.⁴⁷

Nesse esforço histórico fica evidente sempre haver a busca por uma definição dos direitos naturais como direitos inerentes à espécie humana e, desta forma, inalienáveis.

1.1.13 Síntese

Depreende-se desta análise histórica que em nenhum momento se discute uma definição dos direitos fundamentais, que num primeiro momento se confundem com direitos naturais, depois evoluem para direitos sociais (direito à saúde, à educação, etc.) e posteriormente para direitos da coletividade. Daí se falar em diversas dimensões ou gerações de direitos fundamentais.

⁴⁶ “La Nation assure à l’individu et la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l’enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l’incapacité de travailler a le droit d’obtenir de la collectivité des moyens convenables d’existence”. In: Libertés fondamentales et droits de l’homme. OBERDORFF, HENRI; Robert Jacques. 10. ed. Paris: Lextenso Éditions, 2012. p.5.

⁴⁷ **Convenção sobre os direitos da criança**. Preâmbulo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 6 nov. 2014.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁸ ensina que os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles que privilegiam o individualismo, notadamente todos os que são levantados pela bandeira liberal-burguesa do século XVIII. Os de segunda geração/dimensão são todos aqueles que procuram certa justiça social, como as proteções sociais citadas acima, proteção à saúde, direito à educação, trabalho, etc. Nesta dimensão as liberdades deixam de ser meramente ideais do Estado e passam a ter certa concreção na vida das pessoas.

Ainda na esteira dos ensinamentos de Ingo Sarlet, têm-se os direitos fundamentais de terceira dimensão, que pautam a questão da vivência coletiva, da solidariedade e da fraternidade dos indivíduos que, como grupos, vivem em sociedade.

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.⁴⁹

Sem se adentrar na seara da possibilidade de existência de outras dimensões dos direitos fundamentais⁵⁰, cabe descobrir se os direitos fundamentais das crianças, por exemplo, são direitos de terceira dimensão. Vale observar, no entanto, que neste quadro de evolução dos direitos fundamentais só bem recentemente a criança passa a ser considerada como principal ator e não mais coadjuvante no exercício destes direitos.

Admitir que a criança seja um sujeito de direitos fundamentais e que pode exigir sua efetivação é algo que somente, no caso do Brasil, a partir de 1988 com a Constituição Federal, e de 1990, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), houve decisão política de dar este status jurídico às crianças.

Depois da Segunda Grande Guerra, surgiram milhares de crianças órfãs que precisavam ser amparadas, necessitando da tutela do Estado para garantir, mais do que os adultos, a sua existência e pleno desenvolvimento. Se os grupos sociais estavam fragilizados ante as dificuldades do pós-guerra, as crianças órfãs estavam muito mais.

O Estado garante os direitos fundamentais das famílias, por exemplo, como grupo social que compõe o Estado, mas a criança sozinha não faz parte de nenhuma família, daí a

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 45-57.

⁴⁹ Idem, p. 48.

⁵⁰ Vide, por exemplo, **Teoria da Constituição e dos Direitos fundamentais**. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013. Cap. III da parte V – Classificação dos Direitos fundamentais.

grande necessidade da sua proteção. Este sentimento foi despertado na Europa e depois passou a percorrer o mundo, cada um com sua interpretação da necessidade desta tutela.

De acordo com Rivero e Moutouh, o homem é um ser humano da infância à velhice⁵¹. Neste sentido de nada vale proteger o presente sem se preocupar com o futuro.

Resta saber se a criança, sendo submetida a uma pletera de informações comerciais, fica imune aos vícios ali inseridos, como o consumismo irresponsável e até mesmo a falta de solidariedade. A comunicação mercadológica pode ser capaz de subjugar o espírito da criança, tirando-lhe sua dignidade, sua liberdade, fraternidade e a solidariedade como direitos fundamentais de terceira dimensão.

Feito este breve introito sobre o desenvolvimento dos direitos fundamentais para que se possa aprofundar na discussão sobre a existência de conflito de direitos fundamentais entre a liberdade de divulgar produtos e serviços e a questão da dignidade e proteção da criança, passa-se agora à verificação das principais teorias que definem os direitos fundamentais e também quais as possibilidades, lógicas e fáticas, de se limitar estes direitos.

1.2 As definições de direitos fundamentais

Foi exposto no item anterior um breve esboço sobre o histórico dos direitos fundamentais, utilizando de forma livre os termos direitos fundamentais e direitos humanos basicamente como sinônimos, sem, no entanto, apresentar nenhuma definição do que vem a ser, ou podem ser, direitos fundamentais.

Justo parece observar que os direitos que foram, desde 1789, classificados como fundamentais, continuam a sê-los mesmo depois de uma evolução e acréscimos de direitos, o que evidencia que os direitos fundamentais são atemporais, no sentido de que, uma vez classificados como tais, não há uma “desclassificação”. As condições sócio-políticas podem mudar, fazendo com que ora um direito entre para o rol de direitos fundamentais, ora não, mas isso não o desqualifica do epíteto de direito fundamental.

Antes de 1945 não houve preocupação efetiva com uma definição de direitos fundamentais, e mais ainda, parece que estes ainda se fundiam, em uma simbiose perfeita, com os chamados direitos humanos.

⁵¹ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues, op. cit., p. 105.

Na opinião do Sérgio Rezende de Barros⁵², não há que se falar em separação ou distinção de direitos fundamentais e direitos humanos. Esta concepção é assim apresentada por Ingo Sarlet: “De acordo com Sérgio Rezende de Barros, que refuta a tese da distinção entre direitos humanos e fundamentais, esta designação tem a vantagem de ressaltar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais”.⁵³

São dois os princípios norteadores das discussões acerca da definição de direitos fundamentais:

1. Os direitos, uma vez considerados fundamentais, permanecem com este *status*, mas podem ou não fazer parte de um catálogo constitucional de direitos fundamentais.
2. Não há razão para se diferenciarem direitos humanos de direitos fundamentais.

1.2.1 A definição em Perez Luño

O posicionamento de Perez Luño com relação à definição dos direitos fundamentais é o seguinte: “Os direitos fundamentais se apresentam no direito constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos (a doutrina alemã os qualifica, portanto, de *Grundwert*) e ao mesmo tempo, como marco de proteção das situações jurídicas subjetivas”.⁵⁴ (livre tradução).

Podem ser identificados três requisitos para a definição de direitos fundamentais enunciado pelo doutrinador espanhol. Primeiro, o direito fundamental deve estar inserido na Constituição. Segundo, ele representa um conjunto de valores, e então o autor remete ao termo alemão *Grundwert* para categorizar este conjunto de valores. Como terceiro requisito o autor afirma que é um marco na proteção de situações jurídicas subjetivas.

Para Perez Luño, o direito fundamental deve estar positivado no direito constitucional. A questão que se pode levantar é se um direito fundamental, como norma constitucional, pode ser uma regra ou um princípio. Outra dúvida que surge no âmbito desta definição é se somente os direitos positivados podem ser considerados fundamentais, ou seja, que a

⁵² BARROS, Sérgio Rezende. **Direitos humanos, Paradoxo da Civilização**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 33.

⁵⁴ LUÑO, Antonio Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2011. p. 16. “Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (la doctrina germana los qualifica, por ello, de *Grundwert*) y, al próprio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas”.

constituição tenha elegido como fundamentais. Se, por exemplo, o direito à vida não figurasse na carta constitucional, deixaria de ser fundamental?

O valor objetivo básico ao qual se refere Perez Luño é o rol de consentimentos que constrói a sociedade democrática. Tal objetividade é o que dá sentido para a convivência em sociedade, ou seja, os direitos fundamentais devem contribuir para a consolidação da democracia e não violá-la.

No aspecto subjetivo da definição apresentada por Perez Luño, os direitos fundamentais não podem somente se valer a garantir a sociedade democrática, mas também devem dar as garantias negativas dos interesses individuais. O indivíduo deve poder exercer seu direito de não sofrer danos pelo poder público.

1.2.2 A definição em Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli propôs uma discussão teórica sobre o conceito de direitos fundamentais:

Proponho uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, de ‘direitos fundamentais’: são “direitos fundamentais” todos direitos subjetivos que se dizem atribuídos universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou pessoa capaz de agir.⁵⁵ (livre tradução).

Para o doutrinador italiano, todos os direitos subjetivos que traduzam a universalidade de todos os seres humanos são categorizados como direitos fundamentais. Mas não é isso. Nesta definição não há o requisito de que este direito seja positivado em uma carta constitucional. Ao contrário, somente o direito subjetivo universalmente atribuído a seres humanos que sejam dotados do *status* jurídico de pessoa, cidadão ou pessoa capaz de agir.

A capacidade de agir (*status activus*, na teoria dos *status* de Jellinek⁵⁶), pela qual, segundo Ingo Sarlet⁵⁷, o cidadão passa a ter condições de exigir a possibilidade de participar da vida pública do Estado influenciando a vontade deste Estado. O cidadão que tiver as

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali, um dibattito teórico**. 3. ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 2008. p. 5. “Propongo una definizione teórica, puramente formale o strutturale, di ‘diritti fondamentali’: sono ‘diritti fondamentali’ tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire”.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 254-275.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 155-159.

condições de agir perante o Estado é passível de ser titular de direitos fundamentais, o que excluiria as crianças, por exemplo.

No entanto esta é apenas uma particularidade da definição de Ferrajoli, genérica e mais compatível com o que foi exposto até o momento neste trabalho acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais. Esta acepção mais geral permite inclusive agir em prol de direitos fundamentais que, por exemplo, possam não estar positivados na Constituição.

1.2.3 A definição em Pieroth e Schlink

A definição de direitos fundamentais no seio da doutrina alemã, defendida por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, é assim proposta:

A evolução histórica permite reconhecer duas linhas: por um lado, os direitos fundamentais são entendidos como direitos (humanos) do indivíduo *anteriores ao Estado*; a liberdade e a igualdade dos indivíduos são condições legitimadoras da origem do Estado, e os direitos à liberdade e à igualdade vinculam e limitam o exercício do poder do Estado. Por outro lado, na evolução alemã, também se entendem como fundamentais os direitos que cabem ao indivíduo não já como ser humano, mas apenas enquanto membro do Estado, direitos que não são anteriores ao Estado, mas que só são *outorgados pelo Estado*. Porém, também aqui os direitos fundamentais são direito individual e, por via da construção da autovinculação, produz-se um compromisso do exercício do poder do Estado sobre os direitos fundamentais: as ingerências na liberdade e na propriedade carecem de lei para sua justificação.⁵⁸

Na visão dos doutrinadores alemães, os direitos fundamentais, historicamente falando, possuem duas vertentes, uma voltada aos direitos naturais, os que são inerentes ao gênero humano desde sempre, outra, aos que aparecem depois, com o advento do Estado e o Estado sendo o único a outorgar estes direitos. Numa fase não há positivação, na outra os direitos só são fundamentais se o Estado disser que são.

Quando o Estado outorga os direitos fundamentais, eles voltam à sua origem histórica, ou seja, à Declaração de 1789, que prega o individualismo. Assim sendo, a definição dos doutrinadores alemães assume duas formas que, atuando juntas, abrangem os direitos naturais, universais, e os direitos identificados pelo legislador como tais e que privilegiam a pessoa como ser individual dentro de uma coletividade, ou seja, o Estado. Uma forma não exclui a outra sob a égide desta definição.

⁵⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 48.

1.2.4 Algumas definições na doutrina nacional

Para o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Ferreira Mendes, os direitos fundamentais são direitos subjetivos públicos, são os direitos do cidadão ante o Estado⁵⁹. Esta definição não fala sobre necessidade de positivação destes direitos, mas como, segundo sua aceção, são direitos que o cidadão possui em face do Estado, certamente se está diante do imperativo de se ter estes direitos positivados, pois foi o Estado que os atribuiu, mesmo que em face dele, ao cidadão. Eles podem não ser aqueles necessariamente inerentes ao gênero humano, como apresentados até aqui.

Peña de Moraes faz uma definição de direitos fundamentais que parece aglutinar algumas das definições apresentadas até agora. “Os direitos fundamentais são conceituados como **direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade**”.⁶⁰

Esta parece ser uma definição abrangente para os direitos fundamentais, pois não exclui a questão dos direitos inerentes ao gênero humano e que podem ou não estar positivados, contemplando ainda o fato de que estes direitos não precisam ser somente em face ao Estado, mas também entre pessoas no contexto social.

A doutrinadora mineira Ana Maria D´Ávila Lopes, dentre as pesquisas realizadas, é a única que insere no contexto da definição de direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana. Na esteira da maior parte da doutrina, nacional ou estrangeira apresentada neste estudo, ela também vê a necessidade de positivação dentro da ordem jurídica constitucional destes direitos. Outro detalhe desta definição é que os direitos fundamentais são princípios: “Os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal”.⁶¹

Assim como a definição de Peña de Moraes, esta descrição parece mais adequada, pois insere em seu bojo a dignidade da pessoa.

Fechando o tópico, importa deixar aqui devidamente consignado o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais), compreendidos como direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica

⁵⁹ “Os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos do cidadão em face do Estado”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 116.

⁶⁰ PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 503.

⁶¹ LOPES, Ana Maria D´Ávila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 35.

internacional e com pretensão de validade universal, e “direitos fundamentais”, concebidos e positivados na esfera do direito constitucional”.⁶²

Para o professor Ingo Sarlet, os direitos fundamentais constituem os direitos da pessoa humana que sejam reconhecidos internacionalmente com caráter universal e desta forma que sejam positivados na ordem jurídica constitucional, lançando mão da expressão “direitos humanos fundamentais”, o que se coaduna com a opinião de Sérgio Rezende de Barros⁶³ e Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶⁴.

1.2.5 Síntese

Pautando-se nos conceitos exarados, pode-se afirmar que alguns estudiosos consideram que os direitos fundamentais devem estar positivados na ordem jurídica constitucional.

Ferrajoli, Pieroth e Schlink apresentam propostas mais generalizadas e não descartam a possibilidade de positivação dos direitos fundamentais, mas ressaltam que estes direitos são inerentes ao gênero humano e anteriores ao Estado e não precisam do Estado para que lhes seja atribuído o status de fundamentais.

D’Ávila Lopes aventa, na positivação dos direitos fundamentais, o aspecto da dignidade da pessoa humana, devendo, necessariamente, representar esta dignidade.

Por derradeiro, Ingo Sarlet, apesar de afirmar a positivação dos direitos como critério de classificação como fundamentais, lembra os aspectos originários destes direitos (direitos humanos), adotando a terminologia dos professores Sérgio Rezende de Barros e Manoel Gonçalves Ferreira Filho: direitos humanos fundamentais.

Argumentou-se anteriormente que os chamados direitos inerentes ao gênero humano são independentes de formalização por parte do legislador constitucional. Assim, se a vida é uma característica fundamental ao gênero humano, então ela é um direito fundamental, mesmo que não tenha sido positivada. Para questões de ordem jurídica de determinado sistema jurídico, talvez a vida não seja considerada como valor objetivo básico daquela ordem

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 251.

⁶³ BARROS, Sérgio Rezende. **Direitos humanos, Paradoxo da Civilização**. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2003.

⁶⁴ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, op. cit.

e, portanto não foi positivada, mas isso não lhe tira o status de um direito fundamental, ele apenas é negado, como tal, em tal sistema.

A partir deste levantamento é possível inferir que os direitos fundamentais são aqueles inerentes ao gênero humano e não precisam, necessariamente, ser positivados, mas, se assim forem, servem de defesa contra o Estado que assim os outorga. Outra característica destes direitos enquanto fundamentais é o seu caráter social sem deixar de considerar o indivíduo no seio da sociedade e sem impedir o exercício da dignidade da pessoa humana.

Este é o posicionamento adotado no desenvolvimento deste trabalho.

1.3 Limites⁶⁵ a direitos fundamentais

Busca-se nesta seção alinhar algumas questões com relação aos limites de direitos fundamentais para servir de fundo à discussão da validade de inferir sobre o abuso do direito na comunicação mercadológica destinada à criança e verificar se há a possibilidade de limitar esta prática no contexto da Constituição de 1988.

⁶⁵ Não existe consenso entre as definições ou diferenças de conteúdo entre as palavras limites e restrições. O verbo limitar vem do latim *limito* e significa delimitar, limitar, rodear de fronteiras. A *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, compilada por Adolf Berger, traz o verbete *limes* e *limitaneus* ambos com o sentido de fronteira a um país ou região, e ainda como demarcação entre vizinhos. Já o verbo restringir vem do latim *restringo* e significa ligar fortemente, apertar com força, apertar bem, conter, reprimir, apertar, restringir, diminuir, suprimir. A *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* não traz nenhum verbete associado ao verbo *restringo*, o que pode ser um indício de que no contexto do direito romano não fosse comum a utilização do termo. O que auferimos é que o verbo limitar está mais relacionado ao fato de apresentar as fronteiras ou marcos de determinada situação para que seja contido em si mesmo. Já o restringir é muito mais amplo e permite a ideia de supressão ou diminuição de um termo ou fato que foi restringido. No contexto da Constituição alemã o art. 19 (1) usa *eingeschränkt* significando limitado, mas também podendo significar restrito. No contexto da Constituição brasileira a palavra limite é empregada 64 vezes, sendo somente duas ocorrências no art. 5º (XLV e XXIX). O verbo limitar ocorre apenas quatro. Já o verbo restringir ocorre uma única vez no art. 5º LX (a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigir;). A palavra restrição ocorre três vezes, sendo uma delas justamente no 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.). Tanto no art. 5º LX como o caput do art. 220 nos parece que restringir significa justamente suprimir, diminuir, não dando a ideia de algo que precisa ser contido em suas fronteiras e delas não passar. Pelo exposto optamos pela nomenclatura limite no decorrer deste trabalho, não significando com isso que um direito fundamental não possa ser restrito, no sentido de suprimido ou diminuído. O que nos interessa é saber justamente quais as fronteiras deste limite fundamental. Para uma discussão mais ampla sobre os limites dos direitos fundamentais, duas obras tratam do assunto com autoridade: Direitos Fundamentais, limites e restrições, de Luiz Fernando Calil de Freitas, e A (De)limitação dos Direitos Fundamentais, de Felipe de Paula, ambos da Editora Livraria do Advogado.

É indiscutível que o próprio conceito de direitos fundamentais carece de uma visão única precisa, no entanto uma parte da doutrina entende que estes direitos precisam ser positivados no contexto de uma Constituição. Sendo inerentes aos seres humanos e positivados, eles devem entrar em conformidade com todo o ordenamento proposto pelo sistema. Estes direitos fundamentais precisam ser garantidos para que se possa exigí-los enquanto direito subjetivo positivado.

No entendimento de Robert Alexy, é Klein quem coloca a questão da possibilidade lógica de limitar um direito fundamental em seus comentários à Lei fundamental de Bonn.⁶⁶

Foge ao escopo deste trabalho discorrer sobre a chamada “teoria das restrições” e verificar os axiomas propostos sobre as possibilidades de limitar ou não um direito fundamental⁶⁷. O fato é que para se efetivar um direito fundamental no seio de uma sociedade complexa como vem sendo a nossa sociedade hodierna, se faz necessário analisar se estes direitos beneficiam apenas um ou muitos. Mais ainda, se o direito de apenas um pode se sobrepor ao de vários indivíduos na mesma sociedade.

Essa abordagem é de interesse deste estudo na medida em que serve para comprovar, por exemplo, se o Projeto de Lei 5.921/2001 tem legitimidade para limitar o direito das empresas, com base no art. 220 da Constituição de 1988, de veicular comunicação mercadológica à criança.

Para Gilmar Mendes:

O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção e, se for o caso, a fixação precisa de restrições ou das limitações a esses direitos (limitações ou restrições).⁶⁸

A convivência em sociedade exige a garantia de direitos fundamentais, no entanto estes direitos podem entrar em conflito quando o seu detentor pretende exercê-lo, mas se seu exercício entra na seara do direito de outra pessoa igualmente detentora de um direito fundamental, ocorre uma colisão. Para evitar que isso aconteça, uma das medidas é traçar limites ao exercício deste direito, ou seja, que ele só possa ser exercido dentro de fronteiras

⁶⁶ ALEXY, Robert, op. cit., p. 276.

⁶⁷ Ver Direitos Fundamentais, limites e restrições, de Luiz Fernando Calil de Freitas, e A (De)Limitação dos Direitos Fundamentais, de Felipe de Paula, ambos da Editora Livraria do Advogado.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 35-36.

que não violem (ultrapassem) direitos de terceiros. Como se vê, isso leva ao questionamento sobre a possibilidade de limitação de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são inerentes ao gênero humano, mas nem por isso podem ou devem ser exercidos ilimitadamente, principalmente no que tange ao contrato social na sua acepção moderna em que o indivíduo adere⁶⁹ às normas de convívio em sociedade. Essas normas são positivadas, de forma geral, nas constituições.

Se é possível, ou melhor dizendo, necessário, limitar direitos fundamentais para se estabelecer uma forma de “equilíbrio reversível”⁷⁰ dentro da sociedade, quem pode delimitar os parâmetros e até onde pode ser limitado o direito fundamental?

O problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações.⁷¹

1.3.1 Teoria interna

Assim leciona Martin Borowski sobre a teoria interna: “Segundo a teoria dos direitos fundamentais não limitáveis, ou teoria interna dos direitos, o que existe é um direito com um conteúdo determinado”.⁷² (livre tradução).

Na teoria interna, o direito fundamental tem seu conteúdo determinado e suas fronteiras de aplicação bem definidas. O direito não poderia sofrer qualquer tipo de limitação.

⁶⁹ O contrato social, nas acepções de Locke, Hobbes e Rousseau está há muito superado, mas a sociedade ainda necessita, de forma mais complexa, do convívio em sociedade, para tanto continua abrindo mão de determinados direitos para poder usufruir deste convívio social. Destarte, este contrato social moderno é um contrato por adesão, ao qual, no fundo o indivíduo, não tendo mais a possibilidade de não optar por viver em determinada sociedade, necessariamente tem que aderir.

⁷⁰ Usamos aqui “equilíbrio reversível” no sentido que a química dá ao termo, ou seja, no estudo das reações químicas há as que são reversíveis e elas podem entrar em equilíbrio estequiométrico. O equilíbrio proporciona uma estabilidade e controle da reação. O mesmo pode se dar com a sociedade, uma vez em equilíbrio, ela proporciona estabilidade, leia-se realização material. Outra semelhança é com relação à constante de equilíbrio. Esta constante é obtida quando o equilíbrio entre as espécies de reagentes é atingido. O mesmo sucede na sociedade. Quando os fatores sociais entram em equilíbrio, obtém-se uma constante, esta constante são os direitos fundamentais positivados.

⁷¹ Idem, p. 279.

⁷² BOROWSKI, Martin. La Restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 20, n. 59. mayo/agosto 2000, p. 32. “Según la teoría de los derechos fundamentales no limitables, o teoría interna de los derechos, existe desde un inicio el derecho com su contenido determinado”.

Se este direito fundamental for cerceado de alguma forma é uma violação deste direito e não sua limitação.

Aplicando esta concepção ao caso concreto, se o direito fundamental não atende à deliberação, então se faz mister determinar um outro conteúdo deste direito fundamental, ou seja, aplicando o operador de limitação, não se obtém como resultado uma lei limitada, um direito fundamental limitado, mas sim um novo direito que foi criado quando se aplicou a limitação. Destarte, para a teoria interna não há possibilidade lógica de se limitar um direito fundamental.

Esta é a opinião de Klein, citado por Robert Alexy⁷³: “Se um direito fundamental é estabelecido como tal dentro do ordenamento jurídico, não seria possível falar em limitação deste direito”.

Segundo Borowski: “Se o direito, em sua acepção de direito não limitável, tem seu alcance determinado de antemão, sua restrição se torna impossível e desnecessária”.⁷⁴

Há um consenso de que a teoria interna privilegia a comunidade e não o indivíduo. Isso porque o direito deveria ser exercido plenamente como garantia da paz social, em benefício de muitos e não privilegiando alguns. Essa visão dá margem a uma crítica, que seria permitir o totalitarismo⁷⁵. Ou seja, a fonte política dos direitos fundamentais poderia ser instrumentalizada para assegurar este direito de uma comunidade mais forte, uma casta burocrática, por exemplo, ou ainda uma raça em específico, em detrimento do direito fundamental de uma comunidade mais frágil ou simplesmente em menor número. Não se daria, desta forma, uma submissão pela força, mas pela aplicação legítima da lei.⁷⁶

⁷³ ALEXY, Robert, op. cit., p. 276-277.

⁷⁴ BOROWSKI, Martin, op. cit., p. 32-33. “Si el derecho, em su acepción de derecho no limitable, tiene su alcance definido de antemano, su restricción se torna innecesaria e imposible”.

⁷⁵ BOROWSKI, Martin, op. cit., p. 33.

⁷⁶ Esta crítica moderna, apresentada por Borowski à teoria interna é basicamente a mesma que se faz com relação a uma passagem de Rousseau no *Do contrato social*. Afirma Rousseau: “Portanto, para que não seja uma fórmula vazia, o pacto social implica tacitamente este compromisso, o único capaz de dar força aos demais: o de que quem se recusar a obedecer à vontade geral será forçado a fazê-lo por todo o corpo, **o que significa que será forçado a ser livre**”(grifo nosso). **Do contrato social**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2011. p. 69-70. Apenas para fazer um contraponto a esta questão, vejamos o que comenta Maurice Cranston: “Não há parágrafo mais perturbador em todo o *Do contrato social* do que aquele em que Rousseau fala de forçar um homem a ser livre. Mas seria equivocado dar muito peso a essas palavras, como fazem os que consideram Rousseau, se não um fascista ou um comunista *avant la lettre*, em todo caso um totalitarista. Rousseau não é tão simples assim. Ele é autoritário, mas a autoridade que ele privilegia se distingue explicitamente do mero poder: ela se baseia no assentimento consciente e manifesto, e é oferecida como algo plenamente coerente com a liberdade”. Idem, p. 31-32.

Atribui-se à teoria interna o uso de regras, ou seja, posição definitiva, pois as regras apresentam caráter imutável e de aplicação imediata⁷⁷. Toma-se como exemplo a liberdade de reunião, que é um direito fundamental e está positivada no art. 5º, inciso XVI, da Constituição de 1988.⁷⁸

A liberdade de reunião já nasce com fronteiras a ela inerentes: a reunião deve ser pacífica, sem armas, em locais abertos ao público, não precisa de autorização desde que não frustrate outra reunião já previamente agendada para o mesmo local e deve-se avisar as autoridades competentes sobre ela. Essas são as condições para se fazer o exercício de reunião. Uma tentativa de limitar este conteúdo não teria como fundo o mesmo direito de reunião aqui discorrido, seria outra coisa, mas não o mesmo direito de reunião.

Para sustentar essa visão, a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 1.969 debateu a questão sobre a lei infraconstitucional do Distrito Federal que limitava manifestações aos redores de prédios dos poderes públicos com a justificativa de que estas atrapalhariam as atividades laborais naqueles órgãos.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas. II. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung). III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99.⁷⁹

É lícito afirmar que o STF se manteve alinhado com a teoria interna que diz que o conteúdo de um direito fundamental não poderia ser limitado. Para que tal ocorresse o inciso XVI do art. 5º deveria se tornar outra coisa, outra forma de liberdade de reunião, mas não a mesma liberdade de reunião, porém limitada. Este controle de constitucionalidade manteve inalterado o conteúdo deste artigo e de seu inciso.

⁷⁷ ALEXY, Robert, op. cit., p. 278.

⁷⁸ XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

⁷⁹ **Ação Direita de Inconstitucionalidade 1969**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>. Acesso em: 19 nov. 2014.

1.3.2 Teoria externa

A teoria externa irá admitir a possibilidade de limitação de direito fundamental por entender que o direito ainda pode manter o seu significado mesmo tendo tido seu raio de ação limitado. Nesta teoria, quando se aplica uma limitação a um direito fundamental, não se espera obter com isso um novo direito com um novo conteúdo, mas tão somente outro aspecto do mesmo direito.

Se o indivíduo tem a possibilidade de escolher entre diversas alternativas de ação, essa liberdade pode ser reduzida mediante a medidas do Estado. Neste sentido podemos dizer que a liberdade fundamental se restringe, o que conduz a uma teoria dos direitos limitáveis.⁸⁰ (livre tradução).

Essas diversas alternativas, às quais se refere Borowski, são os **mandatos de otimização**, utilizados por Robert Alexy, que se vale da teoria externa para legitimar a limitação de um direito fundamental.⁸¹

Para que um direito fundamental possa representar um feixe de posições é necessário que ele seja interpretado como um princípio, ou seja, um direito *prima facie*⁸². Limitar um direito fundamental com base no feixe de posições que o indivíduo possa ter com relação ao direito limitado tem por base a ideia de ponderação.

Frequentemente, quando se fala em teoria externa, no que tange à limitação de direitos fundamentais, associa-se esta ideia não ao coletivo, mas se privilegia o indivíduo no contexto da sociedade e na aplicação caso a caso.

1.3.3 Limites dos limites

Havendo a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, seja criando um novo conteúdo que os limite, seja por um feixe de posições ou mandato de otimização, cabe

⁸⁰ BOROWSKI, Martin, op. cit., p. 34. “Si el individuo tiene la posibilidad de elegir entre diversas alternativas de acción, esa libertad puede ser reducida mediante medidas estatales. Em este sentido puede decirse que la libertad fundamental se restringiria, lo cual conduce a una teoria de los derechos limitables”.

⁸¹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 99.

⁸² Viera de Andrade não compartilha do entendimento de Robert Alexy de que os princípios sejam consagradores de direitos *prima facie*. ANDRADE, José Carlos Viera. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2010. p. 268.

determinar que há como limitar este direito fundamental de tal forma que ele ou deixe de existir ou não possa mais ser exercido. Ou seja, há que se determinar um limite para estes limites.

Sobre essa questão ensina Pontes de Miranda:

As regras que limitam o poder do legislador quanto às restrições à liberdade foram chamadas ‘regras de limitação às limitações’: entre o campo dedicado à liberdade e o campo deixado à legislação limitativa há linha que determina até onde pode ir o legislador. Melhor diríamos, pondo-nos do lado dos indivíduos (e não do foco legislativo): até onde pode vir o legislador. **Não se trata de até onde podem ir os indivíduos e até onde pode vir o legislador, e sim, tão só, de linha até onde pode vir o legislador.** Porque, no estado atual da concepção e da técnica do direito de liberdade, o princípio é o de que tudo que se não proíbe é permitido; ou, noutros termos, **a liberdade pode ir até onde a lei não veio**, ainda que a liberdade passe ao campo separativo entre a liberdade e a ordem pública (lei limitativa).⁸³ (grifo nosso).

O legislador não pode limitar o direito fundamental até o ponto que este deixe de ter seu núcleo essencial capaz de gerar efeitos, seja à sociedade, seja ao indivíduo nela inserido. Para Pontes de Miranda, o limite do limite não é para o indivíduo, mas tão somente para o legislador, para que este não cometa o ato de, tanto limitar, extinguir a essência do direito fundamental.

Nesse cenário, adotando-se a teoria interna e limitando o direito fundamental, seu conteúdo é transformado de tal forma que não tem mais vínculo com o direito fundamental originário, o legislador deixou de limitar e passou a suprimir, erradicar o direito fundamental.

Por outra via, se se opta pela teoria externa e aplica-se a limitação e esta extingue as várias possibilidades do exercício do direito fundamental, igualmente se tem, por parte do legislador, o total desaparecimento do direito fundamental.

Em nenhuma das duas hipóteses pode-se permitir que tal ocorra, por isso Pontes de Miranda afirma que a limitação da limitação deve ser imposta ao legislador e não ao indivíduo.

No encalço à assertiva de Pontes de Miranda, verifica-se que em seu pensamento há a máxima “a liberdade pode ir até onde a lei não veio”. Isso caracteriza, certamente, uma ideia de posição definitiva, ou seja, a regra. A regra não permite a ponderação (em tese) e desta forma, se a lei não limitou tal exercício de direito, a liberdade pode seguir adiante. Esta

⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Democracia, Liberdade e Igualdade**: Os três caminhos. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller Editora, 2002. p. 399.

concepção dará ensejo ao desenvolvimento da doutrina do abuso do direito tendo como seu maior expoente Josserand e seu maior opositor, Planiol.

Entretanto, aventando-se a possibilidade de limitação de um direito fundamental, o que subjaz o fato de que os direitos não são absolutos, mesmo os fundamentais, não se pode coadunar com a visão fechada de que a liberdade é absoluta desde que a lei não proíba. Esta conclusão determinística leva fatalmente ao sepultamento da interpretação jurídica e do senso de justiça.

1.3.4 Síntese

Esposando a análise desenvolvida, infere-se que os direitos não são absolutos, se inseridos no contexto da sociedade⁸⁴, e podem (devem?) ser limitados. Para se explicar ou justificar esta limitação, identificaram-se duas correntes: a teoria interna e a teoria externa.

A teoria interna se caracteriza como a que não admite uma limitação de direitos, mas acolhe uma limitação do direito que faz com que surja outro direito com o mesmo conteúdo. Nesta seara o que se restringe, então, não é o direito, mas o seu conteúdo. Neste âmbito a teoria de Klein sobre a impossibilidade lógica de limitação se encaixa. Na teoria interna a doutrina se pauta por questões nas quais o importante é o coletivo. Observa-se também que existe uma tendência a associar a teoria interna a formas totalitárias de governo e a posições definitivas, ou seja, às regras.

A teoria externa admite que os direitos possam ser limitados, pois neste caso haveria duas categorias de direitos, o direito e um não direito, que foi restringido. Nela, há um posicionamento a favor de uma teoria individualista do Estado e da sociedade. A teoria externa ganha importância com a ponderação de princípios.

Restou claro também que havendo limite a um direito fundamental, o legislador deve, da mesma forma, ser refreado no sentido de esgotar o direito por ter aplicado limite a ele, daí a necessidade de um limite aos limites, mas este só se aplica ao legislador.

⁸⁴ Se Robson Cruzoé legislasse em sua ilha, certamente os direitos por ele estabelecidos seriam absolutos, dado o seu contexto de isolamento. Porém, com o advento do personagem Sexta-feira, ele teria que verificar se o “selvagem” iria aderir à sua legislação, de tal forma, que haveria a necessidade de um contrato social, ou seja, o Sexta-feira teria que querer abrir mão dos seus direitos imanescentes.

Podendo o direito fundamental ser limitado, seu exercício não é ilimitado. Mesmo que não esteja substanciado na letra da lei, é passível de ser restringido através de mandato de otimização ou feixe de posições, que irá permitir ao titular do direito fundamental exercer seu direito por outras vias. Ou, ainda, aplicar a limitação criando outro direito de mesmo conteúdo, mas diferente do direito originário. Seja como for, o que interessa é saber se a comunicação mercadológica dirigida à criança na forma em que vem sendo exercida hoje deve ser limitada por intermédio de uma abordagem da teoria interna ou externa.

Ao se optar pela interpretação do art. 220⁸⁵ da CF/88 como uma regra, pode-se aderir à teoria interna e criar uma lei que limite o conteúdo do art. 220. Considerando-se o art. 220 como princípio, então, com base na teoria externa, pode-se limitar este direito oferecendo uma interpretação que indique outra forma de exercer o conteúdo deste direito (feixe de posições ou mandato de otimização).

Em ambos os casos deve-se observar o limite do limite por parte do legislador que pretenda limitar este direito. Porém, antes de se verificar a limitação subjacente a um direito fundamental, deve-se averiguar se há conflito entre ele e como este conflito, existindo, pode ser resolvido pelo princípio da proporcionalidade.

1.4 Regras, princípios e proporcionalidade

São temas ainda muito controversos a validade ou não de princípios dentro do ordenamento jurídico e a defesa das regras como o único arcabouço válido da estrutura jurídica moderna, trazendo à tona uma espécie de neopositivismo, no qual as regras reinam absolutas.

Os direitos fundamentais são, em grande medida, direitos subjetivos que podem ou não ser positivados na carta constitucional. Esta subjetividade de direitos, esta definição aberta, permite a elucubração teórica sobre a natureza que rege e dá validade a esses direitos subjetivos, que devem permear a vida dos seres humanos enquanto dotados de existência e pertencentes ao gênero humano.

⁸⁵ 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.

No âmbito destas afirmativas procura-se uma justificativa moral, ética, lógica, racional, segura, que legitime a defesa e afirmação dos direitos fundamentais. Por um lado os princípios oferecem a espiritualização de tais afirmações numa espécie de solidariedade cristã focada no humanismo e respeito pelo gênero humano. Doutra lado as regras que não deixam margem a engodos ou desconfianças, oferecendo a solidez hialina da razão.

Ambas as concepções afiguram-se no texto constitucional e precisam, mesmo que de forma às vezes contraditória, conviver e balizar a concreção e garantia de direitos fundamentais. A questão é: tanto num caso como noutra há tanta contradição que ao invés de se garantir a harmonia promove-se a discórdia.

De modo sucinto será apresentado o conceito de princípios e regras para se verificar se o princípio da proporcionalidade pode ser útil na disputa sobre um suposto conflito entre a indústria da comunicação mercadológica dirigida às crianças e os direitos fundamentais delas no que tange a não serem exploradas justamente por sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento.

1.4.1 Regras⁸⁶

Durante séculos, nas ciências naturais, os métodos dedutivos e indutivos - na interpretação ou não de fenômenos da natureza - levaram a um conjunto de axiomas que preconizavam como regras fundamentais que não poderiam ser contestadas.⁸⁷

Essa natureza incontestável dos axiomas e suas demonstrações reinaram praticamente inabaláveis durante séculos até o advento de outras demonstrações, igualmente rigorosas, que não invalidam as antigas concepções, mas apresentam outras formas de se resolver e explicar

⁸⁶ Pouca literatura nacional trata especificamente do tema das regras jurídicas de forma sistemática. O livro *Regras na Teoria dos Princípios*, de Rafael Bellem de Lima, faz um contraponto, a partir da definição e aplicação de regras, à teoria dos princípios de Alexy. Humberto Ávila, em seu livro *Teoria dos Princípios* também faz um contraponto a favor das regras quando sugere a possibilidade de colisão de regras e sua ponderação.

⁸⁷ A primeira grande compilação neste sentido foi o livro *Os Elementos*, de Euclides. Euclides consegue reunir os axiomas (regras) fundamentais da geometria e demonstra a validade incontestável de ditos axiomas que independem da vontade do homem. Mais do que isso, são axiomas universais, são atemporais e independem de local. Por exemplo, o teorema de Pitágoras é válido, ontem, hoje, e amanhã e em qualquer localização geográfica que se lhe aplique.

os mesmos fenômenos. Não se trata de desconstruir mas de expandir o domínio dos axiomas.⁸⁸

A concepção de regra como algo absoluto e inconteste pode levar a inconsistências que podem ser difíceis de compreender dentro de um sistema hermeticamente fechado. Em termos jurídicos há o entendimento praticamente unânime de que uma regra tem aplicação imediata e inconteste, pois reflete uma situação fática clara e requer a sua imediata aplicação.

Tome-se como exemplo o art. 155⁸⁹ do Código Penal (CP), que traz a regra penal para quem comete furto de bem alheio. O sujeito que subtrair para si ou para outrem bem alheio terá sua liberdade cerceada de um a quatro anos e incorrerá em multa. Então, para o caso de furto de um bem valioso, por exemplo, uma obra de arte, o sujeito, em sendo julgado pelo crime, poderá ser recluso. Quanto a isso, não há qualquer contestação da regra, ela é hialina. A mesma regra aplica-se com o mesmo entendimento, tanto para quem subtrai para si ou para outrem objeto de arte valioso com o intuito de enriquecer ou dar satisfação ao seu egoísmo, como para quem subtrai para si ou para outrem um pão para saciar a fome. A regra diz que a pena é absolutamente a mesma.

O furto requer uma regra de aplicação imediata, clara, lógica e eficaz. O art. 155 atende a esta especificidade, descrevendo hialinamente o que acontece com quem subtrair para si ou para outrem bem alheio, não se preocupando com o valor do bem subtraído.

⁸⁸ As geometrias não euclidianas fazem isso.

⁸⁹ Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996).

Furto de coisa comum.

A regra não é “fria”, “calculista” ou “cruel”, ela é impessoal⁹⁰. Não se preocupa com questões morais ou de vontade circunstancial. Ela apenas descreve um fato que pode ou não ser exercido pelo sujeito convivendo em sociedade.

Uma regra que formalize o entendimento do furto é totalmente necessária no âmbito social. Uma regra sobre furto, para Robson Cruzoé, em seu isolamento, não faz qualquer sentido, pois não tem aplicabilidade concreta e imediata. A regra deve regular o comportamento entre sujeitos na sociedade. É isso que diferencia a regra jurídica de uma regra axiológica nos moldes das ciências naturais, que têm preceito atemporal e impessoal.

A regra é um “tudo ou nada” no entendimento de Dworkin⁹¹. Em sociedade, o art. 155 do nosso Código Penal é um tudo e tem aplicação imediata. Para Robson Cruzoé, ela é um nada, pois não faz qualquer sentido aplicar tal regra em seu caso.

Robert Alexy ilustra esta questão da seguinte maneira: “Se uma regra vale, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.⁹²

Tais determinações é o que dá o caráter de uma regra. Uma regra determina o que deve ser aplicado juridicamente dentro de uma situação fática. A regra cumpre-se.

Esta parece ser a lição de Wellington Pacheco Barros e Wellington Zuchetto Barros, quando definem regras da seguinte maneira: “Em outras palavras, as regras descrevem uma situação jurídica, vinculam fatos hipotéticos específicos, que preenchidos os pressupostos por ela descritos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção.”⁹³

Por fim, uma regra se subsume a ela mesma⁹⁴. As regras não podem ser aplicadas a um caso específico e sim de forma generalizada, impessoal. Não há o estudo do “caso a caso”.

⁹⁰ “A lei penal, em razão de que às suas normas gerais e **impessoais** é subordinado o indivíduo que as transgrediu, deve ser, caso por caso, aplicada pelo juiz. E o juiz, para adaptar a lei ao caso particular, deve interpretá-la”. (grifo nosso). FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Campinas: Bookseller Editora, 1996. p. 184.

⁹¹ “Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (all-or-nothing), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 36.

⁹² ALEXY, Robert, op. cit., p. 91.

⁹³ BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 18.

⁹⁴ BOROWSKI, Martin, op. cit., p. 36.

Para a regra sobre furto do art. 155 do Código Penal, não há diferença entre o furto de uma valiosa obra de arte e um pão, ambos se caracterizam por definição na subtração de bem de terceiro.

1.4.2 Princípios

Diferentemente das regras, os princípios são mais flexíveis⁹⁵. Expressam uma ideia geral e não fornecem uma solução única, mas indicam uma forma pela qual o problema deve ou pode ser interpretado.

O conceito de princípio não é moderno⁹⁶. O direito constitucional se apropria da ideia de princípios, mas esta referência nada mais é do que o já conhecido princípios gerais de direito⁹⁷. O que gerou dúvidas sobre os princípios foi seu caráter vinculativo ou não, ou seja, um princípio é uma norma jurídica? Tem caráter vinculante?

“Por outro lado, parece acertado referir que os princípios representam ‘os alicerces, as fontes de inspiração, a alma do direito’. Desta feita, podem ser considerados como o substrato responsável pela sustentação do direito considerado em sua integralidade”⁹⁸. Esta declaração de Engelmann apresenta os princípios como fontes de inspiração, o substrato que dá sustentação ao direito. Sem os princípios seria impossível dar estabilidade ao sistema estrutural do direito, garantindo sua integralidade. Sem os princípios o ordenamento jurídico ruiria.

⁹⁵ Não é toda corrente doutrinária que faz distinção entre princípios e regras para desenvolver uma teoria das normas. Por exemplo, Joseph Raz afirma: “Os termos ‘princípios’ e ‘regras’ são frequentemente utilizados de forma intercambiável, embora a palavra ‘princípios’ geralmente tenha uma implicação de maior generalidade e maior importância do que a palavra ‘regras’. Muitas das características que estabelecem a distinção entre regras e princípios no discurso comum carecem de qualquer importância filosófica. Alguns filósofos já sugeriram formas de estabelecer uma distinção filosoficamente relevante entre ambos. De maneira geral, entretanto, não me ocuparei da distinção entre regras e princípios. É preciso dizer, contudo, que a palavra ‘princípios’ é algumas vezes utilizada para expressar um valor último ou para afirmar que tal valor é uma razão para ação (‘o princípio da supremacia da vida humana’ ou ‘o princípio de que a vida humana deve ser respeitada’).” RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2010. p. 43.

⁹⁶ Luiz Carlos Branco e Jarbas Luiz dos Santos situam a origem “dos princípios” entre os gregos. Ver também: **Equidade, Proporcionalidade e Razoabilidade**. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2012. p. 27 e 90. **Princípio da Proporcionalidade**. Concepção grega de justiça como fundamento filosófico. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. Respectivamente.

⁹⁷ “Nota-se, outrossim, que os princípios constitucionais outros não são que os ‘velhos conhecidos’ princípios gerais de Direito (**de um determinado direito**), agora dignamente formulado através das normas supostamente mais importantes do ordenamento jurídico.” ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 29. n. 29, p. 202, 1996.

⁹⁸ ELGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico**. Princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 95.

Esta natureza jurídica dos princípios também é apresentada por Rubens Limongi França quando afirma: “Estes princípios gerais de direito, representando um ideal de razão e de justiça, conforme ao fundo permanente da natureza humana, nós os supomos como base da lei. É de imaginar que eles tenham devido estar constantemente presentes no pensamento do legislador etc.”.⁹⁹

Pode-se inferir que esta noção de princípios, como reflexo da natureza humana, que serve de base para lei, parece estar associada à noção do imperativo categórico de Kant.¹⁰⁰

Rezam os princípios do Direito Romano: *honeste vivere*¹⁰¹; *alterum non laedere*; *suum cuique tribuere*.

Este preceito não são comandos que possam ser aplicados imediatamente, não dizem o que deve ou não ser executado, mas tão somente delineamentos gerais que ajudam a compreender ou a executar de forma mais plena um determinado comando jurídico.

Se for verdade que os princípios são “como leis universais da natureza” na acepção de imperativo categórico de Kant, é justo que estes sirvam como normas vinculantes dentro do sistema jurídico, a fim de regular a correta aplicação de uma determinada regra.

Como discutido alhures acerca do art. 155 do nosso Código Penal, a regra traz a definição do furto e regula a sua pena, mas não especifica nada sobre o “peso” do bem subtraído, ou seja, as penas ali positivadas tanto valem para a subtração de um bem valioso como para a de um sem alto valor. Como as regras possuem caráter impessoal, seria injusto aplicar a mesma pena¹⁰² para a subtração de uma obra de arte valiosa e para um pão.

⁹⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Princípios Gerais de Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 55.

¹⁰⁰ “[...] age segundo máximas que possam ao mesmo tempo ser tomadas como objeto de si mesmas, **como leis universais da natureza**. Constitui-se assim a fórmula de uma vontade absolutamente boa”. (grifo nosso) KANT, Immanuel, op. cit., p. 67.

¹⁰¹ “Essa não é uma simples norma moral: embora exprima um ideal antes ético do que jurídico, ao lado de *Alterum non laedere* e de *Suum cuique tribuere*, constitui um dos três preceitos fundamentais do direito romano (Digesto, 1, 10, 1), atribuídos a Ulpiano. No entanto, os estudiosos não têm certeza se a sua origem é realmente clássica ou se esta é uma glosa tardia, da Idade Média bizantina”. TOSI, Renzo. **Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. p. 515.

¹⁰² Estamos aqui falando da mesma pena e não da mesma definição. A definição de furto do art. 155 do Código Penal continua sendo válida nas duas circunstâncias, a pena a ser aplicada em um caso e outro é que nos dá a impressão de excesso não justificado. Esta situação é relatada com todo vigor literário na obra *Os Miseráveis*, de Victor Hugo. O forçado Jean Valjean tem todo o destino dos maus-tratos da pena aplicada a ele pelo fato de ter roubado um pão. O personagem tem o mesmo destino que os assassinos, pois a regra não faz distinção do grau do crime, apenas a sua categorização.

Para equilibrar, não para eliminar, esta aparente discrepância da regra contida no art. 155 do Código Penal brasileiro, surge um princípio que regula a intensidade de aplicação da pena em caso de furto. O princípio da insignificância^{103,104}. Não é um comando ou algo que venha a substituir a regra, mas tão somente fazer com que a ela possa ter a sua aplicação da forma mais equitativa possível.

Dentre as modernas teorias dos princípios, a de Robert Alexy é a que tem maior propagação na doutrina brasileira, empregando o **mandato de otimização**¹⁰⁵ para caracterizar um princípio e associando este mesmo mandato à ideia de sopesamento no desenvolvimento de sua teoria¹⁰⁶. Ele parte da chamada “lei de colisão” entre os princípios, pois os princípios não possuiriam precedência uns sobre os outros e também por tratarem de questões não qualificáveis dentro do ordenamento jurídico. “Observando-se por este prisma, tudo indica que o ‘mandato de otimização’ não se pode seguir ‘mais ou menos’, conforme se pretende aos princípios, mas deve ser cumprido de outra forma: ‘ou se otimiza ou não se otimiza’”¹⁰⁷.

No exemplo utilizado anteriormente, o princípio da insignificância pode servir de otimização de uma decisão que envolva furto, na qual o juiz poderá verificar as condições fáticas do ocorrido e lançar mão do referido princípio para justificar abrandamento ou extinção de pena previsto no art. 155 do Código Penal. Num cenário como este, o princípio da

¹⁰³ A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) incluiu na primeira sessão de 2011 a análise de quatro Habeas Corpus pedindo a aplicação do princípio da insignificância (ou bagatela). Três deles foram concedidos, resultando na extinção de ações penais.

Processos envolvendo o princípio da insignificância têm-se tornado cada vez mais corriqueiros no STF. Uma dessas ações julgada pela Turma apurava a tentativa de furto de dez brocas, dois cadeados, duas cuecas, três sungas e seis bermudas de um hipermercado em Natal, no Rio Grande do Norte.

Ao conceder o pedido de Habeas Corpus para anular a ação penal, o relator do processo, ministro Gilmar Mendes, ressaltou que o princípio da insignificância se firmou “como importante instrumento de aprimoramento do Direito Penal, sendo paulatinamente reconhecido pela jurisprudência dos tribunais superiores, em especial pelo Supremo Tribunal Federal”, após passar por um “longo processo de formação, marcado por decisões casuais e excepcionais”.

Segundo ele, “não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e do Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a um furto de pequena monta”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173584>. Acesso em: 12 dez. 2014.

¹⁰⁴ Historicamente Enrico Ferri já descrevia esta situação peculiar do direito penal quando afirma:

“É a teoria do chamado “Direito livre”, sustentada por Kantorowicz, mas que não podia ter seguimento, nem na doutrina, nem na prática, apesar do exemplo clamoroso do presidente Magnaud – o bom juiz – que, em substância, se arrogou – embora com o fim de bem – **ao direito de perdoar aos acusados, para os quais ele entendia que as disposições da lei penal eram iníquas**” (grifo nosso). FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Campinas: Bookseller Editora, 1996. p. 185. Parece-nos que esta afirmação de Ferri – ele escreveu esta obra em 1927 - se mostrou equivocada com a evolução do direito criminal e a adoção do princípio da insignificância.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert, op. cit., p. 99.

¹⁰⁶ Idem, p. 163.

¹⁰⁷ ELGELMANN, Wilson, op. cit., p. 115-116.

insignificância apresenta ao juiz um feixe de opções que pode ser otimizado não invalidando a regra.

Quando dois princípios são aplicados ao mesmo caso há necessidade de se ponderar sobre a proporcionalidade de sua aplicação em cada caso para que o juiz possa deliberar acerca da melhor opção que se apresenta para fazer justiça ao caso concreto.

1.4.3 Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade pode ser entendida como “algo” a ser medido entre duas grandezas, aqui representadas como os princípios, positivados ou não, no ordenamento jurídico.

Conforme já registrado na presente investigação, estes princípios, hoje, possuem caráter vinculante e podem ou não estar positivados no ordenamento jurídico, mas sua característica principal é que eles possuem o viés de dar liga ao sistema rígido de regras, não invalidando ou afastando, mas lhes atribuindo senso de justiça.

Se os princípios, nos termos de Robert Alexy, podem ser expressos na forma de mandatos de otimização e quando confrontados se submetem a uma espécie de “lei de ponderação”, a proporcionalidade também pode ser um princípio que rege o equilíbrio entre estas grandezas otimizadas.

Quando se refere, portanto, que os princípios são ‘mandatos de otimização’, busca-se verificar qual dos princípios que estão em trajetória de colisão melhor preenchem as três máximas parciais da ‘máxima proporcionalidade’. E, com isso, pode-se investigar a precedência que este princípio tem sobre o outro.¹⁰⁸

A proporcionalidade é adotada na jurisprudência nacional como um dos princípios implícitos dos direitos fundamentais¹⁰⁹. Apesar de não estar positivado, é amplamente utilizado em decisões do STF e do STJ.¹¹⁰

¹⁰⁸ ELGELMANN, Wilson, op. cit., p. 129.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 312.

¹¹⁰ CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **Colisão de Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009. LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. BIAGI, Cláudia Peretto. **A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor 2005.

O princípio da proporcionalidade, no contexto de uma teoria dos direitos fundamentais baseada em princípios, servirá para sopesar ou ponderar dois princípios que colidem sobre um mesmo bem material ou imaterial.¹¹¹

Luiz Carlos Branco¹¹² ensina que o princípio da proporcionalidade é de extrema importância para garantir o Estado Democrático de Direito e garante que um direito fundamental quando em colisão com outro conflito não elimina um deles, mantendo assim seu núcleo essencial.

Essa importância estratégica do princípio da proporcionalidade gera algumas discussões quanto ao seu caráter moderador dentro do ordenamento jurídico. Como poderia um princípio ser mediador de outros princípios? Responde a esta indagação Rothenburg:

Rigorosamente falando, talvez a proporcionalidade não seja um princípio autônomo, mas um critério (veja-se, sem aprofundar a distinção, Heck 1995:173 e s.). Ela não possui conteúdo próprio e definido, que traduza um valor, trata-se antes de um índice que permite aplicar uma técnica de solução de problemas de concorrência e conflito.¹¹³

À parte ser o princípio da proporcionalidade um critério para determinar qual princípio teria precedência sobre outro, o fato é determinar sua importância dentro do sistema jurídico.

Para que o princípio da proporcionalidade possa ser empregado numa colisão de direitos fundamentais, este conflito precisa atender a critérios básicos antes que se possa sopesar quais dos princípios atendem melhor aos pressupostos de um Estado Democrático de Direito e a equidade.

Estas qualidades do princípio da proporcionalidade são: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Para a adequação deve-se verificar se o meio empregado é compatível com sua finalidade. Gilmar Mendes leciona:

A Corte Constitucional examina se o meio é ‘simplesmente inadequado’ (*schlechthin ungeeignet*), objetivamente inadequado (*objektiv ungeeignet*), ‘manifestadamente inadequado ou desnecessário’ (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), ‘fundamentalmente inadequado’ (*grundsätzlich ungeeignet*), ou ‘se com

¹¹¹ No nosso estudo ele se valerá para verificar o bem imaterial que é a dignidade da pessoa humana e o direito à não exploração (art. 227 CF/88), no caso de crianças e proveito de sua vulnerabilidade (art. 37 CDC) em contraposição ao direito de expressão (art. 220 da CF/88).

¹¹² BRANCO, Luiz Carlos. **Equidade, Proporcionalidade e Razoabilidade**. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2012. p. 89.

¹¹³ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 42.

sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado' (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*).¹¹⁴

Para o requisito da necessidade verifica-se se a conduta não é exagerada, se não há algum meio menos gravoso ou oneroso para dirimir a contenda. “Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se releve a um só tempo adequada e menos onerosa”.¹¹⁵

Para a proporcionalidade em senso estrito espera-se que as vantagens aplicadas superem as desvantagens.¹¹⁶

Então, em resumo, o princípio da proporcionalidade tem por finalidade coibir os excessos que porventura venham a se originar numa colisão de direitos fundamentais, procurando garantir, desta forma, o ponto de equidade que possa fazer jus a uma das partes, mas sem desmerecer ou afastar o princípio que não tem a prevalência.

O que se pode apreender é que o princípio da proporcionalidade serve de parâmetro para determinar o peso ou sopesar dois princípios que possuem inteira legitimidade dentro do ordenamento jurídico. Outrossim, este princípio deve ser utilizado nos chamados casos difíceis, nos quais realmente há um claro confronto de direitos fundamentais.

1.4.4 Síntese

A partir do exposto é possível averiguar se são colidentes os artigos 220 e 227 da CF/88. As regras, como visto, têm um cunho impessoal e de aplicação imediata. Não dão margem a dúvidas quanto à situação fática em que devem ser aplicadas – o que não significa que não possa haver uma interpretação de regras.

Os princípios são relativamente brandos, indicam os caminhos a serem seguidos. Há o entendimento de que os princípios constitucionais nada mais são do que os princípios gerais de direito.

¹¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 75.

¹¹⁵ Idem, p. 75.

¹¹⁶ BRANCO, Luiz Carlos. **Equidade, Proporcionalidade e Razoabilidade**. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2012. p. 90.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, é uma “técnica” que serve para dirimir conflitos entre dois direitos fundamentais que possuam a mesma aplicação em determinado caso.

A segunda parte deste trabalho tem como escopo verificar se o direito de explorar e o dever de proteger configuram regras ou princípios e se há realmente uma colisão de direitos ou se esta manifesta colisão é apenas aparente e pode ser resolvida por outros meios.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA

A criança goza de proteção codificada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) consignada pela Lei 8.069/90. Mas não foi sempre assim.

A proteção da criança e do adolescente obteve seu desenvolvimento mais intenso a partir do século XIX e no pós-Segunda Guerra Mundial com a criação da Unicef¹¹⁷. Apesar de gozar de amplo amparo as crianças ainda carecem de efetivação desses direitos.

Dalmo Dalari expõe a seguinte opinião:

No mundo moderno, exageradamente competitivo e irracionalmente dinâmico, está ocorrendo uma situação absurda quanto à transmissão de informações às crianças. Ao mesmo tempo em que se proclama o extraordinário aperfeiçoamento dos veículos de informação também se reconhece que a maioria das pessoas é mal informada, por falta de tempo ou de interesse ou porque a divulgação de informações está sujeita à influência de **interesses econômicos e políticos**. (grifo nosso).

Este exagero de transmissões de informações, a que alude Dalmo Dalari, pode incluir facilmente a comunicação mercadológica destinada às crianças, que passam tempo considerável em frente à televisão.

Na primeira parte deste trabalho foi desenvolvida a discussão acerca da evolução dos direitos fundamentais e sua importância para a formação de um Estado Democrático de Direito.

A sistematização de regras e princípios na carta política brasileira de 1988 foi um completo avanço para a transformação da sociedade e na preservação de valores universais como a dignidade da pessoa humana, mas também trouxe algumas controvérsias quanto à precedência de alguns princípios sobre outros.

¹¹⁷ MARCÍLIO, Maria Luiza. **A lenta construção dos direitos da criança brasileira**. Século XX. São Paulo: Comissão de Direitos Humanos. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Obras-recentemente-publicadas/a-lenta-construcao-dos-direitos-da-crianca-brasileira-seculo-xx-1998.html>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

2.1 O direito de explorar e o dever de proteger: art. 220 X art. 227 da CF/88

Um dos marcos sobre defesa e proteção de vulneráveis é o artigo 227¹¹⁸ da CF/88. Com ele o Brasil se insere como uma nação compromissada e preocupada com o bem-estar das crianças e adolescentes antes mesmo de ratificar a convenção da ONU através do Decreto-Lei nº 99.710/90.

Com isso a criança passa a ter atenção especial por parte do Estado, que se compromete a manter as características de direitos fundamentais das crianças preservando a sua dignidade e respeito, repugnando a sua exploração¹¹⁹ e mantendo-as a salvo de toda negligência¹²⁰, como expresso no *caput* do art. 227.

Para Maria Celina Bodin Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira, é de primordial importância manter estes preceitos fundamentais justamente para que o desenvolvimento da criança, enquanto cidadão do futuro, possa lhe garantir um maior equilíbrio e solidariedade social, tão escassos em nossa sociedade atual.

Além de tutela especial, a pessoa menor de idade recebeu, também, proteção prioritária, conferindo-lhe, por essa razão, enfoque ainda mais diferenciado entre os portadores de vulnerabilidade, uma vez que a criança e o adolescente constituem o futuro do país e, por isso, devem ser preparados, pessoal e profissionalmente, para que cresçam de forma estruturada, saudável e responsável.¹²¹

O art. 220 da CF/88¹²² garante constitucionalmente o direito do empreendedor de veicular sua comunicação mercadológica a um público infantil. O que se faz mister é verificar

¹¹⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade, ao respeito**, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, **exploração**, violência, crueldade e opressão. (grifos nossos).

¹¹⁹ O artigo não faz distinção sobre o tipo de exploração. Em nosso entendimento esta exploração tanto pode ser física (trabalho infantil e abuso sexual) quanto psicológica (exposição a situações constrangedoras, incitação de desejos consumistas sem saber que o faz, dada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, para fins de obtenção de lucros).

¹²⁰ A negligência é um dos elementos basilares da responsabilidade civil subjetiva, como mostra o art. 186 do CC/2002.

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentários ao art. 227 da CF/88. In: LEONCY Léo Ferreira (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013. p. 2126.

¹²² 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 (grifo nosso).

se este direito de expressão engloba a comunicação mercadológica e se se constitui como uma regra ou um princípio.

A justificação para a liberdade de expressão, no caso a comunicação mercadológica direcionada à criança com base no art. 220 da CF/88, não possui base concreta no próprio seio do art. 220. Usar o argumento de que o empreendedor fica lesado em seu direito de veicular livremente através de comunicação mercadológica seus produtos ou serviços é valer-se de uma proposição altamente questionável.

2.1.1 O artigo 227 da CF/88

Como já observado, uma regra é algo impessoal que pode ter aplicação imediata, é um comando do tipo “ou é possível fazer ou não é possível fazer”. Não há meio-termo e nem margens a dúvidas quanto ao seu alcance.

O artigo 227 é bem específico em seu caput: “o dever de realizar algumas tarefas com absoluta prioridade”. A questão é que as ações que são dever da família, da sociedade e do Estado são gerais, genéricas. Direito à vida, direito à saúde, direito à alimentação, direito à educação, direito ao lazer, direito à profissionalização, direito à cultura, direito à dignidade, direito ao respeito, direito à liberdade, direito à convivência familiar e comunitária, geralmente são associados aos direitos fundamentais e dado o seu caráter genérico, aberto, possuem o ar de princípios.

Na continuação, o art. 227 estabelece colocar a salvo as crianças e os adolescentes de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Todos estes substantivos apresentam situações gerais e não específicas que podem também ser classificadas como princípios.

Num primeiro momento tem-se a impressão de que o art. 227 é uma regra, dada a clara ordem de dever que a família, a sociedade e o Estado devem guardar, com absoluta prioridade, para com as crianças. A ordem, porém, se completa com uma série de princípios que devem ser assegurados às crianças. Conclui-se, portanto, no sentido de que o art. 227 é um conjunto de direitos fundamentais e que estes direitos são todos princípios. A principal característica deles, no que diz respeito às crianças, em detrimento do restante da sociedade, é

a sua absoluta prioridade, ou seja, a norma constitucional já coloca hierarquicamente o art. 227 em condição de vantagem em relação a outros princípios que venham a disputar com ele alguma precedência.

2.1.2 O artigo 220 da CF/88

O artigo 220 institui que a manifestação do pensamento, criação e expressão, sob qualquer forma, veículo ou processo em que se apresente, seja protegida de qualquer tipo de restrição, ou seja, não pode ser cerceada em seu núcleo essencial, mas que deve observar o disposto na Constituição.

Só pelo fato de tratar de uma abstração de grande magnitude como é o pensamento, criação e expressão, fica evidente o seu sentido generalizado, como um princípio.

Daniel Sarmiento assim comenta o art. 220:

Contudo, o próprio texto ora analisado contém a ressalva final – ‘observado o disposto nesta Constituição’. **A dicção do constituinte confirma que não é possível conceber as liberdades de comunicação social em termos absolutos**, sob pena de imposição de sacrifícios desproporcionais a outros bens jurídicos também dotados de estatura constitucional, com o direito à honra e à imagem, a privacidade, a igualdade, **a proteção da criança e do adolescente** e o devido processo legal. Sem embargo, é certo que as restrições às liberdades de comunicação social devem ser vistas com profunda desconfiança, justificando um juízo rigoroso no controle de constitucionalidade.¹²³ (grifos nossos).

Apesar de se tratar de um direito fundamental, o referido artigo traz em si uma questão intrigante: não pode ser restringido de qualquer forma, mas deve observar o disposto na Constituição. A manifestação do pensamento, da criação e da expressão não possui cunho absoluto e pode ser confrontada com outros direitos fundamentais.

Tanto o art. 227 como o art. 220 são princípios e não regras. Na forma em que foram apresentados, não oferecem contradição no que tange à colisão de direitos. Portanto, não cabe a ponderação pelo princípio da proporcionalidade. Esta aparente colisão de direitos fundamentais não atende aos requisitos do princípio da proporcionalidade.

¹²³ SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 227 da CF/88. In: LEONCY Léo Ferreira (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013, p. 2038.

A finalidade do art. 227 é tutelar o desenvolvimento de pessoa em desenvolvimento e um conjunto de princípios de forma absoluta e prioritária. A defesa do art. 220 é a liberdade de expressão, neste caso, a liberdade de veicular comunicação mercadológica sem qualquer restrição. Mas a intuito é totalmente díspar com relação ao art. 227. A finalidade do art. 220, com a liberdade de comunicação mercadológica destinada às crianças, é o lucro. O lucro não é um princípio fundamental. O lucro é uma entidade do direito privado e é inerente à atividade empresarial lícita. O meio é inadequado.

No que diz respeito à necessidade é patente que a aparente colisão entre os arts. 227 e 220 não se dá. O objetivo que as empresas pretendem alcançar pode ser claramente obtido por outras vias que não a prática pura e simples de comunicação mercadológica direcionada à criança. Mesmo porque existe outro mecanismo que regula a comunicação mercadológica, o art. 37 do CDC.

A liberdade da comunicação mercadológica não se confunde com falta de ética e exploração da confiança de crianças. Esta se caracterizará, sem sombras de dúvidas, em um ato ilícito e como tal deve ser tratado.

A comunicação mercadológica, sempre que for dirigida à criança não respeitando os princípios ordenados no art. 227, não entra em rota de colisão com o art. 220, pelo simples fato de que o princípio da liberdade de expressão não pode ser restringido sob qualquer forma. É engodo pensar que se pode veicular comunicação mercadológica à criança, no puro intuito de vender e gerar lucro, e que o art. 220, em si mesmo, não preveja que estas manifestações de expressão de pensamento, criação e expressão estão acima de princípios absolutos como os listados no art. 227. Mesmo porque o art. 220 já prevê em seu caput a observação dos preceitos constitucionais, neste caso os preceitos do art. 227 são mais absolutos e prioritários que os do art. 220.

2.2 A criança como sujeito de direitos e seu superior interesse

Depois de anos tendo a criança como objeto de proteção¹²⁴ no Brasil, hoje se testemunha um avanço fundamental na consideração da criança como detentora ativa de direitos através da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.¹²⁵

Saiu-se de um torpor jurídico desde o império até o final dos anos 80¹²⁶ que propalava a doutrina da situação irregular de menores para a doutrina da proteção integral¹²⁷ e do princípio do melhor interesse da criança¹²⁸. A criança era sempre associada à ideia de menor que, sem a participação da família, tornava-se um infrator e desta forma precisaria ser “recolhido” pelo Estado para se evitarem os chamados problemas sociais. As crianças, nesse período, não eram vistas como pessoas, mas como uma espécie de propriedade em que o pai, através do *pater poder*, poderia decidir livremente sobre o destino delas, inclusive se poderiam elas viver ou morrer.

Já no século XIX, na Inglaterra, criaram-se leis para proteger as crianças dos trabalhos insalubres e perigosos que a revolução industrial vinha impondo aos pequenos como forma de impulsionar a indústria e ajudar na complementação da renda familiar.¹²⁹

No pós-Primeira Guerra Mundial, foi elaborada a Declaração dos Direitos das Crianças de Genebra, logo incorporada à Liga das Nações. Em 1959 a ONU lançou a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Neste cenário internacional vê-se que a criança deixa de ser um mero apêndice da família sob tutela do *pater poder* e torna-se um sujeito de direitos.

¹²⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 43.

¹²⁵ Reforça esta hipótese o art. 15 do ECA quando positiva: A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e **como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais** garantidos na Constituição e nas leis. (grifo nosso).

¹²⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 49.

¹²⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 52-58.

¹²⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 68-70.

¹²⁹ Ver ENGELS, Friedrich. **A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo: BoiTempo Editora, 2008. ROBSBAWN, Eric. **A Era do Capital**. 15. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2009.

No Brasil, comenta Andréa Rodrigues Amin a situação irregular das crianças: “A doutrina da proteção integral estabelecida no art. 227 da Constituição da República substituiu a doutrina da situação irregular, oficializada pelo Código de Menores de 1979, mas de fato já implícita no Código Mello Matto, de 1927”.¹³⁰

Somente em 1988 é que efetivamente o Brasil abandonou o termo “menor infrator”, passando a utilizar o termo “proteção integral da criança e adolescente”. “Trata-se, em verdade, não de uma simples substituição terminológica ou de princípios, mas sim de uma mudança de paradigma.”¹³¹

Destarte, evidente é que as crianças vêm ganhando cada vez mais espaço dentro do contexto social moderno, não são mais autômatas, mas sujeitos em processo de formação que agora desfrutam da prerrogativa de terem seus interesses garantidos.

Essa evolução foi provocada, e ainda é hoje é mantida, pelos chamados **novos atores**¹³² que fizeram do novo modelo democrático brasileiro o meio para legitimar a elevação da criança como objeto de tutela para pessoa de direitos subjetivos.

Sobre a importância destes novos atores discorre Andréa Rodrigues Amin:

Novos atores entram em cena: a comunidade local, por meio dos Conselhos Municipal e Tutelar; a família, cumprindo os deveres inerentes ao poder familiar; o Judiciário, exercendo a função judicante; o Ministério Público como um grande agente garantidor de toda a rede, fiscalizando seu funcionamento, exigindo resultados, assegurando o respeito prioritário aos direitos fundamentais infanto-juvenis estabelecidos na Lei Maior.¹³³

Esses novos atores são os que fazem com que os direitos das crianças, enquanto verdadeiros sujeitos destes direitos, possam ser efetivados.

¹³⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 54.

¹³¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 54.

¹³² Sobre os novos atores e sua importância se manifesta André-Jean Arnaud: “A situação criada por estes atores – insólitos na paisagem tradicional da produção do direito – pode ser analisada de diversas maneiras. Antes de mais nada – e é o que transparece de modo mais claro e que nos deixa preocupados – é que há um questionamento de nosso sistema atual de produção normativa e de tomada de decisão em matéria de negócios públicos, fundado na ‘representação’ nacional. Assim brotam questões fundamentais: de onde esses atores tiram sua legitimidade? Trata-se de considerações em parte políticas e em parte jurídicas. É bem verdade que sua intervenção se dá a partir de espaços de ação democráticos. Mas legitimar sua reivindicação de participação, não é nada menos do que pôr em questão o contrato social tal como ele foi imaginado pela filosofia política ‘moderna’, e sobre o qual estão assentadas nossas instituições”. ARNAUD, André-Jean. **Governar sem Fronteiras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007. p. 45.

¹³³ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 51.

Esse superior (ou melhor) interesse da criança não são os pais, a sociedade ou o julgador que determina o que é ou o que estes institutos entendem pelo melhor interesse da criança, mas tão somente determinar objetivamente a sua importância como pessoa em desenvolvimento e detentora de direitos fundamentais¹³⁴. Não é uma tomada de decisões pela criança, mas assegurar a ela seus direitos.

O superior interesse da criança é tornar efetivo seus direitos fundamentais. É dever da família, da sociedade e do Estado fazer e dar as condições necessárias para que estes direitos possam se concretizar.

Não se está aqui a falar de um tipo de tutela especial, mas de considerar verdadeiramente a criança como pessoa dotada de direitos. Não é sua limitação cognitiva (característica de alguém em franco desenvolvimento) que cerceia sua autonomia enquanto sujeito de direitos.

Neste estudo, não se corrobora com a opinião de que o superior interesse da criança seja uma “noção mágica”¹³⁵ e também não se acredita que se deve inquirir a criança sobre tudo para que ela possa exercer a autonomia necessária para tomadas de decisões que possam vir a determinar sua posição no contexto da sociedade.

Sobre o art. 15 do ECA, que eleva a criança como sujeito de direitos civis, comenta Antônio Chaves:

Comprometeram-se os Estados signatários a tomar todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

É princípio de altíssimo valor moral.

¹³⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 69.

¹³⁵ No direito comparado encontramos na doutrina francesa opinião diversa quanto ao interesse da criança. “L’intérêt de l’enfant, ainsi que le disait Jean Carbonnier, est une ‘notion magique’. Il fait partie de ce que l’on appelle des standards du droit, c’est-à-dire de notions à contenu variable et indéterminé. Le problème vient donc du fait que l’intérêt de l’enfant n’est pas défini: il est susceptible de plusieurs sens qui peuvent s’opposer: intérêt éducatif contre intérêt affectif, intérêt immédiat contre intérêt future, intérêt substantial contre intérêt conflictual. C’est une notion nécessairement évolutive, en fonction du temps et des cultures, et nécessairement subjective puisque dépendante du point de vue de la société, des parents, de l’enfant ou du juge”. BAILLON-WIRTZ, Nathalie et autres. **L’enfant sujet de droits**. France: Éditions Lamy, 2010. p. 149. No cenário nacional Antônio Chaves assim se manifestou sobre a possibilidade de a criança ser um sujeito de direitos: “Por mais que se louve o esforço dos legisladores tanto internacional como nacional de salvaguardar esses direitos fundamentais, não pode deixar de produzir um certo sentido de irrealidade, de frustração mesmo, pensar que, em nosso País e em tantos outros, possam a criança e o adolescente das classes de mais baixa renda, ou alguém por eles, fazer valer tais prerrogativas”. CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2 ed. São Paulo: LTR Editora, 1997. p. 97.

Mas como ‘princípio’.¹³⁶

Por fim, ensina Andréa Rodrigues Amin¹³⁷ que o princípio do melhor interesse da criança é um referencial que orienta a todos – família, sociedade e Estado – a lidar com as exigências naturais para o desenvolvimento da criança e que materializar estas exigências é dever de todos.

2.3 Ameaça e violação dos direitos fundamentais da criança

A criança passou a ser sujeito de direitos em tempo muito recente da história jurídica, deixando de ser um mero problema social e passando a fazer parte do desenvolvimento da sociedade.

Há aspectos ideológicos¹³⁸ que não permitem o pleno exercício destes direitos. Para os efeitos de estudo deste trabalho, os ideólogos identificados são os que se dedicam à veiculação de comunicação mercadológica destinada às crianças. Ainda sobre este viés ideológico, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito das Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária alerta:

Cabe enfatizar também que as ideologias e práticas existentes na sociedade em torno da sexualidade, da vida reprodutiva e das relações de gênero influenciarão fortemente o desenvolvimento dos adolescentes. É fundamental, portanto, que as instituições de saúde e de educação, a mídia e demais **atores sociais envolvidos compartilhem com a família a responsabilidade pelo desenvolvimento das novas gerações**, abordando estas temáticas de forma adequada e provendo orientação e acesso aos serviços pertinentes.¹³⁹

O Estado também tem o dever de fiscalizar as ideologias que ainda insistem em não entender que a criança possui direitos e que é dever de toda sociedade garantir a eficácia destes direitos, principalmente quando há um abuso que viole ou ameace estes direitos.

¹³⁶ CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTR Editora, 1997. p. 97.

¹³⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 70.

¹³⁸ Ver nota 22 neste trabalho.

¹³⁹ Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito das Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/cadernos/plano-nacional-de-promocao-protacao-e-defesa-do-direito-de-criancas-e-adolescentes-a-convivencia-familiar-e-comunitaria/Plano%20Nacional%20de%20Promocao-%20Protecao%20e%20Defesa%20do%20Direito%20de%20Crianças%20e%20Adolescentes%20a%20Convivencia%20Familiar%20e%20Comunitaria.pdf/download>. Acesso em: 20 jul. 2014.

Com relação à comunicação mercadológica destinada às crianças o que empiricamente se observa é um descaso às regras básicas estabelecidas pelo próprio Conar¹⁴⁰ quando o assunto é este tipo de comunicação e o art. 37 do CDC¹⁴¹. Entretanto, estas violações se dão no campo privado das relações sociais (pode-se dizer que no campo das relações de consumo) e não no que tange a direitos fundamentais. Para isso se irá encontrar guarida no art. 227 da CF/88. O alcance constitucional deste artigo é o que dá validade aos princípios da proteção integral e do superior interesse da criança.

A violação e ameaça aos direitos fundamentais das crianças, no âmbito da comunicação mercadológica a elas direcionada, se dá pelo fato de que empresas abusam do direito de veicular produtos ou serviços quando deixam de atentar para a peculiar condição das crianças como pessoas em desenvolvimento¹⁴², ou seja, quando apelam para efeitos especiais e manipulação da linguagem para apresentar seus produtos ou serviços em um contexto muito deslocado da realidade, subjugando, desta forma, a confiança da criança (ausência de boa-fé) e explorando sua ingenuidade.

Consustanciando esta visão, ou seja, a de que a comunicação mercadológica destinada às crianças, da forma como vem sendo praticada hodiernamente, viola ou ameaça os direitos fundamentais das crianças, surge a nova proposta de marketing divulgada por Philip Kotler¹⁴³, o chamado marketing 3.0.

Em suas palavras:

Cada vez mais, os consumidores estão em busca de soluções para satisfazer seu anseio de transformar o mundo globalizado num mundo melhor. Em um mundo confuso, eles buscam empresas que abordem suas mais profundas necessidades de justiça social, econômica e ambiental em sua missão, visão e valores. **Buscam não apenas satisfação funcional e emocional, mas também satisfação espiritual, nos produtos e serviços que escolhem.**¹⁴⁴ (grifo nosso).

A comunicação mercadológica direcionada às crianças pode e deve assumir outra estratégia que não a de violar direitos fundamentais, como os previstos no art. 227 da CF/88,

¹⁴⁰ Ver item 4.2 neste trabalho.

¹⁴¹ Ver item 4.1 neste trabalho.

¹⁴² Reforça esta hipótese o art. 15 do ECA quando positiva: A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas **em processo de desenvolvimento** e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (grifo nosso).

¹⁴³ Conhecido como o “Pai do Marketing”, é professor de Marketing Internacional da Kellogg School of Management, Northwestern University, e uma das maiores autoridades mundiais em marketing.

¹⁴⁴ KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 3.0**. 12. ed. São Paulo: Editora Campus, 2010. p. 4.

de direitos do consumidor, no art. 37 do CDC, e de sujeitos em desenvolvimento previstos no art. 15 do ECA.

Kotler demonstra que existe a real possibilidade de as empresas veicularem seus serviços ou produtos, mesmo sendo destinados ao público infantil, que não desrespeite direitos e preceitos fundamentais.

Esses sujeitos de direitos, apesar de estarem em franco desenvolvimento, e justamente por isso, merecem ser tratados com dignidade. Estas crianças desenvolvem valores sociais, como o do consumo sustentável, respeito ao meio ambiente e não podem ser ludibriadas com artifícios de marketing que violem ou ameacem esta sua construção positiva do social. Nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes:

A questão central do direito mantém-se também sempre a mesma: criar um compromisso entre os valores fundamentais comuns (plurais) e os espaços de liberdade mais amplos possíveis de modo a permitir a cada pessoa, em sua (inter) subjetividade, a escolha de seus atos e a condução de sua vida privada, de sua trajetória individual, **de seu projeto de vida.**¹⁴⁵ (grifo nosso).

É com foco nesse projeto de vida que estes pequenos consumidores do futuro, almejando uma sociedade mais equilibrada, não podem, ainda, ser encarados como “coisa”, como sujeitos passivos nas relações jurídicas, atribuindo somente a seus pais o caro dever de orientar e educá-los contra as ameaças e violações de seus direitos, por parte da comunicação mercadológica.

Existem novos atores sociais que buscam dar eficácia aos direitos, já positivados, das crianças, assim como há determinações infraconstitucionais, supraconstitucionais e constitucionais que expressam o valor das crianças e garantem a sua proteção, cabe às empresas que querem se manter no mercado do século XXI evoluírem para uma prática mais focada no ser humano e não no consumo, puro e simples, para que possam criar cidadãos conscientes da sua necessidade de consumo e que privilegiem somente as empresas que expressem seus valores humanos tanto em seus produtos como em serviços, principalmente se estes forem destinados aos pequenos.

¹⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010. p. XVI.

2.4 A vulnerabilidade da criança e a comunicação mercadológica destinada a ela

A criança goza de ampla proteção por parte do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴⁶ (ECA), do Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁷ (CDC), da Constituição Federal de 1988¹⁴⁸ e do Código Civil de 2002.¹⁴⁹

A ideia desenvolvida se pauta em uma característica fundamental atribuída à criança e adolescente, a sua vulnerabilidade. Destarte, cabe aqui expor o princípio da vulnerabilidade para que se possa averiguar não se tratar de qualquer tipo de tutela, mas de uma proteção específica a um bem social que não pode ser medido em termos puramente econômicos.

O CDC reconheceu em seu art. 4º, inciso I¹⁵⁰, a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Em comentário a este dispositivo Cláudia Lima Marques elenca três tipos de vulnerabilidade: técnica, fática e jurídica.¹⁵¹

Na **vulnerabilidade técnica** o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que está consumindo e desta forma pode ficar sujeito a erros e enganos se o fornecedor não agir de boa-fé nesta relação de consumo.

A **vulnerabilidade fática** diz respeito às características econômicas e intelectuais do consumidor ante o fornecedor. A desproporção causa um sério desequilíbrio nas relações de

¹⁴⁶ Art. 6º Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a **condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento**. (grifo nosso).

¹⁴⁷ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, **se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança**, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (grifo nosso).

¹⁴⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade, ao respeito**, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, **além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência**, discriminação, **exploração**, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso).

¹⁴⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos **pelo seu fim econômico ou social**, pela **boa-fé** ou pelos bons costumes. (grifo nosso).

¹⁵⁰ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

¹⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 198.

consumo. Neste ponto, certamente, além da desigualdade econômica e intelectual, acrescenta-se a fragilidade cognitiva do consumidor, mormente no caso de crianças.

A **vulnerabilidade jurídica**, como ensina Cláudia Lima Marques, se dá quando o consumidor não possui conhecimento e/ou entendimento suficiente de termos jurídicos que, porventura, possam constar em contratos bancários, por exemplo.

Apesar do enquadramento do consumidor como vulnerável na relação consumerista, ele é insuficiente para dar azo à proteção da criança ante a comunicação mercadológica a ela direcionada.

Levando em consideração o que foi exposto, pode-se falar em **vulnerabilidade triádica** da criança, pois ela possui ao mesmo tempo todas as três descritas acima.

Em outro lugar, Claudia Lima Marques, juntamente com Bruno Miragem, expõe outros elementos que tornam a criança vulnerável, aquém do consumidor. “No caso da criança, a vulnerabilidade é um **estado a priori**, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter **um ponto fraco**, uma ferida (*vulnus*), aquele que pode ser ‘ferido’ (*vulnerare*) ou é **vítima facilmente**.”¹⁵² (grifo nosso).

Esse estado a priori pode caracterizar um ponto fraco e tornar o sujeito uma vítima fácil, é o caso de crianças expostas à comunicação mercadológica.

Outra visão, também pautada no comentário sobre o art. 4º do CDC, vem de José Geraldo Brito Filomeno, que apresenta a vulnerabilidade do consumidor devido ao fato de este precisar se submeter ao controle daqueles que detêm os meios de produção, a saber, os empresários.

No âmbito da tutela do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que **os detentores dos meios de produção** é que detêm todo o **controle do mercado**, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de **lucro**.¹⁵³ (grifos nossos).

Resta claro que esta visão em que a vulnerabilidade se apresenta pelo simples fato de os detentores dos meios de produção conhecerem e controlarem todo o ciclo de produção de

¹⁵² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 129.

¹⁵³ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional de Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 73-74.

seus bens e serviços dispensaria os tipos de vulnerabilidade descritos por Claudia Lima Marques expostos acima, pois se não cabe ao consumidor interferir, apenas acatar, fica caracterizada sua vulnerabilidade, independentemente de ela ser fática, jurídica ou técnica.

Essa visão puramente político-econômica da vulnerabilidade parece insuficiente para justificar a ilicitude por abuso do direito de uma comunicação mercadológica direcionada à criança. Ela é necessária, mas não suficiente.

A questão de vulnerabilidade de seres humanos enquanto consumidores suscitou questionamentos levantados por Jean-Pascal Chazal em coletânea da doutrina francesa acerca da incapacidade, ou de se considerar incapazes, no caso de crianças. “Certamente, alguns autores descreveram os consumidores de ‘semifrágil’ e ‘menor incapaz’”. (livre tradução).

Continua: “O consumidor não é vulnerável a ponto de ser incapaz. A dificuldade não reside na definição do conceito de vulnerabilidade do consumidor”.¹⁵⁴ (livre tradução).

Ele não encara a questão da vulnerabilidade como uma incapacidade. A criança não é incapaz, na ótica consumerista, mas apenas vulnerável. Não por serem consumidores, mas devido ao seu estágio de desenvolvimento reconhecido pelo art. 15 do ECA.

Acerca deste processo de desenvolvimento explica Ana Olmos que:

J. Piaget descreveu sucessivos estágios de desenvolvimento do pensamento na criança, que correspondem a seus diferentes níveis de organização dos conhecimentos. Ter em mente como a criança, no estágio em que encontra, absorve os estímulos que recebe do meio e trata a informação é essencial para quem intervém, de alguma forma, **nos processos de aprendizagem social**.¹⁵⁵ (grifo nosso).

Essa intervenção no processo de aprendizagem social da criança é o que caracteriza sua vulnerabilidade, pois ela não possui mecanismos sensoriais plenamente desenvolvidos para discernir o que é real e o que faz parte da comunicação mercadológica. Esta intervenção causa um dano social e certamente diminui a qualidade de vida em sociedade, pois estes

¹⁵⁴ CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et Droit de la Consommation. In: Vulnérabilité et Droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux em droit. Frédérique Cohet-Cordey (direction et coordination). Presses Universitaires de Grenoble. Grenoble, 2000. p. 243.

Certes, des auteurs ont qualifié le consommateur de "semi-débile" et d'"incapable en mineur".

Le consommateur n'est pas vulnérable au point d'être un incapable. Mais toute la difficulté ne réside pas tant dans la définition de la notion de vulnérabilité que dans celle de consommateur.

¹⁵⁵ OLMOS, Ana. **O abuso do merchandising televisivo dirigido à criança**: argumentos da Psicogenética.

Disponível em: http://portalmultirio.rio.rj.gov.br/portal/riomidia/rm_materia_conteudo.asp?idioma=1&idMenu=5&label=Artigos&v_nome_area=Artigos&v_id_conteudo=65455. Acesso em: 29 jan. 2014.

pequenos seres humanos estão sendo adestrados a se tornarem consumidores vorazes e no futuro possíveis adultos superendividados¹⁵⁶. Por isso, utiliza-se ao longo deste texto o termo vulnerável, pois a fragilidade da criança em sua fase de desenvolvimento cognitivo não lhe permite sequer perceber que está sendo manipulada e direcionada a fazer escolhas que não precisa fazer ou que não lhe cabe fazer. Nas palavras de Yves de La Taille: “[...] os adultos são responsáveis por aceitarem ser iludidos; as crianças não”.¹⁵⁷

O abuso do direito exercido contra a vulnerabilidade da criança assume características cada vez mais audaciosas, como mostrou recentemente, na volta às aulas do ano de 2014, a veiculação de comunicação mercadológica em armários de crianças e adolescentes do chamado “kit de volta às aulas”.¹⁵⁸

Numa estratégia de marketing como esta, fica evidente o atentado à fragilidade de julgamento da criança, que acaba veiculando a marca das empresas sem saber que faz isso.

Em opinião diversa, apresentada em sua dissertação de mestrado na ESPM, Fernanda Cintra de Paula observa que com relação à alimentação seria inócua a proibição de comunicação mercadológica de alimentos diretamente às crianças.

É utópico querer que as crianças comam apenas alimentos saudáveis e naturais, pois uma batata frita e um chocolate de vez em quando não fazem mal a ninguém, mas precisamos ficar sempre alertas para que não haja abusos, e que a indústria saiba que pais e educadores continuarão cobrando para que ela siga promovendo boas práticas para suas crianças em sua comunicação.¹⁵⁹

Conclui-se, que a característica vulnerável da criança não advém do fato de ela ser considerada um consumidor ou mesmo um incapaz, mas por suas próprias características de pessoa em desenvolvimento, o que a torna um ser humano frágil, justamente pelo fato de estar em pleno desenvolvimento intelectual e das experiências sensoriais com o mundo externo.

¹⁵⁶ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 131-148.

¹⁵⁷ TAILLE, Yves de La. **A publicidade Dirigida ao Público Infantil**. Considerações Psicológicas. Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança. Conselho Federal de Psicologia, 2008. p. 16.

¹⁵⁸ As empresas Pandurata Alimentos Ltda, Colgate-Palmolive Indústria e Comércio Ltda., Daquiprafora Intercâmbio e Turismo, Hershey’s do Brasil, Starpoint Surf Shop, em parceria com a Global Box Locação de Armários Pessoais, tinham por estratégia, segundo o Instituto Alana, surpreender as crianças com brindes de biscoitos e vouchers para trocas, fazendo com que elas fixassem suas marcas. Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/01/GlobalBox_RespostaNotifica%C3%A7%C3%A3o_2014.pdf. Acesso em: 26 maio 2014.

¹⁵⁹ PAULA, Fernanda Cintra. **Muito Antes da Marca: Relações Entre a Recepção de Publicidade e o Consumo de Alimentos por Crianças de Classes Populares**. 2013. Dissertação (Mestrado)-ESPM, São Paulo, 2013.

Submeter este pequeno ser humano a uma pletora de informações cuja única finalidade é obter lucro é uma violação de direito fundamental ao seu livre desenvolvimento sadio e livre de manifestações antiéticas e abusivas por parte de empresas que insistem em manter suas margens de lucro com base na fragilidade das crianças.

Por derradeiro, fica a lição de Janusz Korczak: “É através do nosso exemplo que a criança aprende a menosprezar aquilo que é fraco. Eis uma formação ruim, e um sombrio presságio”.¹⁶⁰

2.5 Síntese

Nesta segunda parte do trabalho, a partir da análise desenvolvida, foi possível verificar que a criança passa a ser um sujeito de direitos e que a comunicação mercadológica dirigida a ela pode ser causa de violação ou ameaça de direitos fundamentais se não valorizar o ser humano.

Esses direitos fundamentais são positivados na Constituição brasileira de 1988 em seu art. 227, que estabelece o princípio da proteção integral e o da prioridade absoluta da criança. É dever não somente da família e da sociedade fazerem valer estes direitos, mas também cabe ao Estado intervir, se for este o caso, para que eles possam ter eficácia.

Historicamente as crianças não eram tidas como detentoras de direitos e atuavam como coadjuvantes no ordenamento jurídico. Paulatinamente isso foi mudando com a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, depois com a Declaração Universal dos Direitos da Criança. No Brasil deu-se um passo qualitativo com o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, nos quais as crianças deixam de ser menores infratores e passam a ser reconhecidos como pessoas em desenvolvimento e nem por isso desprovidas de autonomia e de direitos subjetivos.

Não são colidentes os artigos 227 e 220 da CF/88. Não pode haver esta suposta colisão de interesses pelo fato de o legislador constituinte ter feito a opção pela proteção integral da criança e colocar seus interesses como absoluta prioridade da família, da sociedade e do Estado. Então, se há um choque de direitos fundamentais, entre a liberdade de expressão, que

¹⁶⁰ KORCZAK, Janusz. **O Direito da Criança ao Respeito**. 4. ed. São Paulo: Summus Editorial, 1986. p. 70.

por sua vez não pode ser restringida de forma alguma, e o direito de não exploração, da dignidade da pessoa humana com relação à criança, estas deverão ter a prioridade.

Estabelecidas esta prioridade absoluta e sua proteção integral, evidencia-se que não caberia a utilização do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o legislador já definiu a preferência pelos direitos fundamentais das crianças.

É de se notar que não há, em termos absolutos, necessidade de limitação da comunicação mercadológica destinada às crianças porque as empresas não obedecem à autorregulação do Conar, regida pelo seu art. 37, nem observam as diretrizes do art. 37 do CDC.

Por outro lado Philip Kotler destacou uma nova forma de fazer comunicação mercadológica, o chamado marketing 3.0, pelo qual as empresas mostram seu comprometimento com os valores das pessoas em prol de uma sociedade mais equitativa, ou seja, empresas que valorizam e respeitam o ser humano e não apenas o foco no consumidor com o mero intuito de vender produtos ou serviços a qualquer custo. As pessoas estão cada vez mais tendentes a escolherem empresas que possuam um comprometimento social. Empresas que exploram a confiança de crianças e que criam ilusões de mero consumo tendem a serem excluídas pelos consumidores.

Torna-se patente que o superior interesse da criança não é o de tomar decisões por ela ou então fazer com que ela possa exercer obrigatoriamente seus direitos¹⁶¹, mas sim uma forma de dar prioridade à criança para que ela possa ter seus direitos fundamentais garantidos.

Respeitar as crianças enquanto tais é dever da família, da sociedade e do Estado. Cabe a este último, inclusive, prover intervenção, na forma de lei, para que as crianças possam ter assegurados seus direitos. Se mesmo com as orientações gerais de garantias destes direitos as empresas que veiculam comunicação mercadológica destinada às crianças insistem em abusar do direito de divulgar seus produtos e serviços, tem o Estado o dever de intervir de forma mais específica através de leis que limitem o exercício deste direito no intuito de coibir este abuso.

3 A LEI CIVIL

¹⁶¹ Claro que quando isso for possível deve ser incentivado pelo julgador, mas há casos em que claramente não há como fazer com que a criança exerça sua autonomia para garantir seus direitos.

O abuso do direito é um assunto vasto e permeado de definições e concepções sobre seu significado e alcance. Para não se incorrer em voos icáricos sobre o tema, aqui ele será abordado *en passant*, apesar de sua importância para este estudo.

Em sequência aos preceitos constitucionais descritos nas partes 1 e 2 deste trabalho, esta terceira parte tem como finalidade investigar outro aspecto da comunicação mercadológica destinada às crianças, o abuso do direito na veiculação de produtos ou serviços, no caso, do direito de comunicação mercadológica, e que tal se realizando torna-se um ato ilícito.

Se for confirmada a hipótese de que a comunicação mercadológica direcionada às crianças, na forma como vem sendo praticada hodiernamente, possui viés ilícito decorrente do abuso do direito, pais e a sociedade civil, através de seus novos atores, terão argumentos jurídicos mais precisos para coibir a ação de empresas que ainda praticam uma forma de marketing fundamentado no consumidor e não nos valores da pessoa humana.

O instituto do abuso do direito mereceria um estudo à parte e muito mais detalhado do que será apresentado nesta investigação, que irá se ocupar apenas das noções fundamentais de tal instituto.

No Código Civil de 2002 há entendimento sobre o abuso do direito em seu art. 187 e por isso será analisado um pouco mais detalhadamente seu alcance com relação à veiculação de comunicação mercadológica destinada às crianças. Nesta seara o art. 37 do CDC também faz clara referência à proibição da chamada comunicação mercadológica abusiva, motivo pelo qual também será considerado seu alcance no contexto da comunicação mercadológica direcionada às crianças.

Passa-se então, a seguir, à discussão sobre a ilicitude e o abuso do direito no Código Civil de 2002.

3.1 Ilicitude e abuso do direito no Código Civil

As ações humanas na organização social precisam ser regradas para que o convívio em sociedade possa sustentar sua própria existência. Estabelecer o que se pode ou não realizar dentro desta sociedade é o que irá determinar, do ponto de vista jurídico, o que será tolerado e o que não será.

Com a finalidade de estabelecer limites, o Código napoleônico de 1804 instituiu em seu artigo 1.382¹⁶² a ideia básica de que a ação humana que causa prejuízo a outro o obriga a reparar o dano.

Esse preceito normativo serve de clara sinalização para que os danos causados no âmbito do convívio social sejam passíveis de reparação. Do contrário, o desregramento de ações e o entendimento que cada um carrega sobre direitos e de exigir estes direitos podem trazer à tona a velha ideia de vingança privada.

Rui Stoco lembra que a evolução da sociedade e a complexidade de suas relações não estão passíveis de permanecerem estáticas e desta forma precisam ser constantemente atualizadas.

Como essas atividades humanas e as alterações do estrato social evoluem e se tornam cada vez mais complexas, há – sempre – a necessidade de acompanhar essa evolução, razão pela qual as leis anacrônicas ou são revogadas e substituídas, ou são interpretadas segundo o momento em que vivemos, de modo que as exigências atuais e os novos comportamentos sociais, comerciais, industriais e de serviços passam a ser regulamentados a partir do nascimento dessa necessidade.¹⁶³

É justamente com o dever de acompanhar esta evolução que o legislador no Código Civil de 2002 procurou fazer uma clara definição do ato ilícito, alertando aos autores das ações, na moderna sociedade, que elas podem ser consideradas contra a lei, contra a ordem jurídica, ou seja, uma antijuridicidade que é passível de ser rechaçada e gerar o dever de reparação.

A ilicitude vem definida no Código Civil no art. 186¹⁶⁴. O ilícito, com base no texto normativo, se dá sempre por uma ação, seja ela de origem voluntária, por negligência ou por imprudência, causar um dano. Não basta a ação por si só, é necessária a constatação de um dano para que se constitua o ilícito, segundo a redação do artigo.

¹⁶² Art. 1.382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

¹⁶³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 110.

¹⁶⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Esse dano não precisa ser somente patrimonial, pode também ser extrapatrimonial, se estende para uma abrangência maior dos fatos sociais hodiernos que podem se caracterizar por ilícitos, mas sem causar dano patrimonial.

Nota-se também que o artigo 186 lança um viés subjetivo ao ilícito, tendo em vista que este se dará por ação humana cujas nuances podem ser a negligência, a omissão voluntária ou a imprudência, que são características da culpa, ou seja, “o ato culposo é sempre um ato ilícito”.¹⁶⁵ (livre tradução).

A definição de ilícito é importante para delinear ou balizar o campo de atuação da responsabilidade civil. É com base no ilícito que se poderá tutelar as demandas por reparação de danos, pois a responsabilidade só poderá ser atribuída se o ilícito se fizer presente e por sua vez a reparação se existe o dano, mesmo que exclusivamente moral.

Ensina Orlando Gomes: “Ato ilícito, portanto, é, necessariamente, ação *humana*”¹⁶⁶. Para ele, o ilícito deve ser associado ao evento danoso, sem o qual não há que se falar em ilícito civil. “O *ilícito civil* só adquire substantividade se é *fato danoso*. Se alguém infringe intencionalmente regras de trânsito, mas não causa qualquer prejuízo, age contra direito, mas não comete *ilícito civil*”.¹⁶⁷

À ilicitude da comunicação mercadológica abusiva, não basta que esta ação humana viole um direito positivado e garantido, é necessário que haja o dano, com base na lição de Orlando Gomes.

Destarte, a propaganda pode ser abusiva e violar norma de direito público (art. 37 do CDC), mas para se concretizar enquanto um ilícito civil deverá a propaganda ter gerado prejuízo, patrimonial ou extrapatrimonial, a quem foi atingido por sua veiculação. Como observou Orlando Gomes¹⁶⁸, num caso como este, sem haver a constatação do dano, a comunicação mercadológica age contra o direito, viola uma norma, mas não é um ilícito civil. Entretanto, não é pelo fato de não causar dano que não haja ilícito.

¹⁶⁵ CHIRONI, G. P. **La Colpa nel Diritto Civile Odierno**. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897. p. 23. “(...) l’atto colposo è sempre atto illecito”.

¹⁶⁶ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 58.

¹⁶⁷ Idem, p. 63.

¹⁶⁸ GOMES, Orlando, op. cit., p. 58.

O legislador do Código Civil de 2002 ampliou o ato ilícito, introduzindo o abuso de direito como um componente acessório deste ato, ampliando seu alcance. Segundo Flávio Tartuce:

Amplia-se a noção de ato ilícito, para considerar como percussor da responsabilidade civil aquele ato praticado em exercício irregular de direitos, ou seja, o ato originariamente lícito, mas foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.¹⁶⁹

Logo, a comunicação mercadológica que seja veiculada, mesmo não causando dano patrimonial ou extrapatrimonial, pode ser caracterizada como um ilícito civil, justamente por ter abusado de seu direito de fazer a comunicação mercadológica.

Na ampliação do ato ilícito, que na redação do art. 186 se limitava à questão da ação humana através de omissão voluntária, negligência ou imprudência e, somado a todos estes fatores, o dano, a redação do art. 187¹⁷⁰ acrescenta exceder o fim econômico, o fim social, a boa-fé e os bons costumes.

A comunicação mercadológica veiculada pode não ter gerado dano, mas pode muito bem ter atentado contra os bons costumes, por exemplo, ou ainda a boa-fé. Com isso fecha-se o ciclo no qual o ilícito é fonte de obrigação.

O ato ilícito, juntamente com o dano e o abuso de direito, são elementos mais que suficientes para caracterizar responsabilidade civil objetiva. Neste sentido esclarece Flávio Tartuce: “Dúvidas restam quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil relacionada com o abuso de direito, prevalecendo na doutrina o posicionamento de que essa seria de natureza objetiva, ou seja, independente de culpa”.¹⁷¹

Na doutrina consumerista destaca-se a opinião de Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin relativamente à comunicação mercadológica poder assumir ares difusos e seu controle privilegiar e evitar que ela cause danos também difusos. “De uma preocupação eminentemente individualista com a comunicação mercadológica, priorizando mais o ato que

¹⁶⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. v. 2. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 333.

¹⁷⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁷¹ TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 337. O próprio autor traz uma lista dos doutrinadores que aderem a esta linha de pensamento.

a atividade, o legislador, modernamente, vem passando a exercer um controle social difuso do fenômeno”¹⁷².

O abuso do direito constitui um fato de grande relevância dentro do ordenamento jurídico, tão importante que Jossierand o considera como um triunfo do ordenamento jurídico e uma necessidade inevitável da sociedade moderna. “(...) o desenvolvimento feito pela doutrina do abuso de direito é o triunfo do sistema legal, e este triunfo é para todos os países, de todas as eras, todas as civilizações: correspondente a uma lei da evolução, uma inevitável necessidade”¹⁷³ (livre tradução).

Conclui-se que todas as ações humanas que não se alinharem com os limites impostos pelo art. 187 do CC/2002 são passíveis de serem consideradas ato ilícito.

3.2 O instituto do abuso do direito¹⁷⁴

O instituto do abuso do direito é cercado por uma bruma de ideias e de concepções que em sua maioria não se alinha quanto ao seu alcance e significado.

¹⁷² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. P. 322.

¹⁷³ JOSSERAND, Louis. **L’esprit des Droits et de leur relativité**. Théorie dite de l’Abus des Droits. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1936. p. 315. (...) le développement pris par la doctrine de l’abus des droits est le triomphe de la technique juridique, et ce triomphe est de tous les pays, de tous les siècles, de toutes les civilisations: il correspond à une loi d’évolution fatale, à une inéluctable nécessité.

¹⁷⁴ Algumas observações quanto à grafia do termo. Flávio Tartuce afirma: “Na opinião deste autor, é irrelevante o uso diferenciado das terminologias *abuso de direito* ou *abuso do direito*, sendo até preferível a primeira pela aplicação no Brasil sob os pontos de vista didático, metodológico e gramatical.” TATUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. In: **Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao prof. Zeno Veloso**. Pastora do Socorro Teixeira Leal (Coord.). São Paulo: Editora Método, 2014. p. 65. Ricardo Marcondes Martins afirma: “Um esclarecimento terminológico: utiliza-se a expressão “abuso de direito” ao invés de “abuso do direito” propositadamente. É correto falar em abuso do direito quanto o direito encontra-se especificado: abuso do direito de contratar, do direito de recorrer. Se não houver especificação do direito abusado, torna-se incorreto o uso do *artigo definido*”. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.p.11. Por outro lado Rui Stoco, citando Pontes de Miranda, lembra: “Lembrou e verberou que a expressão ‘abuso de direito’ é incorreta, pois existe ‘estado de fato’ e ‘estado de direito’; porém não ‘abuso de fato’ ou ‘abuso de direito’. O certo é **abuso do direito**, ou abuso do exercício do direito. Recebemo-las dos livros franceses e, lá, só se usa ‘abus du droit’”. STOCO, Rui. **Abuso do Direito e Má-fé Processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 57. Para os efeitos deste trabalho optamos por usar a grafia **abuso do direito** mantendo-nos fiel à tradição civilista francesa (Jossierand e Planiol falam em ‘abus du droit’) e no uso que faz José de Oliveira Acensão na obra *Direito Civil*. v. 3, Editora Saraiva, p. 216. Teresa Ancona Lopez no artigo “Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo na coletânea em homenagem a Túlio Aicarelli”, Editora Quartier Latin, p. 670. MARTINS-COSTA, Judith. **Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé**. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/portals/0/docs/institutos/icj/luscommune/costajudith.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

Para Judith Martins-Costa: “[...] o Direito brasileiro se move sobre uma tradição de fragmentações, não de sistema”.¹⁷⁵

Em seguida, procura-se, sem se aprofundar muito na análise, apresentar algumas concepções sobre o abuso do direito.

Essa abordagem é de interesse no contexto deste trabalho, pois se alinha com a crítica de Planiol ao termo “abuso do direito”, para quem o termo não passaria de uma logomaquia.

Esta nova doutrina se baseia inteiramente num insuficiente estudo da linguagem; sua fórmula ‘uso abusivo do direito’ é uma logomaquia, porque se eu usar meu direito, meu ato é lícito; e quando é ilícito excedi meu direito e eu ajo sem direito [...] direito cessa onde o abuso começa.¹⁷⁶ (livre tradução).

Para Planiol, uma vez o direito posto, se faço uso deste direito, ele é um ato lícito. Não há uma limitação a este direito, ele não pode ser limitado. Daí não se poder falar em um abuso do direito, um direito que é abusado não é um direito, pelo menos não em seu conteúdo, por isso tratar-se de uma logomaquia.

Ensina Judith Martins-Costa:

Designação tão impressiva quanto questionável, celebrenemente taxada de ‘logomaquia’ por Planiol, a expressão ‘abuso do direito’ recobre, na verdade, os variados casos de exercício jurídico inadmissível, indicando no hoje vigente Direito brasileiro, forma de ilicitude civil, ilicitude objetiva a que se segue habitualmente – embora não forçosamente – eficácia indenizatória.¹⁷⁷

No caso do CDC o abuso vem positivado no artigo 37, e no Código Civil, no art. 187. A dificuldade do julgador parece ser identificar um ato jurídico como abusivo. O instituto do abuso do direito é geralmente associado com a ideia de desvio do uso normal de um direito.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam sobre o abuso manifesto: “Para que se caracterize como ato ilícito objetivo, o abuso tem de ser *manifesto*, isto é, aquele que ocorre quando o direito é exercido em termos *clamorosamente* ofensivos à justiça”.¹⁷⁸

¹⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/portals/0/docs/institutos/icj/luscommune/costajudith.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

¹⁷⁶ PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 9. éd. Tome II. Paris: Librairie Générale de Droit, 1923. p. 287. "Cette nouvelle doctrine repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié; sa formule ‘usage abusive des droits’ est une logomachie, car si j’use de mon droit, mon acte est *licite*; et quand il est illicite, c’est que jé dépasse mon droit e que j’agis sans droit [...] le droit cesse où l’abus commence”.

¹⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith, op. cit.

¹⁷⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 399.

Essa observação leva a questionar a possibilidade de se exercer um direito que possa ser ofensivo à justiça. Para dirimir esta dúvida é preciso determinar se o art. 187 é uma regra ou um princípio, e então verificar se ele é capaz de funcionar como um limitador de direitos.

Flávio Tartuce leciona: “Como se depreende da leitura do art. 187, o abuso de direito está amparado em cláusulas gerais, conceitos abertos e indeterminados que devem ser preenchidos pelo aplicador caso a caso.”¹⁷⁹

É de se notar que o referido autor faz opção pelo abuso do direito como um princípio. Mas, pode-se abusar de um direito fundamental? É plausível falar em abuso do direito de viver? Abusar do direito à saúde? Certamente não. Na análise aqui construída, o direito de comunicação mercadológica é também um princípio. A diferença é que o direito à vida e à saúde são direitos fundamentais inerentes ao ser humano e procuram consagrar a dignidade da pessoa humana, já a comunicação mercadológica visa ao lucro.

Outro olhar sobre o abuso do direito vem de Judith Martins-Costa, quando associa o *venire contra factum proprium* à ilicitude promovida pelo art. 187 do CC/2002.

Autorizada doutrina vê no art. 187 do Código Civil a consagração da velha figura do abuso de direito. Ousamos discordar desse entendimento, pois vemos estampado naquele texto as balizas do **exercício inadmissível de posição jurídica**, cujo suporte fático não exige, necessariamente, ação culposa do agente e cuja eficácia é, *prima facie*, a cominação de ilicitude ao ato ou negócio, apenas secundariamente, havendo dano, o nascimento do dever de indenizar.¹⁸⁰

Para a referida autora não há um abuso do direito, mas sim um renovado conceito de ilícito, segundo o qual não há necessidade de se gerar dano ou haver culpa por parte do agente. Sendo assim, o exercício inadmissível de posição jurídica difere do abuso do direito como exercício irregular de direito subjetivo.

Da mesma forma é de se questionar se este exercício inadmissível de posição jurídica seria um limite ao exercício de direitos fundamentais.

Opondo-se à tradição francesa, particularmente ao posicionamento de Planiol¹⁸¹ acerca do abuso do direito, José de Oliveira Ascensão afirma que não há uma figura autônoma do abuso do direito e que este não tem potencialidade para restringir o exercício de direitos. Para ele:

¹⁷⁹ TATUCE, Flávio, op. cit., p. 67.

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. **Revista da AJURIS**, v. 32. n. 97, p. 161, mar. 2005.

¹⁸¹ Ver nota 182 neste trabalho.

Uma coisa é demarcar o conteúdo abstrato do direito, outra é determinar funcionalmente que poderes poderão ser exercidos. Pode haver outras restrições, de caráter funcional, que excluam exercícios para certos objetivos. Mas só uma valoração em concreto permitirá distinguir o que é ou não permitido.¹⁸²

José de Oliveira Ascensão utiliza a expressão ‘exercício inadmissível de posições jurídicas’ para afastar a ideia de um abuso do direito e também como algo que seja um limitador do exercício de direitos subjetivos.

Por sua vez, Teresa Ancona Lopes afirma que a teoria do abuso do direito é uma construção do século XX e que tem apenas certo parentesco com os atos emulativos da Idade Média.

Portanto, no dispositivo em exame há três limites ao exercício do direito subjetivo (não ao direito subjetivo) que não se confundem. São três conceitos jurídicos diferentes em uma mesma regra, ou melhor, três cláusulas gerais diferentes e limitativas da conduta do titular do direito. No ato abusivo há violação funcional do direito (social), de sua finalidade e de seu espírito.¹⁸³

Os três conceitos jurídicos aos quais se refere Teresa Ancona Lopes são os estabelecidos no art. 187 do CC/2002, a saber: fim econômico e social, a boa-fé e os bons costumes. Interessante notar que a autora foca o limite ao **exercício do direito** e não ao **direito**.

O instituto do abuso do direito ainda gera discussões quanto a sua fundamentação. A impressão que se tem, a partir desta análise, é a aceitação de que o abuso do direito serve de baliza para corroborar que os direitos não são absolutos e que podem ser passíveis de limitação, seja através de regras, seja através de princípios, ou ainda como prática moral.

Se é verdade que o exercício inadmissível de posição jurídica é uma baliza, como quer Judith Martins-Costa, o abuso do direito é uma logomaquia, pois o que se pretende limitar não é o direito, mas sim seu uso, sua forma.

Esse uso não necessariamente precisa ter como fato gerador a culpa e como dever de reparar o dano, na doutrina de Orlando Gomes. A traição da confiança, a forma como o direito é praticado e viola ou ameaça direitos fundamentais caracterizam o ato ilícito. A limitação se dá a quem pratica e não ao direito estabelecido.

¹⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 217.

¹⁸³ LOPES, Teresa Ancona. Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. et al. (Coord.) **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas**. Homenagem a Tulio Ascarelli. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 671.

3.3 O alcance do art. 187 do Código Civil

Foi visto anteriormente que o instituto do abuso do direito percorre algumas teorias acerca do seu alcance. Seja como limitador de direitos, seja como balizador do exercício regular do direito, ou ainda como uma valoração (juízo moral) do que é permitido ou não fazer, o instituto tem raízes arraigadas no ordenamento brasileiro.¹⁸⁴

Sua importância neste estudo se caracteriza pelo fato de a comunicação mercadológica exceder os limites da confiança das crianças quando provoca nelas o desejo de adquirir bens e serviços que na verdade não necessitam. Esse abuso do direito de comunicação mercadológica constitui ato ilícito e tem seu regramento previsto no art. 187 do CC/2002, pois, apesar de atingir sua função econômica, no caso, o lucro, viola a boa-fé (em todos os casos) e às vezes os bons costumes.

Apesar das diferentes abordagens com relação ao seu alcance, o art. 187 do CC/2002 é uma poderosa ferramenta para coibir a comunicação mercadológica que insiste em dialogar com as crianças no intuito de tirar delas proveito para vendas, pura e simplesmente, sem caráter pedagógico algum e sem uma função social clara.

3.4 Ato lícito e comunicação mercadológica abusiva

O artigo 37 do CDC, em seu § 2º, positiva a abusividade na veiculação de comunicação mercadológica e propaganda, porém definir o que venha a ser abusivo dentro desta prática de marketing, cabendo ao magistrado fazer a análise do caso concreto em cada situação.

Para efeito deste estudo entende-se que a comunicação mercadológica enganosa é aquela que induz o consumidor ao erro no consumo do produto ou serviço, geralmente lhe causando prejuízo econômico. Nas palavras de Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin: “Veja-se que as diversas modalidades de comunicação mercadológica abusiva, ao contrário da

¹⁸⁴ Flávio Tartuce pondera: “[...] no que diz respeito ao abuso de direito a civilística nacional já construiu fortes alicerces e um piso na realidade jurídica brasileiro. Mais do que isso, alguns tijolos já foram alçados para a efetiva modificação social que se espera do Direito Privado”. Op. cit., p. 81.

comunicação mercadológica enganosa, não atacam o bolso do consumidor, isto é, não têm, necessariamente, o condão de causar-lhe prejuízo econômico.”¹⁸⁵

O abuso a que se refere o § 2º do art. 37¹⁸⁶ do CDC é especialmente dirigido aos vulneráveis. Fazer uso da deficiência de julgamento da criança é uma clara violação da lei e neste sentido quem a pratica comete um ato ilícito nos termos do art. 187 do Código Civil de 2002.

Tanto o CDC quanto o CC/2002 tutelam os vulneráveis no que tange ao abuso de comunicação mercadológica. O ponto crucial nesta defesa é determinar o abuso. Enquanto a questão da indução ao erro e ao engano pode ser mais bem analisada com bases objetivas, o abuso com base nos impactos e no julgamento das crianças é mais complexo de se definir.

Essa preocupação com a determinação do abuso na comunicação mercadológica que possa prejudicar as crianças é externada por Benjamin: “Quem pode contestar que um anúncio – mesmo que não enganoso – mas que abuse da deficiência de experiência de uma criança ou de um idoso também constitui um desvio das regras básicas do mercado de consumo?”¹⁸⁷

Pode parecer óbvio que um abuso em um anúncio caracterize uma violação de conduta, ética, mas a sua caracterização jurídica é amplamente subjetiva. Nesta seara continua Benjamin: “O direito, como já observado, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade”.¹⁸⁸

O CDC não estabelece o que é o abuso, o CC/2002 define o abuso de direito em seu art. 187, que, como visto, se caracteriza por ser ilícito.

A vantagem de se usar o Código Civil num diálogo de subsidiariedade¹⁸⁹ é poder orientar o magistrado a deliberar se uma determinada comunicação mercadológica direcionada à criança é caracterizada como um abuso do direito (o direito que o fabricante ou o prestador de serviços tem de promover seus produtos ou serviços), conseqüentemente, uma

¹⁸⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, op. cit., p. 354.

¹⁸⁶ Art. 37. É proibida toda comunicação mercadológica enganosa ou abusiva.

§ 2º É abusiva, dentre outras a comunicação mercadológica discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

¹⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, op. cit., p. 355.

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 753.

violação ao art. 37, § 2º, do CDC, e desta forma não apenas proibir a veiculação de tal comunicação, mas provocar um desestímulo a este tipo de prática.

Afirmar que todos são livres para decidirem se irão ou não consumir determinados produtos ou serviços carece de fundamentação. As modernas técnicas de marketing, associadas à falta de uma clara distinção entre o que é ou não real, não permitem colocar em pé de igualdade decisória as crianças. Ainda hoje são utilizados recursos computacionais em anúncios de brinquedos simulando situações e movimentos que claramente o brinquedo não exerce, mas, para fugir ao conceito de comunicação mercadológica enganosa, as empresas inserem nela legendas que explicam que os “movimentos não são reais” ou que os movimentos são “feitos por computador”, deixando claro que a comunicação mercadológica veiculada não é enganosa. O problema é esperar que a criança preste atenção à observação e que tome ciência de que o produto não funciona exatamente daquela maneira, que se trata apenas de uma simulação. Este é o abuso.

Nesse sentido a comunicação mercadológica caracteriza-se como abusiva, pois se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, desta forma, torna-se um ato ilícito nos moldes do art. 187 do CC/2002.¹⁹⁰

Nesse diapasão ensina Cláudia Lima Marques que a “[...] comunicação mercadológica abusiva extrapola limites do que é permitido fazer para ‘vender’ produto ou serviço”.¹⁹¹

A livre iniciativa é um preceito constitucional¹⁹², mas a preservação dos direitos fundamentais da criança e princípios como a proteção integral e o superior interesse também são.

¹⁹⁰ Ver sobre diálogo sistemático de coerência e subsidiariedade entre o CDC e o CC em MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 750-753.

¹⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 748.

¹⁹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa** (grifo nosso), tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - **livre concorrência**; (grifo nosso)

V - **defesa do consumidor**; (grifo nosso)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

A comunicação mercadológica abusiva, apesar de não ter sido definida, está estritamente relacionada com o abuso do direito. As crianças são tuteladas pelo CDC através do § 2º do art. 37, no entanto, ainda hoje, observam-se claras práticas de violação dessa tutela por parte de empresas que insistem em fazer do seu negócio um ato ilícito, quando violam regras jurídicas.

Conclui Cláudia Lima Marques: “A comunicação mercadológica abusiva é, em resumo, a comunicação mercadológica antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”.¹⁹³

3.5 Síntese

Tendo como fulcro o que foi exposto, pode-se afirmar que as leis civis – o CC/2002 e o CDC – apresentam um cabedal suficiente para que a comunicação mercadológica possa ser exercida dentro de parâmetros claramente estabelecidos.¹⁹⁴

Existe ainda certa dubiedade com relação ao que é ou não abusivo. Quais seriam as características deste instituto, deveras abstrato, e que ainda possui várias correntes que explicam sua essência?

A comunicação mercadológica destinada às crianças crê não enganar quando se utiliza de recursos tecnológicos para tornar produtos e serviços mais atraentes ao imaginário infantil. Os anunciantes inserem com letras às vezes de tamanho insuficiente informações sobre o uso de computação gráfica no anúncio do seu produto ou serviço, ou seja, a criança tem acesso a esta informação e portanto está ciente de que tudo aquilo não passa de fantasia, mas na maioria das vezes ela não presta atenção a este aviso. Ou então quando veicula valores que são corporativos e não da família ou da sociedade em geral, fazendo com que uma marca ou produto determine o “estilo de vida” que a criança precisa ter.

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifos nossos).

¹⁹³ MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 738.

¹⁹⁴ Estes parâmetros são o art. 187 do CC/2002 e o art. 37 do CDC, que limitam o uso do exercício do direito e não o direito.

Resta claro que todos estes fatores são *manifestos* e *clamorosamente* ofensivos à justiça¹⁹⁵, pois existe norma positivada que determina os limites do exercício do direito de comunicação mercadológica, principalmente destinada aos vulneráveis. A criança em desenvolvimento não é um objeto de direitos, mas sim um sujeito de direitos.

O abuso do direito enquanto instituto, já inserido no cotidiano do ordenamento jurídico brasileiro, precisa ter eficácia maior em sua aplicação no que tange à comunicação mercadológica direcionada às crianças.

Já foi dito alhures que não há colisão de direitos fundamentais quando se trata de comunicação mercadológica destinada às crianças, cabe à lei ordinária se fazer respeitar e o julgador precisa deixar de laxismo e punir com rigor aqueles que abusam do direito e violam a confiança de cidadãos em franco desenvolvimento, que possuem direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e que são velados pelos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta.

Passa-se a seguir à análise do Projeto de Lei 5.921/2001, das orientações do Conar e do Conanda com relação à comunicação mercadológica destinada à criança. A finalidade é buscar entender por que ainda seriam necessários dispositivos acessórios para coibir a ação de empresas que insistem em violar os direitos fundamentais de crianças.

¹⁹⁵ Vide nota 184 neste trabalho.

4 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS

Neste tópico serão analisados alguns dos dispositivos considerados importantes no âmbito da discussão sobre a abusividade publicitária quando esta dirige sua comunicação mercadológica às crianças, trazendo um apanhado geral do arcabouço legislativo relativo a este tema.

Anteriormente foi exposta a complexidade do instituto do abuso do direito e verificou-se que não há entendimento entre os estudiosos quanto à sua aplicação para efeitos de ressarcir ou de coibir danos, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais, ou ainda como limitador do exercício do direito.

Doravante passa-se à seara das discussões atuais no âmbito de uma possível regulação da comunicação mercadológica dirigida às crianças, muitas vezes pautada no abuso que este tipo de técnica faz dos direitos, no caso em pauta, dos direitos fundamentais das crianças, como o livre desenvolvimento, o convívio familiar e ser livre de exploração econômica.

Os dispositivos em tela são o artigo 37 do Conar, a Resolução 163 do Conanda e o Projeto de Lei 5.921/2001.

A justificativa para a reflexão acerca destes dispositivos é que eles estão intrinsecamente relacionados com a questão da abusividade na comunicação mercadológica, e, em especial, à comunicação mercadológica direcionada à criança. Cada um deles tem seu formalismo para lidar com a questão e um método próprio para justificar ou tutelar a criança contra os abusos desta prática.

Todos eles estão no cerne da moderna discussão que se faz a respeito de uma possível, ou necessária, regulação do setor publicitário no que tange à veiculação de peças publicitárias direcionadas ao público infantil. Esta relevância está diretamente ligada ao fato de que as crianças estão cada vez mais sendo expostas, voluntariamente ou não, a uma gama de comunicação mercadológica que em muitos casos não lhes traz benefício algum. Daí se falar em uma desproporcionalidade nesta prática, na qual normalmente se vê a persuasão para o consumo de determinado produto ou serviço que se presta à vantagem de apenas uma das partes desta fria relação, no caso o das empresas que têm por fim a busca do lucro.

A análise destes dispositivos objetiva esclarecer se a criança está devidamente tutelada pelos mecanismos que hoje existem e estão em vigor ou se é necessário tomar alguma providência legislativa com o intuito de complementar esta tutela ou mesmo propor ferramentas que possam coibir o abuso da comunicação mercadológica quando se trata de crianças no caso especial.

O artigo 37 do Conar trata de recomendações a serem seguidas pelas empresas, mas sem força vinculante. Já a Resolução 163 do Conanda gera uma polêmica efêmera quanto a sua vinculação, pois na verdade o órgão não tem competência para legislar, mas também afasta a visão de que a resolução tenha característica inconstitucional. O Projeto de Lei 5.921/2001 ainda está em pauta de discussão na Câmara Legislativa Federal.

Por fim, esta análise pretende contribuir para o entendimento e suscitar o debate sobre a necessidade de se acatarem tais dispositivos ou se há o imperativo de se aperfeiçoarem, ainda, normas já existentes para que a efetiva tutela de proteção das crianças ante a comunicação mercadológica abusiva possa ser de vez regulada em nosso ordenamento pátrio.

4.1 O alcance do artigo 37 do Conar

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) é uma entidade que visa atender aos interesses das agências de comunicação mercadológica e das empresas que utilizam este tipo de comunicação com o intuito de divulgarem e venderem suas marcas, serviços e produtos.

O Conar foi criado, inicialmente, com o intuito de evitar que o governo federal, no final dos anos 70, promulgasse lei que, no entendimento deste setor, iria censurar a comunicação mercadológica no país. Antes que isso acontecesse e pudesse prejudicar o desenvolvimento comercial, criou-se a entidade para que fosse um farol às empresas e agências para que não abusassem do seu direito de comunicação mercadológica e acabassem por sofrer sanções governamentais.

Hodiernamente parece que o fantasma da censura, no entendimento do Conar, ronda a comunicação mercadológica brasileira e mais uma vez, querendo se antecipar no que diz respeito à comunicação dirigida às crianças e adolescentes, a instituição reformulou o art. 37 de seu código de autorregulamentação que versa justamente sobre este tema. Isso se deve, em grande parte, ao Projeto de Lei 5.921/2001 (discutido mais abaixo) e à Resolução 163 do Conanda que será apresentada logo a seguir neste estudo.

A preocupação do Conar é não perder o nicho de mercado da comunicação mercadológica dirigida às crianças, pois se a sociedade entender que há abuso do direito objetivado e nexos causal entre o que se pretende com este tipo de comunicação, é preferível fazer com que as agências tomem outra postura com relação à prática para que não se vejam privados da possibilidade de auferir lucros com ela.

Faz-se mister lembrar que este código de autorregulação do Conar não tem força vinculante, o que o torna apenas uma carta de boas práticas ou uma espécie de código de ética para as empresas. No que tange ao abuso da comunicação mercadológica entre as empresas, certamente o código de autorregulação do Conar funciona bem, pois isso evita a concorrência desleal tão amaldiçoada no setor comercial. Entretanto, ao se deslocar o eixo para o consumidor, parece que esta ética é esquecida e o que vale é conseguir, às vezes, a qualquer custo, chamar atenção das pessoas para seus produtos ou serviços, a fim de lhes despertar o desejo e a necessidade de consumi-los.

Dito isso, passa-se à análise do que rege o artigo 37¹⁹⁶ do código de autorregulamentação do Conar para que se possa verificar a aderência deste artigo com a realidade e prática da comunicação mercadológica direcionada às crianças e adolescentes. O caput deste artigo procura traçar uma justificativa social que, claramente, é eivada de ideologia.¹⁹⁷

Dois aspectos-chave aqui são relevantes: cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Os dois são peças importantes no alicerce da atual sociedade. A questão da responsabilidade vem tomando viés cada vez mais forte e tendendo para a doutrina objetiva que irá proclamar a morte da culpa.¹⁹⁸

O consumidor consciente é um paradigma. No contexto do marketing existem apenas consumidores, não há a figura do consumidor consciente, ele é um mito, pois, sendo consciente, não irá consumir na proporção em que a comunicação mercadológica espera que ele consuma.

O consumo com consciência, necessariamente, traz em seu bojo uma sociedade mais equilibrada. Esta consciência iria exigir um equilíbrio. Destarte, não é isso que se pode observar no modo de produção capitalista.

Para corroborar esta tese, Zygmunt Bauman descreve uma espécie de ciclo de consumo no qual, antes de qualquer coisa, o ser humano deve, ele mesmo, tornar-se vendável.

Na sociedade de consumidores, **ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria**, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A ‘subjetividade’ do ‘sujeito’, e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável.¹⁹⁹ (grifo nosso).

Por fim o caput oferece a perspectiva de que este mecanismo de tornar as coisas vendáveis, ou seja, a comunicação mercadológica com o fim em si mesmo de obter lucros, seja parceira na construção de uma sociedade mais equitativa.

¹⁹⁶ Artigo 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança.

¹⁹⁷ Ver nota 22 neste trabalho.

¹⁹⁸ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 20.

A intenção parece legítima, mas não é.

Para realizar essa parceria entre consumidores conscientes e cidadãos responsáveis o Conar recomenda às empresas que adotem medidas que possam, em suas comunicações mercadológicas, servir de cimento na base da sociedade de consumo. Nada há que procure observar princípios, apenas dispõe de metas. Para isso o caput recomenda que **não haverá apelo imperativo para o consumo direcionado às crianças.**

A seguir o artigo 37 irá listar uma série de recomendações²⁰⁰ que não devem ser praticadas pelas empresas para que se possa ter eficácia o conteúdo do caput.

Constata-se que o Conar, neste ponto, intenciona não fazer com que crianças e adolescentes sejam motivados a consumir produtos ou serviços que, de alguma forma, possam não trazer algum tipo de benefício a eles.

Diferentemente, como se verá adiante, da Resolução 163 do Conanda, que traz uma série de ferramentas que não devem ser utilizadas em comunicação mercadológica destinada às crianças, como efeitos de animação, outras crianças, efeitos especiais, etc., o artigo 37 do Conar irá recomendar uma série de princípios que devem ser seguidos e não de métodos que podem ser utilizados. Isso é uma grande diferença.

Essa diferença consubstancia-se no fato de que o Conar torna mais amena a questão da comunicação mercadológica direcionada às crianças quando lista apenas princípios gerais de bom comportamento publicitário. Não deixa claro quais são os marcos para a prática de comunicação mercadológica dirigida às crianças, dá margem a que se possa, como regra

²⁰⁰ I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação à segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

- desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
- provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
- associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
- impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;
- provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;
- empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;
- utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
- apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;
- utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

geral, dialogar livremente com as crianças e ainda observar, como querem as empresas, as recomendações da instituição no que tange aos princípios listados acima. Exemplifica-se.

A empresa pode fazer uma peça publicitária com um apelo tecnológico fantástico em que o produto ou serviço seja apresentado, sem, no entanto, “impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade” ou ainda “desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente”.

Não se trata aqui de métodos ou preservação de princípios, mas da forma. A forma como a comunicação mercadológica dialoga com a criança é desproporcional. A vulnerabilidade cognitiva da criança não lhe permite criticar o que lhe é apresentado, mesmo que isso não fira qualquer princípio estabelecido pelo artigo 37 do Conar. Isso porque o artigo não cita, em momento algum, que não se possa tirar proveito desta vulnerabilidade abusando dela.

Acertada é a visão de Isabella Henriques quando afirma que a criança deve ser preservada do constante assédio que a comunicação mercadológica faz sobre ela e que esta proteção não deve se limitar apenas ao âmbito familiar.

É, com efeito, preciso que a criança seja preservada do bombardeio publicitário em sua infância, de maneira que possa desenvolver-se plenamente e alcançar a maturidade da idade adulta com capacidade de exercer plenamente seu direito de escolha. E essa proteção deve vir também por parte do Estado e do Poder Público, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito dos Poderes Executivo ou Judiciário, **não bastando que haja a proteção familiar**, como bem explica o professor Igor Rodrigues Britto.²⁰¹ (grifo nosso).

Mesmo com estes princípios elencados pelo Conar ainda se faz mister balizar a prática da comunicação mercadológica direcionada às crianças no intuito de que não haja abusos na prática deste direito. Isso porque as próprias empresas não observam as recomendações do órgão que, por sua vez, para evitar uma intervenção do Estado, deveria fiscalizar a comunicação mercadológica destinada à criança fazendo valer sua autorregulação.

Em seguida, passa-se à análise do item II²⁰² do artigo 37 proposto pelo Conar.

²⁰¹ HENRIQUES, Isabella. **O marketing infantil e o Direito**. A ilegalidade da publicidade dirigida às crianças. IBDFAM – Família contemporânea: uma visão interdisciplinar. 2010.p. 121.

²⁰² II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão: procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;
- respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;

Nesse segundo item do artigo 37 verifica-se que há uma chamada para a questão menos geral, pois diferentemente dos princípios gerais da comunicação mercadológica descritos no item I, este item irá tratar explicitamente dos produtos – nota-se, somente os produtos, excluem-se aqui os serviços – para que estes possam ser tratados de forma a não agredir ou violar os aspectos sociais e também contribuir para um positivo desenvolvimento nas relações familiares.

Outro ponto de destaque neste item é com relação à preocupação com os aspectos psicológicos das crianças. Neste caso o Conar parece admitir a vulnerabilidade cognitiva das crianças e insere como princípio específico da comunicação mercadológica dirigida às crianças o cuidado com o aspecto psicológico e sua capacidade de discernimento.

No que tange ao aspecto abusivo da comunicação mercadológica dirigida às crianças, o Conar insere a questão de não estimular comportamentos socialmente condenáveis, sem, contudo, especificar como seria este tipo de comportamento. O caráter geral desta recomendação não é suficiente para prevenir os excessos e abusos que a comunicação mercadológica dirigida às crianças possa cometer. Mesmo porque o Conar diz apenas que as empresas devem se abster, evitar tal prática, mas não de que ela deva ser efetivamente banida.

O que não pode ser praticado pela comunicação mercadológica dirigida às crianças é a manipulação destes valores morais que possam levar a comportamentos socialmente reprováveis.

Yves de La Taille, em seu parecer ao Conselho Federal de Psicologia, expõe: “O problema moral ocorre quando o beneficiário da manipulação é o manipulador, e não a pessoa manipulada”.²⁰³

O terceiro item²⁰⁴ do artigo 37 do Conar condena a prática de merchandising que empregue crianças e todos os elementos do mundo infantil no intuito de captar a atenção da criança para determinado produto.

- dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

- obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;

-abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

²⁰³ TAILLE, Yves de la, op. cit., p. 11.

²⁰⁴ III - Este Código condena a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artificios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado.

Segundo Rizzartto Nunes: “O merchandising é a técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes”.²⁰⁵

A preocupação é saber se o merchandising é uma forma legal de comunicação mercadológica ou não. E mesmo verificar se a prática levou o consumidor a consumir pelo fato de ter sido exposto a ela, como atesta Rizzartto Nunes:

Contudo, há ainda um outro problema: é muito difícil descobrir se o consumidor está mesmo sendo levado a consumir por força do merchandising, uma vez que os filmes, os programas e as novelas que refletem o cotidiano do consumidor sempre passam informações sobre comportamentos que podem ou não servir de inspiração ao espectador-consumidor.²⁰⁶

O art. 36²⁰⁷ do CDC reza que a comunicação mercadológica deve ser clara ao consumidor, que deve ser capaz, de forma simples e clara, de identificar se tratar de uma comunicação que foi inserida no contexto de uma determinada programação ou filme. Se o consumidor não conseguir fazer esta distinção e acreditar que a peça publicitária faz parte do universo ao qual ele emprega sua atenção, então esta forma é ilícita.

Não se trata de utilizar ou não crianças em comunicação mercadológica no formato merchandising, mas se a comunicação pode ser entendida e percebida pela criança como tal.

É de se notar que a prática de merchandising em programas destinados às crianças caracteriza-se por abusividade, pois se aproveita da vulnerabilidade do público infantil para distinguir o que é ou não no contexto do merchandising.

Analisando o item IV²⁰⁸, tem-se a impressão de que ele é uma espécie de extensão do item III, pois procura recomendar que a comunicação mercadológica não deve ser inserida na programação, mas nos intervalos e espaços comerciais.

Nessa seara vale a pena lembrar os artigos 71²⁰⁹ e 76²¹⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente, que versam sobre a condição peculiar da criança e as limitações às publicações

²⁰⁵ NUNES, Rizzartto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 431.

²⁰⁶ NUNES, Rizzartto, op. cit., p. 434.

²⁰⁷ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

²⁰⁸ IV - Nos conteúdos segmentados, criados, produzidos ou programados especificamente para o público infantil, qualquer que seja o veículo utilizado, a publicidade de produtos e serviços destinados exclusivamente a esse público estará restrita aos intervalos e espaços comerciais.

²⁰⁹ Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

– entenda-se aqui comunicação mercadológica – de cunho ético-sociais. Esses artigos não permitem que sejam inseridos elementos em programação que possam confundir ou chamar atenção de forma indevida para a CM de produtos ou serviços destinados às crianças.

Por fim, o item V²¹¹ faz um fechamento sobre a questão do merchandising orientando as empresas que este seja praticado com o fim de atingir somente o público adulto, que não deve ter como objetivo o consumo dos produtos e serviços por crianças e que os meios para produzir as peças publicitárias não podem chamar atenção das crianças.

Na sequência, o artigo 37 apresenta dois parágrafos²¹² recomendando que não se faça uso de crianças em peças publicitárias que as apresentem em situações que sejam incompatíveis com sua condição, como, de bebidas alcólicas e cigarros. E de forma interessante, no parágrafo segundo, que todo planejamento, entenda-se a estratégia, de marketing deve levar em conta o que já foi visto no item II, que esta comunicação mercadológica deve levar em conta que este tipo de comunicação comercial prende a atenção das crianças, e que por isso deve adotar restrições técnicas e eticamente recomendáveis e no caso de necessidade de uma interpretação quanto ao conflito de restrições na elaboração da peça publicitária, deve-se adotar a norma mais restritiva, dentre aquelas descritas pelo Conar.

O Conar cita a questão da restrição, mas não no sentido de barrar a prática publicitária dirigida às crianças, mas no intuito de fazer vingar as suas próprias recomendações, que são subjetivas e não coíbem o abuso desta prática. Se assim fosse não haveria tantas peças publicitárias que dialogam francamente com crianças e despertam nelas o desejo por obter determinados produtos ou serviços, técnica muito empregada na divulgação de produtos alimentícios.

²¹⁰ Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infantojuvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

²¹¹ V – Para a avaliação da conformidade das ações de merchandising ou publicidade indireta contratada ao disposto nesta Seção, levar-se-á em consideração que:

- o público-alvo a que elas são dirigidas seja adulto;
- o produto ou serviço não seja anunciado objetivando seu consumo por crianças;
- a linguagem, imagens, sons e outros artifícios nelas presentes sejam destituídos da finalidade de despertar a curiosidade ou a atenção das crianças.

²¹² § 1º Crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição, tais como armas de fogo, bebidas alcólicas, cigarros, fogos de artifício e loterias, e todos os demais igualmente afetados por restrição legal.

§ 2º O planejamento de mídia dos anúncios de produtos de que trata o inciso II levará em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação mais restritiva para todas as normas aqui dispostas.

O Conar tem o mérito de buscar fazer as regras de autorregulamentação, mas, no que tange à fiscalização e aderência por parte das empresas em seguir estas recomendações, falha. Por isso a Resolução 163 do Conanda trouxe desconforto ao setor publicitário, porque procura fazer este balizamento e eliminar o aspecto subjetivo da abusividade na comunicação mercadológica.

4.2 A Resolução 163 do Conanda

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) foi criado pela Lei 8.242/91. Segundo esta lei o Conanda é subordinado diretamente à Presidência da República, integrando o seu conjunto de atribuições.

Dentre as atribuições do Conanda descritas no art. 2º da Lei 8.242/91 interessa aqui o item I²¹³. Este poder de elaborar normas não se refere a normas jurídicas propriamente ditas, o que tem levantado polêmicas sobre o alcance de atuação e responsabilidade do Conanda no que tange a deliberar sobre uma suposta limitação de comunicação mercadológica dirigida à criança.

Há vozes que clamam a inconstitucionalidade²¹⁴ da Resolução 163, alegando que a entidade não teria a competência para deliberar sobre o tema.

No dever de chamar à discussão todos os setores da sociedade para o entendimento acerca da abusividade da comunicação mercadológica francamente direcionadas às crianças, o Conanda resolveu, de forma não vinculante, apenas três artigos sobre o assunto.

4.2.1 Art. 1º

²¹³ I - elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

²¹⁴ Não é o escopo deste trabalho fazer a verificação da inconstitucionalidade da Resolução 163 do Conanda. Para esta análise ver parecer de Bruno Miragem: A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Digital-ALANA-PARECER-A-Constitucionalidade-da-Resolu%C3%A7%C3%A3o-163-do-Conselho-Nacional-dos-Direitos-da-Crian%C3%A7a-e-do-Adolescente.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2014. O contraponto é feito por estudo da empresa Maurício de Sousa Produções: Impactos Econômicos da aplicação da resolução 163 do Conanda. Disponível em: <http://www.palavraaberta.org.br/docs/Estudo-GO-Associados-MSP-10-12-14.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2014.

O artigo primeiro²¹⁵ da resolução procura dar justificativa para as normativas que virão a seguir. Como foi dito antes, o Conanda deve ser balizado pelo campo de atuação dos artigos 87²¹⁶ e 88²¹⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Tendo em vista estes dois balizadores estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), parece legítimo que o Conanda não delibere, mas que trace as políticas sociais básicas para um pleno desenvolvimento da criança.

Ensina Gustavo Tepedino sobre este tipo de tutela da criança:

[...] deve permitir, no curso do processo educacional, que o menor de idade cresça de forma biopsiquicamente saudável, de modo a superar sua própria vulnerabilidade, informar-se e formar-se como pessoa responsabilmente livre, exercendo, efetivamente, a sua autonomia de maneira mais ampla possível.²¹⁸

Verifica-se que este desenvolvimento “biopsiquicamente saudável” permeia a garantia aos direitos fundamentais.

Evidente é que as propagandas governamentais sobre saúde e educação de crianças não têm a abrangência da resolução, justamente por seu caráter lúdico e informacional e não pretender obter lucro, por exemplo, com uma campanha de vacinação ou contra a exploração sexual de crianças. Então, as limitações a que se presta a resolução são exclusivamente as de caráter comercial, com o intuito de obtenção de lucro com venda de serviços ou produtos dialogando abertamente com crianças.

O suposto cerceamento da liberdade de expressão que a resolução vem trazer a lume é desprovido de fundamento, pois a questão aqui não é proibir a divulgação de produtos ou

²¹⁵ Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, em conformidade com a política nacional de atendimento da criança e do adolescente prevista nos arts. 86 e 87, incisos I, III, V, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

§ 1º Por 'comunicação mercadológica' entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.

§ 2º A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas.

²¹⁶ Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

I - políticas sociais básicas;

III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, **exploração, abuso**, crueldade e opressão (grifo nosso).

V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

²¹⁷ Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

VII - mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.

²¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. et al. (Org.). **Direito de Família no Novo Milênio**. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 417.

serviços que possam ser consumidos por crianças, mas tão somente o de definir e coibir abusos por parte das operadoras no exercício do seu direito de fazer comunicação mercadológica de seus produtos ou serviços.²¹⁹

A seguir, a análise do artigo segundo, que versa justamente sobre esta questão da abusividade da comunicação mercadológica dirigida à criança.

4.2.2 Art. 2º

O artigo segundo²²⁰ categoriza como abusiva toda e qualquer comunicação mercadológica dirigida às crianças. O que ganha destaque neste caput é que ele não proíbe, como pensam alguns, e nem limita, como querem outros, ele apenas categoriza a comunicação mercadológica como abusiva e para que isso se concretize duas premissas precisam ser verdadeiras: que seja destinada às crianças e que tenha a intenção de persuadir a criança ao consumo.

Qual o significado do termo persuasão? Pode ser gerar um benefício a quem é persuadido, por exemplo, fazer uma boa escolha profissional. Ou então o ato de persuadir pode gerar um benefício, não para o persuadido, mas para quem persuadiu, e neste caso poder-se-ia verificar quais os mecanismos que foram utilizados para ato, se caracteriza um abuso por parte de quem persuadiu para auferir benefícios próprios, lucro, se aproveitando da vulnerabilidade da criança.

A persuasão de crianças para o consumo com base na comunicação mercadológica a elas direcionada é um ato abusivo, e desproporcional, tendo em vista a vulnerabilidade cognitiva da criança ante a este tipo de estímulo ao consumo.

²¹⁹ Ver item 3.1 neste trabalho.

²²⁰ Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

- I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III - representação de criança;
- IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação;
- VII - bonecos ou similares;
- VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
- IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

O Conselho Federal de Psicologia, em manifesto redigido por Yves de La Taille, faz uma exposição muito clara com relação a esta desproporção, destacando a autonomia intelectual da criança.

As autonomias intelectual e moral são construídas paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, tanto do ponto de vista cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade.²²¹

Para caracterizar esta abusividade, dada a desproporcionalidade entre o entendimento das crianças e a força de persuasão das agências de comunicação mercadológica, o artigo segundo elenca as ferramentas utilizadas pela comunicação mercadológica, que caracterizam, objetivamente, o abuso da comunicação mercadológica²²². Isto retira do art. 37 do CDC a falta de parâmetros para determinar o abuso, completando-o.

Todos esses nove itens, se utilizados em comunicação mercadológica dirigida às crianças com o intuito de fazer com que ela seja convencida a comprar, ou melhor dizendo, despertar-lhe o desejo de obter determinados produtos ou serviços, fica caracterizada a abusividade.

Não há qualquer violação do direito de comunicação mercadológica, muito menos uma proibição de se dirigir a este público, o que se coloca é balizar a forma como isso é feito. Se ocorre de forma desproporcional, que não se equaliza com as capacidades cognitivas das crianças e faça uso das ferramentas listadas, fica caracterizado o abuso de tal forma que se torna um ato ilícito.

Por derradeiro, o artigo define três parágrafos²²³ que delimitam o alcance e limitam a abusividade.

²²¹ TAILLE, Yves de la, op. cit., p. 13.

²²² I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;

II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;

III - representação de criança;

IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;

V - personagens ou apresentadores infantis;

VI - desenho animado ou de animação;

VII - bonecos ou similares;

VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e

IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

²²³ § 1º O disposto no caput se aplica à publicidade e à comunicação mercadológica realizada, dentre outros meios e lugares, em eventos, espaços públicos, páginas de internet, canais televisivos, em qualquer horário, por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto.

§ 2º Considera-se abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de creches e das instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos.

O parágrafo primeiro delibera sobre a questão dos meios da comunicação mercadológica dirigida às crianças. Isso se faz necessário para não dar margem a dúvidas quanto ao alcance da abusividade, ou seja, que ela não se limita tão somente aos chamados espaços midiáticos tradicionais, como a televisão, mas abrange outros locais de convivência e socialização de crianças e adolescentes. Praticar, nestes locais, com base nas ferramentas elencadas anteriormente, comunicação mercadológica visando crianças fica caracterizada a abusividade.

O segundo parágrafo parece tangenciar uma questão moral difícil de ser alcançada, que tem perdido sua referência: as creches e as instituições escolares. Antes, centros onde se esperava que as crianças tivessem acesso somente ao conteúdo necessário para sua formação enquanto cidadãos, hoje nestas instituições elas são alvo constante da comunicação mercadológica e bombardeadas com visões de mundo e valores que nem sempre correspondem com os anseios dos pais ou de uma sociedade mais justa. Não bastasse esta preocupação, no intuito de conseguir penetrar este nicho de mercado, as empresas se travestem de “amigas da natureza”, de “produtos sustentáveis” para poderem ter acesso às crianças.

O parágrafo segundo deste artigo reitera a proteção das crianças dentro destas instituições, formalizando as regras da abusividade da comunicação mercadológica e da persuasão de crianças e adolescentes dentro das instituições de ensino.

O parágrafo terceiro traz a lume a explicação de que tudo que for para informar, para educar, para trazer acréscimos culturais, que não tenha como fim a venda ou a influência de alguma marca de produto ou serviço, não se caracteriza como um abuso. É uma comunicação mercadológica e pode usar das ferramentas já descritas, mas não tem a intenção de persuadir a criança a desejar determinado produto ou serviço, ou se o faz não visa, neste sentido, auferir benefício próprio, mas tão somente para a criança.

Nessa seara não é possível desviar das questões psicológicas que norteiam o tema e fornecem subsídios científicos para atestar a vulnerabilidade de crianças e adolescentes ante a comunicação mercadológica, dando a possibilidade de se obter elementos fáticos que possam,

§ 3º As disposições neste artigo não se aplicam às campanhas de utilidade pública que não configurem estratégia publicitária referente a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social.

objetivamente, caracterizar a ilicitude desta prática. A opinião de Yves de La Taille é patente neste sentido:

Como as propagandas para o público infantil costumam ser veiculadas pela mídia, e a mídia costuma ser vista como instituição de prestígio, é certo que seu poder de influência pode ser grande sobre as crianças. Logo, existe a tendência de a criança julgar que aquilo que mostram é realmente como é, e que aquilo que dizem ser sensacional, necessário, de valor, realmente possui estas qualidades.²²⁴

Feita essa análise, segue agora a avaliação do artigo terceiro da Resolução 163 do Conanda.

4.2.3 Art. 3º

O artigo terceiro²²⁵ irá recorrer às normas já postas para legitimar o que fora resolvido pelos artigos anteriores.

O que reza este artigo é o reforço do princípio da proteção integral que deve promover a tutela do superior interesse das crianças. Uma dessas premissas, às vezes negligenciada, é a proteção contra a exploração econômica, não da criança que trabalha em comunicação mercadológica, que também poderia ser, entretanto isso foge ao escopo deste trabalho, mas de explorar sua vulnerabilidade para fins de consumo.

Nesse sentido Isabella Henriques corrobora esta visão quando afirma:

²²⁴ TAILLE, Yves de la, op. cit., p. 13-14.

²²⁵ Art. 3º São princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes:

I - respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais;
 II - atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente e sua condição de pessoa em desenvolvimento;
 III - não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior;
 IV - não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;
 V - não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço;
 VI - não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades ilegais.
 VII - não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;
 VIII - a qualquer forma de degradação do meio ambiente; e
 IX - primar por uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina;

Não é demais reafirmar que, com a garantia da proteção integral e da primazia do melhor interesse da criança, espera-se proporcionar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, um desenvolvimento saudável e feliz, livre de violências e opressões – aí incluídas as diversas formas de exploração econômica – consoante preconiza o texto constitucional e o Estatuto.²²⁶

Levando-se em consideração o âmbito social deste artigo, percebe-se a intenção de garantir direitos fundamentais já positivados em vários ordenamentos que podem ter uma real possibilidade de não serem violados quando se faz a comunicação mercadológica de produtos ou serviços destinados às crianças.

Não é uma questão inconstitucional ou uma tentativa de cercear o direito de se expressar livremente e muito menos de limitar a comunicação mercadológica dirigida às crianças. Simplesmente define os parâmetros, antes não claros, do que pode ou não fazer para que não seja caracterizada a abusividade. Trata-se sim da forma como a comunicação mercadológica vem sendo realizada.

No bojo da função social dos contratos, que dá a chance de equilíbrio nas relações privadas, a resolução traz a lume a função social da comunicação mercadológica no intuito de garantir que o empresariado possa apresentar seus produtos às crianças, sem, contudo, tornar a vulnerabilidade delas fator de geração de receita pura e simplesmente. Está aí caracterizada a desigualdade. A luta é totalmente desproporcional neste sentido. “Daí porque toda e qualquer comunicação mercadológica que seja direcionada diretamente ao público infantil estará sempre se aproveitando da sua deficiência de julgamento e experiência e, será sempre carregada de abusividade e ilegalidade”.²²⁷

Neste ponto pode-se encontrar um ponto de inflexão. O que propõe Isabella Henriques é que seja qual for, desde que direcionada à criança, a comunicação mercadológica, em si, é abusiva e ilegal. Restou claro ao longo da análise da Resolução 163 não ser totalmente verídica esta afirmação.

Há possibilidade, do ponto de vista comercial, de apresentar produtos ou serviços às crianças sem necessariamente fazer com que elas sejam persuadidas a desejar determinado produto ou serviço. Uma das saídas é fazer com que a comunicação publicitária não faça uso das ferramentas descritas no artigo segundo da resolução. A outra é apresentar os produtos ou

²²⁶ HENRIQUES, Isabella, op. cit., p. 117.

²²⁷ HENRIQUES, Isabella, op. cit., p. 120.

serviços aos pais ou com os pais para que se possa ponderar sobre eles. Este é o marketing 3.0 proposto por Kotler²²⁸.

4.3 Sobre o Projeto de Lei 5.921/2001

O Projeto de Lei 5.921²²⁹, de 2001, foi apresentado originalmente pelo deputado federal Luiz Carlos Hauly e tinha a finalidade de alterar o artigo 37 do CDC acrescentando um parágrafo com os seguintes dizeres: “§ 2ºA. É também proibida a comunicação mercadológica destinada a promover a venda de produtos infantis assim considerados aqueles destinados apenas à criança”.

A proposta original não trata, estende, ou ainda define o que vem a ser uma comunicação mercadológica abusiva, mas tão somente procura restringir, por meio de uma proibição explícita, a venda de produtos infantis, sendo aqueles destinados apenas ao público infantil.

É evidente que este acréscimo não traz grandes contribuições, apenas causa mais confusão acerca da abusividade da comunicação mercadológica destinada à criança.

O primeiro ponto de crítica é com relação à proibição. Esta proposta veda explicitamente a comunicação mercadológica de produtos e serviços destinados ao público infantil, sem se preocupar com a questão constitucional que versa sobre a liberdade de expressão. O fato de proibir irrestritamente e não apenas limitar, não apontando os parâmetros desta limitação dá margem à discussão.

Se a proibição é irrestrita para produtos ou serviços para o público dito infantil, como os pais poderiam tomar conhecimento destes mesmos produtos ou serviços? Pois o produto ou serviço é destinado ao público infantil, mas nem por isso a sua veiculação é destinada a este público. Por exemplo, as campanhas poderiam ser destinadas aos pais, mas, pelo projeto, nem isso poderia acontecer, o que também é uma violação do art. 170 da CF/88, que versa sobre a livre iniciativa e garante o desenvolvimento econômico dos empreendedores.

²²⁸ Vide nota 148 neste trabalho.

²²⁹ PL 5921/2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>. Acesso em: 10 mar. 2014.

O segundo ponto de discordância da proposta é com relação ao termo infantil. Já foi constatado que a correta definição do objeto de proteção é extremamente importante na elaboração de normas. O proponente, neste caso, não define quem é tutelado pelo termo infantil. Seriam somente as pessoas até três anos incompletos? Até seis anos incompletos? Ou até 15 anos incompletos? Isso faz toda diferença no que tange a uma campanha publicitária dirigida a estas diversas faixas etárias. Quais delas estariam tuteladas? Todas elas?

Já o proponente justifica sua iniciativa com base no art. 221²³⁰ da CF/88, que versa sobre a questão dos princípios que a programação de rádio e televisão deve manter, mas não sobre a qualidade e impactos desta programação.

A justificativa original tem por preocupação os programas infantis – lembrando que a proposta é de 2001 – que criam ídolos e mitos como fontes de consumo por parte de crianças.

O próprio CDC, na integralidade do art. 37, prevê a abusividade e enganiosidade da comunicação mercadológica, mesmo com caráter geral, principiológico.

Apesar da preocupação com o bem-estar das crianças no que tange à proteção contra a comunicação mercadológica abusiva a elas destinada, parece que a proposta de acrescentar, originalmente, mais um parágrafo ao art. 37 do CDC não traz uma efetiva e concreta contribuição à questão em pauta.

Entrementes, o debate prosseguiu na Câmara Federal e tomou outras proporções. Em 2013 o deputado Salvador Zimbaldi, como relator da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara Federal, emitiu relatório analisando o Projeto de Lei 5.921/2001 aprovando-o com a emenda nº 01/11.

Objetivando elucidar melhor a questão, será analisado artigo por artigo do projeto aprovado na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara Federal com a nova redação dada pela emenda nº 01/11.

²³⁰ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

4.3.1 Art. 1º

O artigo primeiro²³¹ limita o escopo da lei para que a comunicação mercadológica de produtos e serviços dirigida a crianças possa ser balizada de tal forma que produtos e serviços nocivos à saúde física e mental das crianças possam ser evitados. A questão aqui é saber o quanto isso pode ser plausível no âmbito do que já existe positivado no ordenamento brasileiro.

Comunicação mercadológica de produtos nocivos à saúde física e mental já está positivado, neste entendimento, no CDC, na seção I do capítulo IV, quando versa sobre a proteção à saúde e segurança dos consumidores. Não é pelo fato de não fazer menção às crianças que os fornecedores de bens ou serviços estão isentos de responsabilidades sobre estes mesmos bens e serviços.

Comunicações mercadológicas direcionadas à criança que coloquem em risco sua segurança, por exemplo, brinquedos fora dos padrões auditados pelo Inmetro, ou que faça mal a sua saúde, como bebida láctea contaminada com resíduos de formol durante o processo de fabricação – estão contempladas no CDC. A tentativa é tutelar os produtos ou serviços destinados exclusivamente ao público infantil, que por sua vez respondem positivamente aos requisitos de segurança e de proteção à saúde e mesmo assim causam algum tipo de constrangimento ou dano a ele, bem como a sua família. Se for este o motivo, o escopo da lei deveria ser outro, que não a proteção fática que já é tutelada pelo CDC. O ponto positivo neste artigo é seu parágrafo único, que faz a definição, alinhada com o ECA, dos limites de idade para especificar a pessoa definida como criança.

4.3.2 Art. 2º

²³¹ Art. 1º Esta lei dispõe sobre a publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças e adolescentes, sobre a publicidade dirigida a crianças e adolescentes, e dá outras providências.

Parágrafo único: Considera-se para os efeitos desta lei, os limites de idade estipulados no art. 2º da Lei no 8.069, de 13 de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências e o disposto sobre publicidade no art. 36 e art. 37 da Lei nº 8.078 de 1990, que dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor.

O artigo segundo²³² constitui-se em um avanço. Formalizar que a criança é uma personalidade vulnerável ante a comunicação mercadológica garante que os conceitos e técnicas utilizados nos meios de difusão de produtos ou serviços levem em consideração a sensibilidade destas pessoas nesta situação. Atentar para o fato de que estas pessoas são vulneráveis muda o foco sobre a ideia de potenciais consumidores de bens ou serviços. É evidente a importância desta definição no bojo da proteção da criança sobre a sedução consumerista na qual a única alçada de direitos é o patrimonial na garantia do lucro.

4.3.3 Art. 3º

O terceiro artigo²³³ notadamente possui exageros. Sobre a prática de oferta de serviços ou produtos de cunho ou apelo sexual especificamente destinado à criança, como descreve os itens II e III, parece uma preocupação desnecessária. Mesmo a mais atroz agência de comunicação mercadológica, empresa do ramo de produtos ou serviços de cunho sexual (*sexy shop*, por exemplo) ou marca de produtos eróticos, não gostariam de ver sua imagem associada à criança. Seria péssimo para os negócios. Mesmo porque este tipo de tutela já está adequada no artigo 241-D²³⁴ do ECA.

Como se depreende do seu conteúdo, o artigo supracitado contempla plenamente o ato de comunicação mercadológica de cunho sexual, destinado às crianças, como ato ilícito. O

²³² Art. 2º Crianças e adolescentes ficam reconhecidos como hipervulneráveis frente à publicidade.

²³³ Art. 3º Considera-se, para os fins desta lei, publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças e ou adolescentes, aquela que anuncie algum dos seguintes itens:

I – tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos, terapias, emagrecedores e produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida;

II – produtos, práticas e serviços de natureza sexual ou com forte apelo à sensualidade;

III – produtos, práticas ou serviços de relacionamento, em especial os de natureza sexual;

IV – serviços financeiros;

V – serviços de aposta, incluindo as loterias oficiais;

VI – fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;

VII – armas de fogo e munições;

VIII – alimentos com quantidade elevada de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans ou de sódio e bebidas com baixo teor nutricional;

IX – qualquer outro produto, prática ou serviço cujo consumo por crianças ou adolescentes seja proibido ou não recomendável;

Parágrafo único: Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a meio grau.

²³⁴ Art. 241. D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

II – praticar as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

mesmo raciocínio é válido para os itens IV, V, VI e VII e IX deste artigo. O ECA consegue tutelar bem estas questões.

Contra o argumento de que o ECA fala em proibição de venda de armas, de fogos de artifício, de bilhetes de loteria e não de veiculação de comunicação mercadológica sobre estes itens para o público infantil, são elencadas duas refutações.

A primeira diz respeito ao fato de as empresas que produzem e vendem estes produtos ou serviços não pretenderem ter sua imagem associada às crianças. Segundo, o intérprete da lei deve estar absolutamente convicto de que o ato da venda traz em si o ato da comunicação mercadológica, tendo em vista que sem tomar o devido conhecimento da oferta por meio deste tipo de comunicação não há como se adquirir ou consumir bem ou serviço do qual não se tenha ciência de sua existência.

O item VIII versa sobre alimentos. Restringir a comunicação mercadológica de alimentos que não tragam qualquer ganho à saúde das crianças não é questão simples. Existem duas vertentes: a limitação deve ser sobre o alimento, ou seja, proibir sua circulação; ou somente sobre a comunicação mercadológica. Se for somente sobre sua comunicação, ela deve ser limitada somente às crianças.

O item é bem específico quando classifica os alimentos “com quantidade elevada de açúcar”. Quem define este parâmetro? Por exemplo, 125g de açúcar em 1000 ml de suco pode ser uma quantidade elevada, mas se a indústria, para se adequar à lei, passar a inserir 120g? Parece que o problema com o excesso de açúcar não se resolve, pois qual o limiar a ser estabelecido? Não apresentar para as crianças sucos com elevada quantidade de açúcar é uma coisa, continuar a apresentá-lo aos adultos é outra, ou seja, o problema continua.

4.3.4 Art. 4º

O quarto artigo²³⁵ alarga do alcance do artigo 39 do CDC, que trata das práticas abusivas. A inovação aqui é o artigo tratar especificamente da veiculação de comunicação

²³⁵ Art. 4º Considera-se, para os fins desta lei, abusiva a publicidade dirigida a crianças e adolescentes que contenha ao menos um dos seguintes elementos:

I – anúncio de produto, prática ou serviço sabidamente destinado ao consumo por crianças e/ou adolescentes, ou que tenha algum desses grupos como seu maior público consumidor;
II – linguagem infantil;

mercadológica destinada à criança, ditando as regras para se caracterizar tal prática. O que o artigo faz é cercear a veiculação de produtos ou serviços direcionados à criança e adolescente que apresente elementos fáticos para sua objetivação. O que o artigo não proíbe é a veiculação de produtos ou serviços destinados à criança.

Um exemplo dessa plausibilidade é a forma como a empresa americana Fisher-Price vem desenvolvendo campanha publicitária de seus produtos (não toda linha) sem fazer uso de subterfúgios tecnológicos e/ou linguísticos para despertar nas crianças a ilusão de uma necessidade ou de que o produto possua determinados atributos. A referida empresa apresenta seus produtos através apenas de visualização e de sua utilização pelos pais e pelas crianças, não fazendo uso de nenhum dos elementos listados no art. 4º deste projeto.

4.3.5 Art. 5º

Blindar a comunicação mercadológica do produto ou serviço com alertas de nocividade e periculosidade quando este entra em circulação, é a proposta do quinto artigo²³⁶. Se o produto, por exemplo, um detergente para limpeza, for difundido através da comunicação mercadológica, ele não poderá usar em seu meio de divulgação qualquer referência às crianças. Não poderá fazer uso de crianças em sua mídia, etc., que é basicamente o que já vem elencado no art. 4º.

O produto também não poderá ser divulgado em meios midiáticos aos quais as crianças tenham acesso, como o site da *Discovery Kids*. Por fim o produto deverá vir “marcado” como nocivo à saúde física e mental das crianças.

III – personalidades, personagens ou qualquer outro elemento reconhecível como pertencente ao universo de produtos culturais destinados a crianças e adolescentes;

IV – desenho animado ou de animação;

V – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis com apelo ao público infantil;

VI – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil;

VII – trilhas sonoras compostas por música infantil ou cantada por vozes de crianças;

VIII – utilização de personagem, real ou animado, reconhecível como criança.

²³⁶ Art. 5º A publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças ou adolescentes, assim definida no art. 3º desta lei, deve atender aos seguintes requisitos:

I – não conter qualquer dos elementos presentes em publicidade destinada a crianças e adolescentes, em especial aqueles elencados no art. 4º desta lei;

II – não ser veiculada em publicações, programas, sítios na internet ou qualquer outro produto midiático que seja destinado a crianças e adolescentes;

III - conter cláusula de advertência, facilmente identificável, informando que o consumo do produto, prática ou serviço anunciado pode ser nocivo à saúde física e mental de crianças e adolescentes.

No exemplo do detergente de limpeza, não é possível admitir que seu consumo ou uso inadequado seja prejudicial somente às crianças. Os adultos igualmente podem ser afetados por sua nocividade. Mas o mesmo ocorre com o refrigerante? Deve este produto ser “enquadrado” como nocivo?

4.3.6 Art. 6º

Com relação a esse ponto o art. 6º²³⁷ é bem incisivo ao garantir que o projeto não veio para proibir a comunicação mercadológica de produtos ou serviços destinados às crianças. Na verdade todo o projeto, em sua forma atual, visa regular diretamente este instituto.

O fato de limitar a comunicação mercadológica de produto ou serviço destinado às crianças não o impede de ser fabricado e consumido. Sua divulgação pode não ser destinada às crianças, mas aos pais. Estes, por sua vez, entendem que o produto ou serviço pode ou não ser consumido por seus filhos.

Nesse caso, a proibição da propaganda muda o foco de quem toma a decisão de consumo. No caso da limitação, os produtos ou serviços podem ser apresentados às crianças, porém seguindo determinadas regras, e no mesmo sentido muda o polo de decisão de consumo, que agora passa a ser das crianças. Não que elas tenham poder de consumo, o que implicaria capacidade financeira para adquirir produtos e serviços, mas podem influenciar nesta tomada de decisão.

Outro ponto importante, e falho, neste projeto é tratar de produtos ou serviços destinados diretamente às crianças, mas não versar sobre a utilização de recursos “infantis” em produtos que não sejam a elas direcionados. Uma ilustração disso é a crescente veiculação de comunicação mercadológica de veículos automotores – que são claramente produtos destinados ao público adulto, ou seja, fogem às restrições deste projeto – na qual se utilizam elementos de fantasia e crianças (como foco principal), ou seja, o produto é destinado ao público adulto, mas dialoga diretamente com o público infantil.

²³⁷ Art. 6º A publicidade dirigida a crianças e adolescentes, assim definida no art. 4º desta lei, deve atender aos seguintes requisitos: o interesse social, as instituições e símbolos nacionais e o núcleo familiar.

Sabe-se que as crianças têm poder de influenciar na decisão de consumo de seus pais, e por isso a comunicação mercadológica tem utilizado elementos infantis para poder, através delas, atingir seus pais.

Se a comunicação mercadológica destinada à criança é permitida, então ela precisa, necessariamente, atentar para o fato de que ela possui características cognitivas diferentes e em diferentes estágios de desenvolvimento. Prestar atenção a estas características psicológicas é de extrema importância no desenvolvimento de uma comunicação mercadológica direcionada às crianças, fato que geralmente é negligenciado pelas empresas.

O “sentimento de lealdade” da criança deve ser associado ao princípio da boa-fé e ética empresarial. Geralmente não se presta atenção a ele quando da veiculação publicitária de produtos ou serviços a ela destinados. Pelo contrário, procura-se explorar justamente esta vulnerabilidade, esta parca capacidade de discernir entre o real e a ficção, entre o necessário e o supérfluo.

O quarto item²³⁸ se constitui em um princípio. O princípio da boa-fé se manifesta aqui de forma peculiar. Primar por uma apresentação verdadeira do produto, sem utilizar recursos que deem a impressão de que ele faz mais do que efetivamente faz, é um teste de boa-fé e ética empresarial.

Mais uma vez não se trata aqui de proibir a veiculação de produtos ou serviços, mas de ser leal, possuir ética e boa-fé para com o público para o qual se pretende apresentá-los.

O item VI²³⁹ tem caráter de bem social e desta forma é um princípio. Alinhado com o art. 227 da CF/88, no que diz respeito a assegurar uma convivência familiar e comunitária livre de discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ou seja, a comunicação mercadológica, além de motivar o consumo de seus bens ou serviços, deve primar e fomentar este princípio constitucional, deve incutir na criança não somente o desejo de adquirir o produto ou serviço, mas criar condições para que ela possa se desenvolver plenamente em seu ambiente familiar e comunitário. Destarte, observa-se na veiculação de comunicação

²³⁸ IV – primar por uma apresentação verdadeira do produto, prática ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, sem o emprego de recursos que exagerem suas reais características, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina.

²³⁹ VI – contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam crianças e adolescentes.

mercadológica destinada às crianças puramente o desejo de consumo em alto grau de competitividade que ultrapassa os limites do bom senso e de integração ao meio social.

Esse tipo de comunicação mercadológica, apesar de não ser este seu objetivo, pois no fim tudo se resume a lucro, acaba por utilizar essas práticas para criar no imaginário infantil o conceito ou critérios de aceitação no meio familiar ou comunitário, o que caracteriza um abuso do direito de divulgar seus produtos ou serviços.

A descrição do item VII²⁴⁰ do art. 6º deste projeto apresenta uma limitação interessante, a qual faz com que a divulgação do produto ou serviço tenha tão somente o intuito e o dever de promover a existência deste bem ou serviço e não provocar, instigar na criança a necessidade que ela, na grande maioria das vezes, não tem.

Criar comunicação mercadológica com o intuito de constranger os pais a terem que adquirir tal produto ou serviço é plenamente abusivo e precisa ser limitado. No que tange à condução de posições socialmente inferiores ou condenáveis, a redação deste item foi bem feliz.

Com base em trabalhos de Baudrillard²⁴¹ e Bauman²⁴² observa-se que a sociedade, quando volta seus interesses apenas para o consumo desenfreado provocado por necessidades de aceitação social, não contempla o princípio da dignidade da pessoa humana.

Fazer uso da imagem positiva que as crianças têm de seus pais e professores para que estas associem esta confiança à busca do produto ou serviço, viola o princípio da boa-fé e da confiança e lealdade. A veiculação de comunicação mercadológica que usa destes subterfúgios deve ser disciplinada e este item VIII²⁴³ faz isso.

O item IX²⁴⁴ apresenta outro preceito garantido constitucionalmente e também presente no CDC. O art. 227 da CF/88 versa sobre esta questão quando positiva que é dever do Estado e da família combater a discriminação. A sociedade de consumo acaba criando

²⁴⁰ VII – não permitir que a influência do anúncio leve a criança ou o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior ou condenável.

²⁴¹ BAUDRILLARD, Jean. **La société de consommation**. Paris: Gallimard, 1996.

²⁴² BAUMAN, Zygmunt, op. cit.

²⁴³ VIII – não explorar a confiança de crianças e adolescentes em seus pais, professores e outros líderes de opinião.

²⁴⁴ IX – não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade.

parâmetros que nem sempre são fáceis de acompanhar e geralmente causam mais desilusão do que satisfação.

Bauman coloca a questão nos seguintes termos:

O valor mais característico da sociedade de consumidores, na verdade seu valor supremo, em relação ao qual todos os outros são instados a justificar seu mérito, é uma vida feliz. A sociedade de consumidores talvez seja a única na história humana a prometer felicidade na *vida terrena, aqui e agora* e a cada “agora” sucessivo. Em suma uma felicidade instantânea e perpétua.²⁴⁵

A crítica de Bauman é no sentido de que o processo contínuo de consumo leva a um ciclo, que na verdade não traz felicidade. Para que o ciclo se mantenha perpétuo é necessária uma justificação para sua manutenção, que seria a busca da felicidade instantânea.

Não induzir esse sentimento de inferioridade é o mesmo que quebrar a falsa busca da felicidade instantânea, é retirar a criança do contexto puramente econômico e inseri-la numa conjuntura sólida, como a do convívio familiar, como preservação de seu direito fundamental.

Tem-se a impressão de que o item XI²⁴⁶ veda a possibilidade de se voltar a ter comunicação mercadológica que veicula brinquedos simulando armas de fogo ou armas brancas e que incentivem a prática de atos criminosos. Por exemplo, uma comunicação mercadológica, para ilustrar a rivalidade entre o bem e o mal, apresenta um assalto a banco. Hoje, efetivamente, não existe mais este tipo de comunicação utilizando armas de brinquedos ou simulando atos criminosos. Já para ofensa a usos e costumes da sociedade o item pode ter sua razão de ser. Hoje as empresas, dado o alto grau de competitividade, não têm a menor intenção de associar seus produtos ou serviços a ofensas regionais, pois isso seria prejudicial aos negócios.

O art. 37, § 2º, do CDC é enfático quanto à abusividade de comunicação mercadológica que incite à violência. Porém, o item XIII²⁴⁷ tem sutil importância, pois existem **vários níveis de violência**²⁴⁸ que podem ser utilizados e este item estabelece que violência de qualquer espécie não é tolerada em comunicação mercadológica de produtos e serviços dirigida às crianças.

²⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 60.

²⁴⁶ XI – não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular, de qualquer forma, atividades criminosas, ilegais ou que ofendam aos usos e costumes da sociedade.

²⁴⁷ XIII – não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência.

²⁴⁸ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 1999.

Atualmente é prática publicitária comum a defesa do meio ambiente²⁴⁹, não porque haja uma efetiva e real preocupação com isso, pois as comunicações mercadológicas não são destinadas a este fim, porém porque, efetivamente, este aspecto ajuda na aceitação do produto ou serviço. A tutela do meio ambiente é garantida pela CF/88 nos artigos: 5º, LXXIII; 23, VI; 24, VIII; 129, III; 170, VI; 174, § 3º; 186, II; 200, VIII; 220, § 3º, II e 225, § 1º, IV, V, VI, § 2º, § 3º e § 4º. Uma real preocupação das empresas na defesa do meio ambiente estaria ligada a uma estratégia de marketing 3.0.²⁵⁰

Não desmerecer valores sociais e o respeito às pessoas é atitude que a comunicação mercadológica deve evitar a todo custo, para não cair na armadilha de ver sua marca associada à insatisfação por parte dos consumidores.

Quantidade não desconsiderável de comunicação mercadológica destinada à criança e adolescente prima por uma competitividade inócua e nada sadia para o desenvolvimento de um futuro cidadão em comunhão com a sociedade. Este tipo de comunicação pode vir a ferir conceitos sociais positivos como a amizade, honestidade, justiça, generosidade e respeito às pessoas, animais e meio ambiente.

O item XVII²⁵¹ do art. 6º deste projeto toca em um aspecto nevrálgico da comunicação mercadológica destinada às crianças, que ela pode se enquadrar nas regras estabelecidas pelos artigos 4º, 5º e 6º, todos com seus respectivos itens, mas não usar crianças para dialogar com crianças para vender produtos ou serviços.

Mais uma vez se lança mão do exemplo da empresa norte americana Fisher-Price, que veicula seus produtos (não toda linha) utilizando crianças, porém sem focalizar diretamente apelo ao consumo do produto e elas aparecem como meras coadjuvantes. A narração das características do produto é feita por um adulto. É o marketing 3.0 sendo aplicado.

O parágrafo primeiro²⁵² do art. 6º encerra conteúdo essencial. As empresas devem seguir regras específicas não só para apresentar seus produtos, mas também para os horários de veiculação deles.

²⁴⁹ XIV – não induzir, de forma alguma, a qualquer forma de degradação do meio ambiente.

²⁵⁰ Ver nota 148 neste trabalho.

²⁵¹ XVII – não empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo.

²⁵² §1º Em conteúdos audiovisuais ou de áudio, a exibição da publicidade prevista no caput será feita exclusivamente em intervalos comerciais, com clara indicação do início e do fim do intervalo, de forma a

Limitar a frequência com que a empresa pode divulgar seu produto ao público infantil tem uma razão prática: as crianças em desenvolvimento são condicionadas pela frequência com que determinado ato acontece para que depois elas possam reproduzi-los. É fácil notar que atualmente existem mais intervalos de comunicação mercadológica em tempo do que a programação normal. Nem sempre fica claro para a criança se a comunicação mercadológica é uma continuidade do programa ou se é uma interrupção dele. Então regrar esta frequência faz todo sentido.

Entretanto esse parágrafo não trata de frequência e sim de como a propaganda deve ser inserida nos intervalos comerciais, para que possa ser claramente identificada pela criança, seria preciso limitar sua frequência.

O parágrafo segundo²⁵³ trata da responsabilidade sobre a veiculação da comunicação mercadológica dirigida às crianças, que paira sobre o consumo exagerado ou compulsivo de produtos ou serviços destinados a este público. Como se trata de pessoas que geralmente têm pouco conhecimento das reais necessidades e relações sociais, seria plausível imaginar que a criança é condicionada a consumir produtos e serviços de forma exagerada ou “vazia”, o que traria um prejuízo físico e mental não somente a ela, mas a toda a sociedade, criando um possível adulto com problemas de superendividamento.²⁵⁴

Um bom exemplo é o consumo de refrigerante. Se a criança fizer uso deste tipo de bebida de forma totalmente desmesurada, ela certamente terá problemas de saúde, como o diabetes, por exemplo. Uma comunicação mercadológica que fomente o consumo exagerado deste produto certamente não está contribuindo com o bem comum e inalienável que é a saúde.

O parágrafo terceiro²⁵⁵ constitui-se em uma limitação, pois traz uma regra específica para brinquedos, mas não define o que possa ser brinquedo. Deixar de regular esta questão pode abrir espaço para abusos por parte dos fabricantes.

possibilitar à criança e ao adolescente uma fácil percepção da diferença entre os conteúdos midiáticos sem natureza publicitária e o intervalo comercial;

²⁵³ §2º Os anúncios previstos no caput devem retratar o consumo de produtos, práticas e serviços de maneira responsável e moderada, sendo vedado o encorajamento de condutas inadequadas, tais como o consumo exagerado ou compulsivo.

²⁵⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck, op. cit., p. 131-148.

²⁵⁵ § 3º Os anúncios de brinquedos deverão indicar claramente o tamanho real do produto anunciado: se acessórios adicionais são necessários para o seu funcionamento; se o produto é isolado ou parte de uma série colecionável e a qual faixa etária é recomendado.

O parágrafo quarto²⁵⁶ destaca o núcleo familiar na comunicação mercadológica, considerando a família como base da sociedade, o que já é ponto pacífico. Todavia, o § 3º²⁵⁷ do art. 226 da CF/88 já traz uma superada definição de família.

O IBDFAM tem o seguinte posicionamento com relação ao conceito de família:

O conceito de família é cada vez mais plural. Os arranjos familiares da sociedade moderna não mais decorrem apenas do matrimônio. A união estável, entre pessoas do mesmo sexo ou não, famílias monoparentais, adoções e a comprovação de paternidade via testes de DNA atestam que as mais diversas formas de relação familiar tornam a vinculação afetiva mais importante na abrangência e nas novas definições do conceito de família. No entanto, o atual sistema jurídico rege as questões familiares com base no Código Civil que data de 2002, e que foi concebido no final dos anos 1960. Com a tramitação e aprovação de centenas de leis sobre o tema, o mesmo se encontra defasado.²⁵⁸

Considerar como família somente a união estável, através do casamento, entre homem e mulher, é uma questão superada no STF, consignada na ADI 4277²⁵⁹.

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

²⁵⁶ § 4º A família é a base da sociedade e, quando exibida na propaganda comercial, institucional ou governamental, deverá observar a unidade familiar prevista no artigo 226, §3º da Constituição Federal.

²⁵⁷ § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁵⁸ Projeto de Estatuto das Famílias é apresentado no Senado. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto+de+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+%C3%A9+apresentado+no+Senado+>. Acesso em: 20 nov. 2014.

²⁵⁹ ADI 4277 / DF - DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2ENUME%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kd45u7r>. Acesso em: 29 ago. 2014.

Ocorre atualmente um debate no Legislativo federal com relação ao conceito de família²⁶⁰, então este parágrafo do projeto pode não mais corresponder ao novo entendimento que pode vir a delinear a estrutura do direito das famílias²⁶¹. Se o atual juízo do instituto família, por parte do STF, é amplo, o § 4º, apesar de salientar a importância do núcleo familiar, não poderia dar ênfase, no que tange à comunicação mercadológica dirigida às crianças, ao § 3º do art. 226 da CF/88, que apenas trata da facilidade de casamento para a união estável e sendo desta forma um núcleo familiar.

A família é um importante núcleo na formação da criança, independentemente da definição que venham a dar a este instituto milenar ou mesmo à sua forma de constituição.²⁶²

4.4.7 Art. 7º

Prática abusiva é diferente de comunicação mercadológica abusiva e ambas devem ser condenadas tanto para crianças como para adultos. O art. 39 do CDC elenca uma série de práticas consideradas abusivas nas relações de consumo. O art. 7º²⁶³ deste projeto aumenta o rol de práticas que igualmente devem ser consideradas abusivas.

²⁶⁰ São dois os projetos. O PLS 470/2013, da senadora Lídice da Mata, que trata do Estatuto das Famílias (no plural). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=140057&tp=1>. Acesso em: 20 nov. 2014. E o PL 6583/2013, de autoria do deputado Anderson Ferreira, que trata do Estatuto da Família (no singular). Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013. Acesso em: 20 nov. 2014.

²⁶¹ Ver LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

²⁶² GATO, Jorge. **Homoparentalidades**: Perspectivas Psicológicas. Coimbra: Editora Almedina, 2014.

²⁶³ Art. 7º São vedadas e consideradas abusivas, na publicidade dirigida a crianças e adolescentes, assim definida no art. 4º desta lei, as seguintes práticas:

- I – utilização de formato de merchandising, em especial em programas audiovisuais ou de áudio destinados a crianças e/ou a adolescentes;
- II – utilização de apelo imperativo de consumo, direta ou indiretamente;
- III – utilização de formato que procure gerar confusão entre publicidade e conteúdos midiáticos sem natureza publicitária;
- IV – utilização de técnicas na elaboração da peça publicitária que possam induzir o entendimento de que o produto ou serviço pode oferecer mais do que na realidade oferece;
- V – exibição, indicação ou sugestão de qualquer atitude que possa conduzir a criança ou o adolescente a uma situação de risco ou uso inadequado do produto ou serviço;
- VI – utilização de expressões “somente”, “apenas”, “precinho”, “preço baixo” ou outras da mesma natureza para qualificar o preço anunciado do produto, prática ou serviço.

O uso do merchandising²⁶⁴ em programas infantis é prática que deve ser abolida para que não crie na criança a falsa ideia de que determinado produto ou serviço é igualmente importante na vida real como na ficção em que ele foi inserido.

O apelo ao consumo desnecessário de bens ou serviços destinados às crianças é igualmente abusivo como prática consumerista. A criança não precisa ser instigada a adquirir o que, em muitos casos, é desnecessário para sua formação física e psíquica, trazendo apenas um apelo de aceitação social. Um exemplo fica patente na comunicação mercadológica inserida antes ou depois dos programas midiáticos, como “oferecimento de” ou “este programa é apresentado por”.²⁶⁵

Relativamente à questão do risco pode-se associar, também, a incitação à violência, pois não somente a apresentação de risco pode ser danosa, mas a linguagem violenta também pode caracterizar um prejuízo às crianças.

Por derradeiro, o uso das expressões “somente”, “precinho”, “ apenas”, “preço baixo” caracteriza-se obviamente como uma prática abusiva, pois incute na criança valor monetário do qual ela sequer tem uma clara noção. A generalidade dos termos citados acima cria a ideia de que o acesso a eles é fácil. Isso é abusivo.

4.4.8 Art. 8º

Comissionar à comunicação mercadológica abusiva dirigida às crianças um caráter de punição faz-se necessário e o artigo oitavo²⁶⁶ efetiva isso.

²⁶⁴ Ver nota 143 neste trabalho.

²⁶⁵ Quem aplica este tipo de técnica é a americana Fisher-Price no início do desenho infantil Thomas e seus Amigos. Como a empresa detém a licença de fabricação dos personagens, ela, antes do início da programação, alerta os espectadores de que aquele programa é oferecido a elas pela Fisher-Price. Se não se deixa claro que esta comunicação mercadológica nada tem a ver com a programação poder-se-ia configurar uma confusão entre o próprio programa midiático e a comunicação mercadológica dirigida às crianças.

²⁶⁶ Art. 8º As infrações das normas desta lei ficam sujeitas às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das demais de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas contidas na legislação em vigor, tais como as previstas nos artigos 61 a 80 da Lei nº 8.078, de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências:

I – advertência;

II - multa, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a serem aplicadas conforme a capacidade econômica do infrator;

III – imposição de contrapropaganda.

Somente se ater às normas de autorregulamentação do Conar ou contar com certo princípio ético e de responsabilidade social das empresas não tem gerado comunicações mercadológicas que sigam as recomendações do Conar.²⁶⁷

4.4.9 Art. 9º

Atribuir um caráter de fiscalização aos departamentos do Ministério da Justiça é uma excelente estratégia para verificação dos cumprimentos das normas estabelecidas neste projeto e esta é a proposta do artigo nono.²⁶⁸

Entende-se que os fiscais seriam as ONGs (como a Alana), pois estas entidades figuram como novos atores²⁶⁹ e, por não tenderem a posicionamentos que prejudiquem o social, servem de bandeiras que indicam as faltas cometidas pelas empresas prestadoras de serviços e produtos destinados às crianças. Outro fator que deveria ser levado em consideração é se estes departamentos dentro do Ministério da Justiça têm competência e pessoal necessário para fazer esta fiscalização. De nada adiantaria atribuir esta competência a estes departamentos se eles não possuírem a infraestrutura necessária para realizar, com satisfação, estas verificações.

4.4.10 Art. 10

§ 1º As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas gradativamente e, na reincidência, cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

§ 2º A multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

§ 3º A imposição de contrapropaganda será cominada sempre a expensas do infrator e divulgada no mesmo formato, na mesma frequência, na mesma dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, em forma capaz de desfazer o malefício da publicidade abusiva ou enganosa e divulgar campanhas de utilidade pública.

§ 4º São solidariamente responsáveis, independentemente de culpa, o fornecedor do produto ou serviço, a agência publicitária e a empresa responsável pela mídia utilizada para veiculação da publicidade.

²⁶⁷ Ver item 4.1 neste trabalho.

²⁶⁸ Art. 9º Será responsável pela fiscalização da efetivação do respeito as normas desta lei e aplicação das sanções previstas, o Ministério da Justiça do Governo Federal através do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e o Departamento de Classificação Indicativa, ambos integrantes do referido Ministério.

²⁶⁹ Ver nota 136 neste trabalho.

O art. 10²⁷⁰ configura-se como uma síntese da tutela das crianças contra as práticas abusivas e comunicação mercadológica dirigida a elas. Proteger a saúde física e mental das crianças é essencial. A comunicação mercadológica de produtos ou serviços destinados à criança não deve ferir estes preceitos no intuito de obter lucros. O lucro como uma categoria jurídica pertencente ao direito patrimonial não deve ficar em pé de igualdade com um direito fundamental, como é a saúde e a dignidade da pessoa humana.

De forma geral este projeto agrega muitos pontos positivos no âmbito da discussão de uma normatização sobre a comunicação mercadológica destinada às crianças e merece atenção das entidades que procuram fazer a proteção de crianças e adolescentes contra os abusos deste tipo de comunicação e de legisladores que se preocupam com uma sociedade mais humanizada e menos entorpecida pelos encantos do consumismo, na busca de uma felicidade instantânea.²⁷¹

²⁷⁰ Art. 10. Aplica-se à publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças e adolescentes, e à publicidade dirigida a crianças e adolescentes, sem prejuízo das determinações especiais contidas nesta lei e no que couber e todas as disposições da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁷¹ Ver nota 252 neste trabalho.

CONCLUSÕES

1. Historicamente os direitos fundamentais deixaram de ter cunho estritamente individualista e passaram a ter uma inserção maior no contexto social. Desde a Revolução Francesa verificamos que os direitos evoluem em sua positivação e tomam, cada vez mais, cunho social. Destarte, a eficácia destes direitos fundamentais é uma luta constante no cenário político. O Direito tem a finalidade, neste contexto, de fazer ao máximo a concreção destes direitos. Particularmente, depois de 1945 os direitos fundamentais tomam um alcance global. As nações procurando buscar seu lugar na nova ordem do pós-guerra trabalham em prol da valorização da vida e da dignidade da pessoa humana. Preservar estes valores vem se mostrando cada vez mais necessário na ordem social contemporânea.
2. Com relação aos direitos fundamentais das crianças houve uma preocupação internacional com a sua proteção através da Declaração dos Direitos das Crianças de Genebra e da Declaração Universal dos Direitos das Crianças da ONU. No Brasil, a criança, durante muito tempo, foi considerada “coisa” e designada como “menor infrator”. Depois do advento da CF/88 e do ECA, em 1990, a criança passou a ser titular de direitos e a expressão “menor

infrator” foi afastada. Foram introduzidos os princípios da proteção integral da criança e do superior interesse, com base no art. 227 da CF/88. Isso torna a criança um verdadeiro sujeito de direitos. Ser sujeito de direitos não implica que deve ser dado à criança autonomia para decidir o que seja melhor para ela, mas tão somente - o julgador e a sociedade, através dos novos atores – garantirem que a criança tenha acesso e primazia a seus direitos.

3. Existe a possibilidade de limitação de direitos fundamentais, pois eles não são absolutos. Não se trata de proibição generalizada da comunicação mercadológica destinada às crianças, mas sim da forma como ela vem sendo feita, daí a necessidade de limitação e de critérios que definam a abusividade nestes casos.

4. A comunicação mercadológica direcionada às crianças pode violar ou ameaçar direitos fundamentais do público infantil quando não respeita sua peculiaridade de pessoa em desenvolvimento, abusando do direito desta comunicação e explorando a confiança de crianças no intuito puro e simples de gerar lucro. O lucro é o fundamento da atividade empresarial e se constitui em um direito patrimonial e não direito fundamental, logo, não se confundem. Sob esta égide o argumento de que as empresas tem um direito fundamental positivado na liberdade de expressão através do art. 220 da CF/88 é equivocado, pois o fim a que se pretende não é um fim social, pois o lucro, que é seu objetivo, não é um bem social ele é particular, privado. O legislador constitucional optou pelo superior interesse da criança e por sua proteção integral, de tal forma que não há colisão de direitos fundamentais entre os artigos 220 e 227 da CF/88. O princípio da proporcionalidade não se aplica neste caso.

5. O marketing 3.0 é um novo olhar sobre a veiculação de produtos e serviços, pois se foca nas necessidades e na dignidade da pessoa humana. Pode parecer utópico, mas é uma alternativa às comunicações mercadológicas destinadas às crianças.

6. A comunicação mercadológica dirigida às crianças é abusiva quando não observa princípios, como o superior interesse da criança e o da proteção integral. Os desdobramentos do princípio do superior interesse da criança se traduzem em sua dignidade e o direito de não ter sua vulnerabilidade explorada com o intuito de obtenção de lucros. Não é uma contrapartida equilibrada entre a comunicação mercadológica destinada à criança e a consideração de pessoa em desenvolvimento. Sua proteção integral advém justamente por ser um bem intangível e de valor inestimável para toda sociedade.

7. O Conar, como órgão regulamentador da comunicação mercadológica brasileira, não tem força para fazer cumprir o que o art. 37 de seu próprio código de regulamentação apregoa. Sua fiscalização é precária e pode dar azo a uma possível intervenção do Estado, nesta questão, por meio do PL 5.921/2001. A Resolução 163 do Conanda é um avanço no sentido de tutelar as crianças contra a comunicação mercadológica a elas dirigida, mas não possui força vinculante, porém não é inconstitucional e deve ser observada pelas empresas e servir de subsídio ao julgador para auferir os parâmetros que possam classificar esta comunicação como abusiva. O PL 5.921/2001 possui elementos que contribuem para uma regulação vinculante da comunicação mercadológica destinada às crianças, mas precisa ser mais bem debatido no seio da sociedade e garantir o processo democrático de um aspecto que afeta toda a sociedade.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição Dialética para o Constitucionalismo**. Campinas: Editora Millennium, 2008.
- BARROS, Welligton Pacheco; BARROS, Welligton Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BERGER, Adolf. **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991.
- BOROWSKI, Martin. **La Restricción de los Derechos fundamentales**. Disponível em: <http://www.cepc.gov.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=361&IDA=25513>. Acesso em: 17 mar. 2014.
- BRANCO, Luiz Carlos. **Equidade, Proporcionalidade e Razoabilidade**. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2012.
- CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2 ed. São Paulo: LTR Editora, 1997.
- CHAZAL, Jean-Pascal. **Vulnérabilité et Droit de la Consommation**. In: **Vulnérabilité et Droit**. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux em droit. Frédérique Cohet-Cordey (direction et coordination).
- CHIRONI, G. P. **La Colpa nel Diritto Civile Odierno**. Torino, 1897.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 10-12.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali, Um dibattito teórico**. 3. ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 2008.
- HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Comunicação mercadológica Abusiva Dirigida à Criança**. 4. reimpressão. Curitiba: Editora Juruá, 2012.
- JOSSERAND, Louis. **L'esprit des Droits et de leur relativité**. Théorie dite de l'Abus des Droits. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret Editores, 2011.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

LOPES, Teresa Ancona. Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. et al. (Coord.) **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas**. Homenagem a Tulio Ascarelli. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 671.

LUÑO, Antonio Pérez. **Los Derechos fundamentales**. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. **Revista da AJURIS**, v. 32. n. 97, mar. 2005.

_____. **Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé**. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/portals/0/docs/institutos/icj /luscommune/ costajudith.pdf> . Acesso em: 30 abr. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentários ao art. 227 da CF/88. In: LEONCY Léo Ferreira (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OBERDORFF, Henri; ROBERT, Jacques. **Libertés Fondamentales et Droit de L'homme**. 10. ed. Paris: Montchrestien éditions, 2012.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PLANIOL, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Civil**. tome 2. Paris, 1923.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e Má-Fé Processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. v. 2. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. In: **Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao prof. Zeno Veloso**. Pastora do Socorro Teixeira Leal (Coord.). São Paulo: Editora Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abre. et al. (Org.). **Direito de Família no Novo Milênio**. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. **Delitos Publicitários**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

TOSI, Renzo. **Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

VERNANT, Jean-Pierre. **Mito e religião na Grécia antiga**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Direito Civil**. Família. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.
- _____. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). **Temas Atuais de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**. São Paulo: Marcial Pons Editores, 2014.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- _____. **Teoria Geral do direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.
- BIAGI, Cláudia Peretto. **A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor 2005.
- BRUTAU, José Puig. **Fundamentos de Derecho Civil**. Tomo III. v. 1. 4. ed. Barcelona: Bosch Editores, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina.
- CARDOSO, Vladimir Mucury. O Abuso do direito na Perspectiva Civil-Constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
- CARRETERO, Mario. Cognição e Educação. In: CASTORINA, José A.; CARRETERO, Mario (Orgs.). **Desenvolvimento Cognitivo e Educação**. v. 1. Porto Alegre: Penso Editora, 2012.
- CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **Colisão de Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. **Da Boa Fé no direito Civil**. 4. reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2011.
- COSTA, Newton C. A. da. **O Conhecimento Científico**. São Paulo: Discurso Editorial, 1997.
- DE PAULA, Felipe. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Comunicação mercadológica e direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- FAIGENBAUM, Gustavo. Desenvolvimento das habilidades argumentativas. In: CASTORINA, José A.; CARRETERO, Mario (Orgs.). **Desenvolvimento Cognitivo e Educação**. v. 1. Porto Alegre: Penso Editora, 2012.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 1999.

FERNÁNDEZ, Marta Morillas. La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España e Portugal. **Revista Luso-Brasileira de direito do Consumo**, v. III, n. 10, junho 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías. La Ley del más Débil**. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

_____. **Por uma Teoria dos direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Abuso de direito**. Enciclopédia Saraiva. v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

_____. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

_____. **Princípios Gerais de Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GREFFE, Pierre; GREFFE, François. **La Publicité et la Loi**. Droit Français, Union Européenne et Suisse. 9. ed. Paris: Éditions Litec, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Direito Material. v. 1. 10. ed. São Paulo: Editora Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Faber Editor, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito Civil no Século XXI**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. **Revista de direito Administrativo**, v. I, fasc. I, jan. 1945.

JAYME, Erik. **Recueil des Cours**. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Tome 251 de la collection. Martinus Nijhoff Publishers. Netherlands, 1996. Chapitre X. Conclusions: Le Droit International Privé Postmoderne.

_____. **Recueil des Cours**. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Tome 282 de la collection. Martinus Nijhoff Publishers. Netherlands, 2000. La Globalisation: chances et craintes de la personne humaine.

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**, v. 86, jun. 1941.

JÚNIOR THEODORO, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. III, tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Discussão Editorial, 2009.
- LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da Criança e do Adolescente e a Discricionariedade do Estado**. São Paulo: Manole Editora, 2012.
- LIMA, Alvino. Abuso de direito. **Revista Forense**, v.166, jul./ago. 1956.
- LUTZKY, Daniela Courtes. **A Reparação de Danos Imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINS, Pedro Baptista. **O Abuso do direito e o Ato Ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.
- NETO, Chade Rezek. **O princípio da proporcionalidade**. Franca: Lemos & Cruz Editora, 2004.
- NETO, Eugênio Facchini. A função social do direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Função Social do direito**. São Paulo: Quartier Latin Editores, 2009.
- NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- PEREIRA JR, Antonio Jorge. Limites constitucionais à liberdade de expressão e os deveres da televisão em face do telespectador infante-juvenil. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Coord.). **Constituição Federal 20 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- SANTOS, Jarbas Luiz dos. **Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

STERN, Klaus; BECKER, Florian. **Grundrecht-Kommentar**. Carl Heymanns Verlag. Köln, 2011.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations**. NY: Oxford Press, 1996.