

Publicidade Infantil e Dano Moral

1. O tribunal de justiça de São Paulo e a anulação de multa aplicada à McDonald's em razão de publicidade abusiva. Ou, a quem cabe educar as nossas crianças?

Supreme court of São Paulo and the nullification of an unfair advertising fine to McDonald's. Or, who should educate our children?

(Autores)

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA

Professora decana de Direito Econômico dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Ex-Diretora da Faculdade de Direito da UFMG (2011-2014). amanda@afdeoliveira.com.br

RUTE SARAIVA

Professora auxiliar do Grupo de Ciências Jurídico-Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. rutesaraiva@fd.ulisboa.pt

Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Breve relato do caso e seus fundamentos
- 3 A economia de mercado na Constituição da República Federativa do Brasil e seus pressupostos. A disciplina jurídica da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro. Reflexos dessa disciplina na publicidade dirigida a crianças
- 4 Decisões racionais dos consumidores? Reflexões sobre a vulnerabilidade das crianças no mercado. Possíveis contribuições da Economia Comportamental ao caso
- 5 Conclusões
- 6 Referências

Área do Direito: Consumidor

Resumo:

O presente trabalho pretende compreender os limites legítimos da intervenção estatal na economia em um sistema capitalista, especificamente em um caso envolvendo publicidade dirigida às crianças, a partir das

concepções desenvolvidas pela Economia Comportamental.

Abstract:

This paper intends to understand the legal boundaries of State intervention in the economy of capitalism system, through the study of a Brazilian judicial case involving children aimed advertisement, based on the concepts developed by Behavioral Economics.

Palavra Chave: Crianças - Publicidade - Paternalismo jurídico - Economia Comportamental

Keywords: Children - Advertising - Paternalism - Behavioral Economics

1. Introdução

A temática dos limites da ação do Estado sobre as várias dimensões da vida humana e social encontra-se presente, há tempos, nas discussões de teóricos, em teses acadêmicas, assim como em debates cotidianos das pessoas em geral. Quase sempre, no entanto, as posições adotadas no embate – e nos trabalhos acadêmicos – revelam opções ideológicas claras, e por isso, não raro, suas conclusões são resultados de reflexões *enviesadas*. Em outras palavras, *tanto na vida cotidiana quanto na academia, quando o assunto é até onde o Estado pode ir para disciplinar a vida privada, quase sempre parte-se de um pressuposto ideológico inicial e encontra-se meios de comprovar sua validade.*¹


Por outro lado, a grande parte dos Estados soberanos contemporâneos adota o capitalismo ou a economia de mercado em suas Constituições como modelo econômico. Soma-se a isso um cenário espontâneo e crescente de internacionalização da economia e da ação dos agentes econômicos, resultado inevitável da evolução das comunicações e dos recursos tecnológicos, em relação ao qual os Estados têm que se adaptar, dada a força com que se consolida o chamado “mercado global”.

Há, portanto, que se lidar com esse fato, *posto*, positivado nas Constituições, e que constitui *a opção pelo mercado como indutor de desenvolvimento nacional*. Se o capitalismo está escolhido e consagrado como modelo econômico, a ação dos agentes econômicos privados é, portanto, legítima. Entretanto, juntamente com a preferência pelo mercado, desenvolve-se e aprofunda-se, nas Constituições em geral, o reconhecimento dos direitos humanos, inclusive de direitos que requerem ação do Estado para sua efetivação, para sua disciplina.

O desafio posto para os estudiosos do Direito, portanto, assim se manifesta: *como se debruçar, de forma isenta e livre de ideologias prévias, sobre os limites da ação do Estado sobre a vida privada, para atender aos comandos constitucionais de: i) opção pela economia de mercado e; ii) opção pela proteção dos direitos humanos, em especial os econômicos e sociais? É possível desenvolver tese isenta de ideologias prévias que se aplique de forma geral e abrangente a todos os casos de intervenção estatal na economia, oferecendo uma solução única para o “embate”? O direito, sozinho, é capaz de fornecer todos os instrumentais – teses, evidências – necessários para esse exercício de isenção na busca de solução?*


Este artigo pretende partir do estudo de um caso, julgado recentemente por uma Corte brasileira, para realizar o exercício de se oferecer *insights* para a conciliação das ideias de “livre mercado” e de “ação estatal na economia”. Suas autoras acreditam não ser possível resolver o problema apenas com o recurso aos institutos e instrumentos produzidos pelo Direito. Elas acreditam firmemente na possível contribuição de estudos produzidos por áreas afins do saber, em seus estágios evolutivos atuais, e que podem ser hábeis a dotar de maior cientificidade a solução para o “conflito”, ao menos no caso concreto que se apresenta.

2. Breve relato do caso e seus fundamentos

Um dos maiores responsáveis pelo sucesso da política pública de defesa do consumidor no Brasil, os Procons são órgãos públicos, municipais ou estaduais, com atribuição legal para aplicação de sanções por infringências às normas do  CDC (Código de Defesa do Consumidor), mediante processo administrativo.

Sua contribuição inquestionável para o êxito da política consumerista nacional decorre de sua capilaridade, uma vez que existem aproximadamente 700 (setecentos) Procons espalhados pelo amplo território brasileiro. O mais antigo deles é o Procon SP, ou Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo, fundado no ano de 1976.²

No ano de 2010, após processo administrativo correlato, o Procon SP aplicou multa no valor de mais de três milhões de reais (pouco menos de dois milhões de dólares à época) à rede de lanchonetes McDonald's, pela veiculação de publicidade abusiva na venda do kit Mc Lanche Feliz, em detrimento da vulnerabilidade de seu destinatário, as crianças. A empresa, então, questionou no Judiciário paulista a sanção imposta pelo Procon, obtendo êxito no sentido da anulação da penalidade. Diante desse resultado, o Procon recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Em 29.06.2015, por unanimidade, a 5.^a Câmara de Direito Público daquele Tribunal manteve a decisão do juiz de primeira instância, para anular a multa imposta.³

De um lado, encontram-se os argumentos utilizados pelo Procon para sua atuação, sempre fundada nas normas do  CDC e, especificamente, no caso, nas alegações de que haveria *estratégia de incentivo ao consumo, dirigida a público em desenvolvimento*, bem como na afirmação de *ser nítida a estratégia para que os pequenos influenciem de forma determinante nas decisões de compra da família*. Além disso, o Procon alega existência de publicidade abusiva na venda do kit Mc Lanche Feliz, consoante a Resolução 163/2014 do Conanda.

O Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – constitui órgão vinculado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Em março de 2014, esse Conselho fez publicar a Resolução 163, que *“dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente”*. Em seus “Considerandos”, a Resolução faz referência, entre outros, à Constituição da República, ao Estatuto da Criança e do Adolescente e ao Código de Defesa do Consumidor para assim disciplinar, no tocante à publicidade abusiva:

Art. 2.º 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.

§ 1.º 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.”

Por outro lado, para fins de anular a multa imposta pelo Procon, o Desembargador Relator do processo no Tribunal de Justiça de São Paulo assumiu as seguintes premissas como razões de decidir:

“Tomemos estas quatro premissas:

- a) A sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista, e as consequências dessa opção econômica e cultural não de ser assumidas;
- b) Cabe à família, notadamente aos pais ou ao responsável legal, o poder-dever da boa educação dos filhos, inclusive o ônus de reprimi-los nos apelos inconvenientes ao seu bem estar social, físico e mental;
- c) Crianças bem educadas no berço, por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável, saberão resistir aos apelos consumistas;
- d) Não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância ‘ongueira’, sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império.”

Em um dado momento de seu voto, a argumentação do julgador parece atingir um ponto de convergência com os fundamentos do órgão de proteção do consumidor, mas é logo relativizada:

“Crianças, é fato, são mais suscetíveis de se curvar à insistência mercadológica. É nítido o direcionamento das mensagens que visam atingir o seu universo lúdico particular: cores sortidas e vibrantes, situações e imagens de alegria, brindes de personagens infantis. Esta é a porta de acesso que induz os pequenos a querer, ao desejo dos produtos e serviços.

Todavia, não é porque existe o chamariz que *sempre* se compra. Pressupõe-se – isso é essencial, e somente relativizado em hipóteses casuísticas – uma margem *de decisão*, de escolha racionalizada.”

Assim, parece prevalecer no entendimento do Tribunal a convicção na existência de uma *racionalidade decisória*, capaz de guiar as escolhas no mercado de consumo, no caso, especificamente, as escolhas das crianças e de seus pais, nesta condição. Para o Desembargador Relator, a regulamentação dessas escolhas pode, em alguns casos, conduzir a sacrifícios de direitos fundamentais, como teria ocorrido nos fatos em julgamento no processo. Em suas palavras:

“O Estado não pode, a pretexto de regular as atividades de divulgação dos produtos, vedar peremptoriamente as mensagens dirigidas às crianças pelo só fato de atrelá-las ao universo lúdico, às personagens de estima do público infantil. Se o fizesse, iludido por iniciativas midiáticas, desbordaria num paternalismo sufocante (*nanny state*), interferindo em direitos individuais que ultrapassam a órbita pública e flertam com totalitarismos.”

Uma leitura atenta dos dois pontos de vista em confronto conduz à constatação de que, ao fim e a cabo, o que se está questionando, no caso concreto, há muito vem sendo questionado, sob formas variadas, em outros casos, *sempre envolvendo a temática dos limites da intervenção do Estado no fenômeno econômico*. Da forma como redigida a decisão judicial, a questão estaria posta como se houvesse dois extremos, incomunicáveis, entre os quais o julgador precisou se posicionar: de um lado, *a defesa dos direitos das crianças de serem tuteladas no mercado de consumo, limitando-se, por norma jurídica, o exercício de atividades econômicas que, supõe-se, seriam prejudiciais à sua condição*; e, de outro, *o direito dos agentes econômicos de atuarem livremente no mercado, uma vez adotado o modelo de economia capitalista, e afastando-se a possibilidade de o Estado disciplinar situações que importem em substituição do poder de decisão racional que detêm os consumidores*.

Argumentos jurídicos vêm sendo – e podem ser – utilizados para sustentar ambos os pontos de vista. Uma vez definida a posição do estudioso, é possível encontrar fundamentos na Constituição e no ordenamento jurídico que corroborem a solução já pré-definida. Este artigo, contudo, pretende buscar respostas a duas

questões pontuais: 1. A regulamentação da publicidade dirigida às crianças, tal como efetuada pelo Conanda, é incompatível com o sistema capitalista ou representa afronta à economia de mercado?; 2. É possível encontrar, em outras ciências ou áreas afins ao Direito, subsídios para se compreender em que consiste, efetivamente, a capacidade decisória racional dos consumidores? E pode-se afirmar que as crianças-consumidoras a detêm?

3. A economia de mercado na Constituição da República Federativa do Brasil e seus pressupostos. A disciplina jurídica da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro. Reflexos dessa disciplina na publicidade dirigida a crianças

É fato incontestável que a Constituição em vigor no Brasil (de 1988) fez opção pelo *capitalismo* como sistema econômico.⁴ Na verdade, desde o primeiro Texto Constitucional, de 1824, ainda da época do Brasil Império, tem-se o capitalismo como modelo econômico eleito. De lá para cá, no entanto, e ao longo das cinco Constituições que se sucederam entre a primeira e a atual, vislumbra-se um movimento que se pode denominar *ondular* no que diz respeito ao afastamento ou à aproximação do Estado da economia. Dessa forma, houve momentos em que o Estado se fazia mais presente na vida econômica e momentos de afastamento real. Esse movimento refletia as demandas sociais, a conjuntura econômica e as crises políticas momentâneas.

Pode-se afirmar, portanto, que, embora o capitalismo tenha sido a opção clara (a economia de mercado sempre foi a tônica), nem sempre o Estado brasileiro pode ser classificado como uma manifestação do Estado Liberal. É que *capitalismo* e *liberalismo econômico*, embora sejam concepções convergentes e que possuem uma gênese comum, forjados que foram na luta contra o mercantilismo, não se confundem. Um Estado pode ser capitalista (admitir a apropriação privada dos fatores de produção, seu exercício com vistas ao lucro, autorizar o trabalho assalariado, entre outras características)⁵ e apresentar, em seu Texto Constitucional, elementos caracterizadores de um Estado de Bem-Estar social, ou que proponham uma intervenção robusta do Estado na economia.⁶

Ademais, é de se recordar que mesmo o Liberalismo clássico sempre admitiu uma parcela de intervenção do Estado na economia. Adam Smith e John Stuart Mill, por exemplo, autores considerados referências na temática da defesa da liberdade humana, reconhecem, em seus textos, circunstâncias em que há a real necessidade de ação estatal. Smith condenava textualmente os “especuladores” do mercado.⁷ Stuart Mill, por sua vez, registrou a preocupação com o exercício da liberdade na vida em sociedade, em que se deve reconhecer os interesses dos demais como “direitos”, defendendo a punição severa das pessoas que, por seus atos, produzam danosa consequência sobre os demais.⁸ Mais recentemente, defensores dos pressupostos liberais admitem a ação estatal quando identificada assimetria de informação entre as partes ou outra espécie de falha de mercado.⁹

A esse respeito, a Constituição atualmente em vigor no Brasil é um exemplo claro de Texto em que o capitalismo está consagrado, mas não se pode dizer estar-se diante de um Estado Liberal. Ao contrário, inúmeros são os princípios sociais prestigiados, em perfeito convívio com princípios liberais, o que a torna uma Constituição de um Estado capitalista que admite a intervenção estatal na economia. Pode-se facilmente perceber essa circunstância da leitura de alguns de seus dispositivos: i) a [RETO CF/1988](#) informa serem os *valores sociais do trabalho* e da *livre iniciativa os fundamentos* da República; ii) ela faz uma clara opção por disciplinar a Ordem Econômica, a esta dedicando um Título (arts. 170 a 192) e indica como seus princípios norteadores a *soberania nacional*, a *propriedade privada*, a *função social da propriedade*, a *livre concorrência*, a *defesa do consumidor*, a *defesa do meio ambiente*, a *redução das desigualdades regionais e sociais*, a *busca do pleno emprego* e o *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas pelas leis brasileiras que tenham sua sede e administração no país*; iii) a Constituição determina a *excepcionalidade* da exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173) e estabelece as modalidades de intervenção indireta do Estado na economia, sob as formas de *fiscalização*, *incentivo* e *planejamento*. Soma-se a esse cenário, a importante referência ao *mercado interno* como parte integrante do patrimônio nacional e que “*será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a*


autonomia tecnológica do país”(art. 219).

São claramente, portanto, princípios e normas sociais e liberais em convívio. Como não se admite uma interpretação da Constituição que não a trate em sua integralidade, como uma unidade normativa, pode-se afirmar, com segurança, estar-se diante, no Brasil, de um Estado capitalista, mas não Liberal (no sentido clássico).

Por outro lado, a Constituição de 1988 foi o primeiro Texto brasileiro a consagrar os direitos econômicos e sociais do homem. Resultados da compreensão de que os direitos políticos e civis, conhecidos como “direitos de liberdade” são incapazes, isoladamente, de promover a dignidade da pessoa humana, os organismos internacionais vocacionados para a proteção dos direitos humanos reconheceram aquela espécie de direitos como capazes de promover a liberdade real, concreta e não ficcional das pessoas.¹⁰

Relembre-se que os direitos sociais são uma espécie de direitos humanos e que requerem uma atitude ativa, positiva, do Estado e das pessoas para serem efetivados. Seu reconhecimento formal, no plano internacional, está relacionado com o advento da Revolução Industrial, às crises econômicas do início do século XX, entre outras circunstâncias, que evidenciaram a necessidade premente de se tutelar mais do que simplesmente a liberdade civil das pessoas para resguardar sua dignidade. Seu reconhecimento ensejou uma atitude estatal intervencionista, presente pela primeira vez no constitucionalismo no Texto do México, de 1917, bem como na Constituição de Weimar, de 1919. Essa nova perspectiva dos direitos humanos, em seguida, foi incorporada nas Constituições de outros países. Esses direitos constituem o reconhecimento definitivo de que os indivíduos não gozam, todos eles, de condições essenciais para o exercício de sua liberdade, mesmo estando ela assegurada juridicamente.

Muitos são os direitos econômicos e sociais consagrados na Constituição brasileira de 1988. Para fins deste trabalho, importa mencionar o *direito do consumidor* e o *direito à saúde*. Conforme afirmado anteriormente, como característica intrínseca deles, essa espécie de direitos, para seu exercício, requer uma atitude ativa do Estado ou das pessoas. Em outras palavras: para a realização, no plano fático, dos direitos econômicos e sociais, torna-se imprescindível a atuação do Estado, *particularmente na atividade econômica*, sob forma de norma ou ato administrativo.

Convém, neste ponto, sublinhar o destaque concedido pela Constituição de 1988 ao direito do consumidor. Isso porque além de reconhecer o *direito fundamental (direito humano positivado) dos consumidores* (art. 5.º da Constituição, que tem as pessoas humanas como destinatárias claras desse novo direito), a  [CF/1988](#) também inseriu a *defesa do consumidor* como limitadora do livre exercício da atividade econômica (em seu art. 170, e que tem os agentes econômicos como destinatários claros da norma). Esses dispositivos convivem (e devem ser interpretados) juntamente com os princípios da livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada, entre outros.

Por sua vez, especificamente sobre a corresponsabilidade *família sociedade Estado* sobre as crianças, o art. 227 da Constituição estabelece textualmente:

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.*(Redação dada pela EC 65, de 2010) (sem grifos no original).

O dispositivo admite claramente, portanto, a responsabilidade concorrente da “família”, da “sociedade” e do “Estado” sobre a formação das crianças e o dever de protegê-las de qualquer exploração. Resta, portanto, evidente, que a Lei Fundamental do país apresenta, *a priori*, elementos que autorizam concluir pela legitimidade e legalidade da ação estatal que, por meio de Resolução ou de processo administrativo, importa em estabelecer limites à atividade econômica de uma empresa, baseada em fundamentos que evocam os direitos fundamentais do consumidor, à saúde, e a tutela adequada das crianças. Esse fato, por si só, reitera-

se, não descaracteriza o sistema capitalista adotado (a propriedade privada dos meios de produção e a busca do lucro remanescem assegurados), tampouco representa afronta ao mercado livre.

Resta saber se se pode considerar a medida do Procon “paternalista”. Algumas reflexões iniciais devem ser realizadas antes de se adentrar no tema específico. Em primeiro lugar, parece irrefutável haver fundamento constitucional para a medida estatal adotada. É bem verdade que, se se pretender, ideologicamente, defender a inconstitucionalidade da medida basta que se alegue o caráter fluido das normas mencionadas e se sobrevalorizar os princípios liberais também presentes na Constituição de 1988, dada a característica “híbrida ou mista” dela,¹¹ já mencionada.

Entretanto, uma reflexão isenta requer que se compreenda adequadamente o significado da expressão “paternalismo jurídico”, tão maltratado pelos operadores do Direito no Brasil.¹² A origem histórica do “paternalismo” repousa no poder dos reis, identificado como “pai” de seus súditos, mas igualmente identificado como autoritário, despótico, mesmo que benevolente. A luta contra o “paternalismo” confundiu-se, historicamente, com a luta contra a opressão da pessoa humana e que culminou com a Revolução Francesa, com o estabelecimento dos Estados Liberais, com as Declarações de Direitos, com o reconhecimento dos direitos civis e políticos do homem. Desconectado de sua origem histórica, o paternalismo talvez seja mais bem identificado, no plano político contemporâneo, com os traços ainda remanescentes de coronelismo, mesmo que pontuais, que ainda se verifica em algumas regiões do País.

Em outros momentos históricos, o “paternalismo” foi identificado com a ameaça comunista que assustava o mundo, especialmente os Estados Unidos. Escritos do início do século XX alertam para os riscos do modelo sobre a liberdade humana conquistada. São expressões de uma preocupação datada e que não mais fazem sentido no mundo atual.¹³

Em nada se assemelha, no entanto, o “paternalismo” com o sentido com que o termo tem sido empregado atualmente no Brasil. Na realidade, fala-se em “paternalismo jurídico” sempre que diante de uma medida estatal com a qual o sujeito não concorda, e que tenha cunho protetório. Há, portanto, forte carga ideológica e subjetiva sobre seu emprego.

A inadequação do emprego da expressão evidencia-se também quando se constata que, na grande parte das vezes em que é empregada, está-se diante de uma circunstância que poderá ser questionada em juízo (em razão do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário).

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (ou princípio da unicidade de jurisdição) encontra-se inserido, na Constituição de 1988, exatamente no art. 5.º, onde se estabelecem os direitos e garantias fundamentais. Ele assegura o direito de se buscar no Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito e pode ser exercido por pessoas naturais ou jurídicas. Textualmente, diz a Constituição: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Esse princípio consta do constitucionalismo brasileiro desde o Texto de 1946 e, desde então, segue presente em todas as Cartas.¹⁴ Entretanto, a [RTD CF/1988](#) promoveu importante inovação ao assegurar a possibilidade de tutela preventiva pelo Poder Judiciário, já que esse é autorizado a atuar não apenas quando houver lesão a direito já verificada e consumada, como também em sua simples *iminência*. Soma-se a essa garantia, a impossibilidade, existente no ordenamento jurídico brasileiro, de o Judiciário se esquivar de analisar o que lhe é proposto ou *declinar* o exercício da prestação jurisdicional.¹⁵ O que ocorreu, no caso concreto, foi precisamente uma manifestação do controle judicial dos atos administrativos (ou decisões administrativas), consequência inarredável do princípio da inafastabilidade.

Já nesta instância, o Judiciário, eventuais excessos voluntaristas e ilegítimos do julgador encontrar-se-ão inevitavelmente sujeitos aos recursos processuais que garantirão sua correção. Em outras palavras, aquilo que uma parcela da doutrina convencionou denominar de “paternalismo pretoriano”, não tem cabimento no sistema de *civil law* adotado pelo Brasil. É que, no Brasil, os limites “criativos” do juiz são muito estreitos: ele deve respeito à lei, sobretudo. Assim, eventuais excessos poderão e deverão ser revistos em grau de recurso.

A propósito, é de se recordar as possibilidades generosas de recursos previstos nas leis processuais do país.

Em síntese: o ordenamento jurídico brasileiro é incompatível com qualquer suposta alegação de paternalismo. O que há – e isso é legítimo, mesmo que discordem eventuais opositores ideológicos – são *exemplos claros de proteção constitucional a determinados grupos ou valores* e que autorizam ação estatal sob forma de lei (protetória), processo administrativo ou judicial (que assegurem a eficácia da lei e, por conseguinte, da proteção legalmente estabelecida) e atos administrativos (idem). Se o Estado reconheceu certos direitos humanos, se a lei ou a norma administrativa disciplinam o direito humano em questão, se há a aplicação desses (lei ou norma administrativa) por ente com competência para tanto, não há a possibilidade de se alegar “paternalismo”.

No caso em tela, o Procon, órgão com atribuição legal de instaurar processo administrativo envolvendo direito do consumidor, valendo-se de Resolução emanada de ente federal e baseada na Constituição, aplicou sanção por fato que importa em claro descumprimento literal de dispositivo da Resolução. Estão facilmente descaracterizados os elementos intrínsecos do paternalismo: autoritarismo, arbitrariedade, poder despótico.

Antes de se avançar na análise, um esclarecimento deve ser feito quanto à chamada Escola do “paternalismo libertário”. Richard H. Thaler e Cass Sustein, estudiosos cujas contribuições para a compreensão do comportamento humano merecem atenção e serão mencionadas no capítulo seguinte, defendem um “paternalismo libertário” consistente na ação pública que visa preservar a liberdade de escolha ao estabelecer incentivos para que esta ocorra de forma adequada. O nome da Escola, ao incorporar o termo “paternalismo”, admite-se, não foi feliz, especialmente se se considera o particular sentido – sempre pejorativo – com que o termo tem sido empregado no idioma português do Brasil. O conteúdo de suas teses, no entanto, tem sido festejado em nível global e utilizado largamente nos governos de países como Estados Unidos e Inglaterra, conforme se mencionará. Para fins do presente trabalho, importa, especialmente, a vertente *descritiva* da teoria e que diz respeito a *pesquisas empíricas que buscam compreender como se dá o processo decisório das pessoas. Seus autores descrevem (e comprovam) a existência de sistemáticos “erros” de escolha produzidos pelas pessoas e que denotam a incompatibilidade de seus comportamentos com o pressuposto de uma racionalidade inabalável*. Suas conclusões são seguras comprovações da vulnerabilidade intrínseca do consumidor e, ainda com mais razão, da criança consumidora, reforçando a validade moral e material das normas (preexistentes) correlatas.¹⁶

Por fim, especificamente no que se refere à disciplina jurídica da *publicidade* no ordenamento jurídico brasileiro, é evidente a sua característica de corolário da economia de mercado. Se um dos elementos identificadores do capitalismo consiste na autorização para a busca privada pelo lucro, a publicidade é, reconhecidamente, um instrumento eficaz para aquele fim.

Entretanto, mais uma vez, como manifestação das limitações *legítimas* instituídas por um Estado que tenha feito opção pelo capitalismo não liberal (clássico), encontra-se a disciplina da publicidade. Desde que encontrem fundamento constitucional, os limites à publicidade devem ser considerados legítimos.

A esse respeito, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, decorrente de mandamento constitucional expreso, disciplina a publicidade no mercado de consumo indicando expressamente o seguinte:

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

(...)

§ 2.º *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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.*” (sem grifos no original)

O texto parece inequívoco e sua adequação ao nível de direitos resguardados na Constituição, evidente.

Apenas a título conclusivo deste item, e sempre preocupados com a circunstância de que o ordenamento jurídico de um país deve refletir as necessidades sociais e econômicas de seu povo, uma informação parece relevante. Segundo pesquisa oficial realizada recentemente, em que se avaliou o estado nutricional de escolares do 9.º ano do ensino fundamental no Brasil (pessoas com 14 anos, em média) restou evidenciado o alarmante percentual de sobrepeso e obesidade: o sobrepeso atingiu 16,0% (dezesesseis pontos percentuais) e a segunda situação, a obesidade, atingiu 7,2% (sete vírgula dois por cento) dos pesquisados para o conjunto das capitais. Destaque-se que “as maiores prevalências de escolares com sobrepeso foram observadas entre os alunos das escolas privadas.”¹⁷

Verifica-se, portanto, por todas as razões expostas, a inadequação da decisão judicial sustentada em argumentos jurídico-econômicos equivocados. Um ato estatal praticado em atendimento à norma legitimamente elaborada foi anulado sob o argumento de que seria incabível em um Estado capitalista e representaria excesso intervencionista quando, na verdade, a Constituição e a lei o autorizam. Em seguida, se demonstrará a inadequação da decisão também do ponto de vista do sujeito tutelado: ao contrário do que alega a decisão judicial, estudos científicos contemporâneos em comportamento humano, reconhecidos internacionalmente, permite-nos com segurança afastar o argumento utilizado de “racionalidade decisória” das crianças no ato de consumo. Se, conforme se tem compreendido, a racionalidade dos adultos já está descrita como sistematicamente limitada, essa situação se agrava sobremaneira quando se tem presente uma decisão tomada por uma criança. Em seguida, portanto, serão apresentadas as possíveis contribuições da “Economia Comportamental” ao caso concreto.

Encerra-se o presente capítulo com uma reflexão. A propósito do tema dos direitos humanos econômicos e sociais, o eminente Professor Cançado Trindade, Juiz do Tribunal Internacional de Justiça, alerta para o fato de que, embora as várias espécies de direitos humanos formem um todo indivisível, existe uma grande disparidade, em todo o mundo, entre os métodos de implementação dos direitos de liberdade em comparação com os direitos econômicos e sociais.¹⁸ Talvez essa disparidade se justifique, entre outros fatores, por essa resistência desinformada à sua plena efetividade. Cançado Trindade atribui o “descaso” com esses direitos como um “triste reflexo das sociedades marcadas por gritantes injustiças e disparidades sociais”.¹⁹

4. Decisões racionais dos consumidores? Reflexões sobre a vulnerabilidade das crianças no mercado. Possíveis contribuições da Economia Comportamental ao caso

Se as crianças e jovens até meados da década de cinquenta não foram encarados como verdadeiros consumidores, com o surgimento do *babyboom* aliado a um crescimento econômico e a uma maior disponibilidade financeira das famílias, entraram na mira da oferta e dos seus publicitários. Afinal, a sua captação representa um triplo ganho extremamente lucrativo:

1. Representam um mercado com necessidades e desejos especiais, com disposição e capacidade de pagar por produtos que vão desde guloseimas a videogames. Afinal, têm muitas vezes dinheiro de bolso dado pelos pais ou familiares e são ensinados e incentivados, desde cedo, a ser economicamente responsáveis e autônomos, com o papel de miniconsumidor encarado com naturalidade em termos sociais;
2. Constituem um mercado futuro que pode ser, desde cedo, fidelizado (se não mesmo viciado) e garantido;
3. Influenciam as decisões de consumo familiares, da indústria agroalimentar até à de entretenimento e cultura.

Comumente, quatro requisitos surgem nos manuais de *marketing* para a definição de um mercado, para além dos que derivam da teoria econômica (a saber, oferta, demanda e preço):

1. A existência de uma necessidade. Note-se que esta não necessita de ser primária, podendo

reconduzir-se à aquisição de *fast food*;

2. A autoridade para pagar. Ora, socialmente se aceita, de modo crescente, a aquisição de bens e serviços por menores. Aliás, o [RTO Código Civil](#) Português, no seu artigo 127.º n. 1 alínea *b* prevê, como exceção à anulabilidade de negócios jurídicos celebrados com menores, os que sejam próprios da sua vida corrente que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância;

3. A capacidade (financeira) de pagar. Pense-se na mesada, presentes pecuniários e “dinheiro de bolso” frequentemente recebidos pelos menores;

4. A disponibilidade de pagar, ou seja, para além de ter dinheiro, querer gastá-lo num determinado bem ou serviço para a satisfação de uma necessidade.

Desta forma, pensando nos menores, não restam dúvidas quanto à sua dimensão de verdadeira demanda e qualificação enquanto consumidores apetecíveis. Requisito adicional a ponderar no caso em apreço prende-se, sobretudo nos mais novos, com a sua capacidade de compreender o mercado, designadamente quando, onde, em quê e em que condições se deve consumir. Tal fica, porém, por provar, o que explica a Resolução 163/2014 do Conanda. Posto de outro modo, *se as crianças e adolescentes são efetivamente consumidores e integram um mercado, deverão ser equiparados e tratados como os adultos? Deverá o modelo utilizado ser o mesmo? Devemos assumir que compreendem as mensagens publicitárias como um adulto? Ou devemos presumir que cabe aos pais e familiares que dotam os infantes de poder de mercado a sua educação econômica ou a sua substituição na decisão dos filhos ou que, por decorrência, aceitam a persuasão dos publicitários que lhes é dirigida?*

As questões sociais, econômicas, éticas e jurídicas multiplicam-se. As responsabilidades dividem-se entre os diversos intervenientes. Mas nem os pais são onipotentes, oniscientes e até onipresentes nas decisões diárias da sua prole, nem os *marketeers* podem tratar os menores como adultos, esquecendo as suas naturais incapacidades, incluindo por um argumento de maioria de razão em relação aos maiores, como aqui se pretende demonstrar com o recurso à Economia Comportamental.

Com o apogeu acadêmico e transnacional dos ensinamentos da Escola de Chicago e de um modelo neoliberal elegante, facilmente inteligível e explicador do funcionamento econômico, tendeu-se a aceitar, dentro e fora das torres de marfim universitárias, o paradigma subjacente de racionalidade do agente econômico, leia-se, no fim, do homem comum. Com efeito, para além do postulado do equilíbrio nos mercados, a teoria econômica *mainstream* dos últimos cinquenta anos assenta na consistente maximização da utilidade esperada pelo agente econômico que toma a decisão que, numa análise custo-benefício, lhe trará maior ganho líquido, ou seja, a melhor escolha em termos ordinais. A graciosidade desta hipótese reside numa dupla simplificação que vem sendo desmontada, a custo, desde os trabalhos precursores de Simon²⁰ mas, sobretudo, com Kahneman e Tversky²¹ ou mesmo com Damásio:²² esquece que o ser humano não se reconduz a um *cyborg* com capacidade computacional ilimitada e baseia-se em cenários *ceteris paribus*.

Com efeito, os desenvolvimentos, nas últimas décadas, da Psicologia Social, da Psicologia Cognitiva, da Neurologia e da Genética, mas também da denominada Economia Comportamental (que importa para a ciência econômica os conhecimentos e métodos destas áreas) recordam a humanidade do decisor (e com ele do consumidor) e, conseqüentemente, a sua racionalidade limitada. Limitada porque, como decorre da experiência diária do bom pai de família, este não é onisciente face à sua finita capacidade real e até biológica de armazenamento e tratamento de dados, com o funcionamento em simultâneo de dois sistemas de reflexão falíveis e com o uso frequente e decorrente de um processo evolutivo de atalhos heurísticos. Limitada também devido à influência das emoções que podem turvar (mas também auxiliar e corrigir, em determinadas condições) decisões ditas racionais. Limitada, por fim, pelo peso da dimensão e pressão sociais, visto o homem ser um ente associativo social, influenciado pelos pares e pela dinâmica intra e extra-grupo. Por maioria de razão, a racionalidade de um menor será ainda mais cerceada, independentemente da melhor ou menor educação familiar. Aliás, tanto assim é que o próprio Direito reconhece-lhes uma

capacidade de exercício limitada.

Acresce ainda que, para além de uma racionalidade limitada, o *homo oeconomicus* e o *bonus pater familia* são dotados, para o que aqui interessa, de uma vontade e motivação limitadas. As resoluções de ano novo tão rapidamente esquecidas comprovam-no bem no plano empírico.

Sucintamente, a Economia Comportamental alerta para o fato de que, pese embora muito do comportamento humano seja racional, os agentes econômicos são, em determinadas circunstâncias, de forma transversal (leia-se independentemente de gênero, idade, raça, cultura) sistemática e conseqüentemente “previsivelmente irracionais”,²³ ainda que por razões de “racionalidade” biológica,²⁴ desviando-se, mesmo depois de alertados por terceiros ou pelos resultados inferiores das suas decisões, da almejada otimização.

Três grandes tipos de enviesamento podem distorcer a apreensão e a compreensão da realidade: a representatividade, a ancoragem e a disponibilidade, todos eles explorados pelo *marketing*, incluindo no episódio do Mc Lanche Feliz.

1. A representatividade prende-se com a identificação e raciocínio baseado em estereótipos e na capacidade de encontrar padrões no aleatório devido a um efeito de enquadramento (*framing*), i.e. as interpretações e as escolhas dependem em parte da forma de apresentação do problema subjacente, designadamente comprar ou não um Mc Lanche Feliz. Presentemente, este é vendido como divertido, atrativo e adequado a crianças, sobretudo quando comparado com outras soluções alimentares;

2. A ancoragem traduz a utilização de referências conhecidas como atalho heurístico para cálculos e ilações através de ajustamentos considerados adequados. Se para os pais o preço da refeição poderá passar, pela sua forte publicitação, a servir de âncora, para as crianças a utilização de brinquedos e de mensagens que apelam à felicidade e diversão persuadem quando comparados com a referência mental que têm da alimentação tradicional, em regra sensaborona. Aliás, no limite, o abuso publicitário está na tentativa da substituição de âncora, passando o Mc Lanche Feliz a constituir o marco decisório;

3. A heurística da disponibilidade assenta no caráter pegajoso da saliência de determinada experiência, fato ou informação, por exemplo, com mensagens recentes, fortes e reiteradas a sobressair na memória em relação a vivências e dados passados. Ora, a onipresença e “agressividade” publicitária do McDonald’s e a sua ancoragem a um ambiente festivo e lúdico (veja-se o próprio nome da refeição: Mc Lanche Feliz) dificilmente será esquecida pela criança em especial em comparação com a mensagem isolada de alimentação saudável passada em casa ou na escola. Ademais, a heurística da disponibilidade importa de igual modo na compreensão das interações sociais: aquilo que se sabe que os outros dizem ou fazem afeta as opções tomadas, não apenas por ser a informação disponível, mas também por questões de reputação junto de outrem e de reciprocidade. Assim, ouvindo-se e/ou achando-se que outros comem o Mc Lanche Feliz, por exemplo, em situações festivas ou de reunião familiar, ou que, no caso dos adultos, deixam os filhos comê-lo, tende-se a assumir uma conduta semelhante, alinhando-se com a norma social percecionada. Mas potencia-se o efeito de confirmação, através das elevadas expectativas sobre a qualidade do produto.

Alguns exemplos já testados e/ou observados pela Economia Comportamental podem ajudar a compreender melhor a irracionalidade marginal, mas sistemática dos agentes econômicos.

Em primeiro lugar, recorde-se a lição sobre a importância da relatividade e do enquadramento nas decisões de consumo explorada por Ariely²⁵ a propósito de um anúncio da revista *Economist* com o objetivo de angariar subscrições. Desta feita, o texto apresentava três escolhas ao consumidor:

1. A subscrição meramente *online* da revista por \$59;
2. A subscrição meramente impressa da revista por \$125;

3. A subscrição *online* e impressa da revista por \$125.

Em face desse cenário, apenas 16% dos alunos de Ariely testados escolheram a opção 1, com 84% a preferir a opção 3 e ninguém para a opção 2. Aparentemente a maioria parece esperta ao ver a vantagem em obter dois serviços pelo preço de um quando comparando as opções 2 e 3. Todavia, quando se elimina a opção 2 e os potenciais consumidores são confrontados com apenas as alternativas 1 e 3, as preferências “estranhamente” alteram-se: 68% dos inquiridos passam a preferir a opção 1 e apenas 32% a opção 3. Ora, se os sujeitos fossem perfeitamente racionais como assumido pela doutrina econômica *mainstream*, as suas preferências seriam consistentes e manter-se-iam inalteradas com a subtração da opção 2. No entanto, o que se observa é uma inversão dos resultados, revelando que a opção 2, enquanto elemento enquadrador da decisão, funciona, no fundo, como chamariz para a escolha que mais bem serve os interesses da oferta, tornando-a apeteçível e até considerada inteligente pelo consumidor.

A importância do enquadramento (*framing*) no consumo assume tal influência que, nos últimos anos, com a intervenção nas políticas públicas de gabinetes governamentais dedicados à aplicação prática da Economia Comportamental como a Behavioural Insights Team²⁶ britânica ou a Social and Behavioral Sciences Initiative (hoje, Team)²⁷ americana, mais do que desmontá-lo (*debiassing* e *insulating strategies*), procura-se potenciá-lo e aproveitá-lo para a correção de comportamentos contrários às expectáveis preferências maximizadoras da utilidade esperada (*benevolent biasing* e *cognitive leveraging*).²⁸ Por outras palavras, aproveita-se a irracionalidade e inconsistência das preferências dos agentes econômicos a favor destes.

A título exemplificativo, e a propósito de alimentação saudável, lembre-se a proposta de Thaler e Sunstein,²⁹ explorada por Just e Wansink³⁰ e secundada pelo Cornell Center for Behavioral Economics in Child Nutrition Programs³¹ da Universidade de Cornell, de arquitetura da escolha através de uma diferente disposição dos alimentos nos refeitórios das escolas, designadamente colocando alimentos mais saudáveis como frutas e legumes de forma visível, à frente e no início. Assim, aumenta-se a sua saliência e deixa-se menos espaço para o consumo de outros bens, numa solução barata e que mantém a liberdade de escolha, paradigmática do modelo do paternalismo libertário. Assim, várias experiências³² em cantinas escolares revelaram que a disposição de alimentos mais nutritivos no princípio da linha aumentaram entre 10 a 15% o seu consumo, ou que situar o bar de saladas longe da parede e junto do caixa quase triplica a sua demanda, ou que dar aos estudantes como alternativa dois legumes em vez de apenas um promove a sua escolha, ou que dar nomes mais sugestivos aos pratos incrementa em 27% a sua ingestão, ou que guardar os gelados numa geladeira opaca diminui significativamente a sua procura, ou que apresentar a fruta em cestos em vez de recipientes de inox duplica a sua escolha, ou que o uso de tabuleiros para transportar a comida promove uma escolha mais nutritiva (os alunos que não recorrem aos tabuleiros comem 21% menos salada e não deixam de comprar gelados).

Ademais, observa-se a importância da heurística da disponibilidade. Quando questionados os estudantes pelos funcionários se não desejam salada, o seu consumo sobe cerca de um terço e no caso da fruta, cerca de 70%.³³ Veja-se que ainda assim, meras mensagens didáticas (inclusive dos pais) não parecem ser suficientes. De acordo com um estudo levado a cabo por List e Savikhin³⁴ que conduziram uma experiência de larga escala junto de crianças em idade escolar da área de Chicago com baixos rendimentos familiares e abrangidas pelo programa alimentar subvencionado USDA, os menores que pertenciam ao grupo (criado de forma aleatória) que apenas recebia a mensagem explícita (juntamente com a roda dos alimentos) sobre os benefícios da fruta (neste caso desidratada) em vez da escolha de biscoitos apresentaram os resultados mais baixos: 17% de consumo de fruta. Já nos outros três grupos, que apresentavam incentivos positivos (ex. ganhar um prêmio simbólico se fizessem a escolha “certa”) e/ou negativos (ex. perder o prêmio se escolhessem “erradamente”), a demanda chegou a subir 80%. Depois de terminada a experiência, constatou-se que estes últimos grupos mantinham uma maior propensão para o consumo de fruta do que o primeiro.

Ainda no âmbito da disponibilidade, desta feita em conexão com as normas sociais, vários estudos vêm confirmando o poder das expectativas e da percepção do comportamento dos pares, designadamente na garantia de conformidade.³⁵ Com efeito, as expectativas e opiniões e comportamentos prévios de outros agentes condicionam a avaliação das escolhas, incluindo alimentares, num fenómeno de confirmação e de

conformação. Nestes termos, recorde-se o estudo de Cardello e Sawyer,³⁶ em que dividiram voluntários em três grupos para experimentar uma marca de sumo de um novo fruto tropical. A cada um foi dada uma informação preliminar diferente sobre os resultados das provas por outros sujeitos, variando entre “gostaram muito”, “não gostaram nada” e “não gostaram nem desgostaram”. No final da experiência, observou-se uma correlação muito próxima entre a opinião passada ao grupo e a sua sentença sobre o produto. Assim, o grupo com expectativas mais altas reportou um nível de apreciação superior ao que foi brindado com uma avaliação negativa. Ora, toda a publicidade da McDonald’s promove a ideia de uma experiência gustativa positiva e até cada vez mais saudável, nomeadamente sublinhando que a carne é em regra nacional, grelhada, só com uma pitada de sal e com legumes frescos e pão fofo...

Por outro lado, algumas das experiências e estudos referidos acima recordam que não comer de forma saudável não se trata somente de um problema de racionalidade limitada, mas também de vontade limitada, com a necessidade de incentivos e lembretes constantes e de combate a fenômenos de enviesamentos de ação única (*single action bias*) que traduzem uma elasticidade “moral” interna dos agentes, um pouco na linha de que uma boa ação compensa uma ou mais más ações. A título de exemplo, na balança interior sobrestima-se ter comido fruta ao almoço e subestima-se o consumo de refrigerantes e batatas fritas, alcançando-se, desta forma, certa satisfação com a própria atuação. Outra ilustração de motivação limitada inconsistente reside na distorção de restrição (*restraint bias*)³⁷ em que a percepção iludida que o consumidor tem da sua capacidade pessoal de contenção, designadamente na ingestão calórica, promove comportamentos compulsivos num fenómeno de *boomerang* e pode, inclusivamente, gerar adição a determinado tipo de alimentos, com comprovação neurológica.³⁸

Estes fenômenos aparecem ligados, em particular, ao chamado desconto hiperbólico (*hyperbolic discount*) e uma revelada tendência para a inércia (*status quo bias*). O desconto hiperbólico traduz-se numa preferência desproporcionada pelo presente e à conseqüente miopia em relação ao futuro. Afinal, as calorias vazias ingeridas hoje não se repercutem de imediato no peso, levando tempo a acumulação de gordura que é, deste modo, desvalorizada no momento da decisão de consumo, procrastinando pois a adoção de uma dieta saudável.³⁹ Já por seu lado, o *status quo bias* apresenta uma dimensão emocional de conforto e apego à referência do cenário presente existente, sendo qualquer alteração percecionada como uma perda, potenciando assim resistência à mudança e a manutenção dos comportamentos habituais. Este enviesamento frequente decorre da combinação de diversos fatores que se reforçam mutuamente: aversão a perdas, efeito de dotação, custos de transação, compromisso psicológico e evitar o remorso. No caso em apreço, tal pode significar que crianças que cresceram à sombra de comida de plástico terão dificuldade em modificar os seus padrões alimentares mesmo se lhes apresentarem alternativas como mais saudáveis.

Pense-se, como ilustração deste fenómeno, na inadvertida experiência real que sucedeu no mercado de seguros automóvel nos Estados de New Jersey e da Pennsylvania, no início da década de 90.⁴⁰ No âmbito das reformas do enquadramento legal da reparação cível de danos causados pela prática de ato ilícito, aos consumidores foram apresentadas duas alternativas para o seguro automóvel: uma mais cara que possibilitava o direito pleno de processar e uma mais barata com algumas restrições no direito de litigância. Em New Jersey, a segunda opção foi legislada como a regra supletiva (*default rule*) e escolhida pela maioria. Na Pennsylvania, onde a regra supletiva era a opção mais cara, apenas uma minoria escolheu a solução mais barata. Este caso, aliás, chama a atenção para o caráter pegajoso da regra supletiva e, em consequência, o cuidado extremo na sua definição, seja pela oferta no mercado, seja pelo legislador. Ora, no McDonald’s, o Mc Lanche Feliz (e não a salada ou a sopa que também vendem) surge como a escolha por defeito para crianças. Mais, a própria ordem e tamanho em que surgem os seus componentes empurra para a integração de hambúrguer ou *nuggets* e de batatas fritas. Mais, os próprios funcionários assumem, salvo se lhes for dada indicação em contrário, que a refeição é acompanhada por batatas fritas, dificultando pois escolhas mais nutritivas.

Por outro lado, atente-se, no consumo alimentar, à importância das emoções,⁴¹ até porque envolve os vários sentidos, a memória e elementos viscerais. Comportamentos impulsivos com a escolha de soluções menos saudáveis, como, por exemplo, a chamada comida de conforto quando se está triste ou estressado ou com

saudades ou em contextos de múltiplas e simultâneas requisições, sobrepõem-se frequentemente a um raciocínio procedimental de análise custo-benefício e apelam a uma gratificação imediata, em vez da ponderação dos efeitos em longo prazo, num enviesamento pelo presente. Veja-se que a dieta escolhida é, em muito, baseada no que é mais familiar, seja pela sua dimensão emocional, seja pela sua saliência e disponibilidade cognitiva.⁴²

Por fim, fatores externos,⁴³ com os quais a oferta joga, como o ruído, a iluminação, a cor, o tipo de embalagem, o tamanho das porções⁴⁴ afetam a decisão e distraem o consumidor, levando-o a ingerir o que racionalmente não parece adequado. Os dados revelam que estes elementos determinam não apenas o comportamento dos adultos, mas igualmente os das crianças e jovens, em especial nos meios socio-econômicos mais desfavorecidos e quando comem em frente do televisor ou em restaurantes de *fast food*, nomeadamente preferindo porções maiores de batatas fritas e carne e menores de vegetais,⁴⁵ devido a uma distorção ilusória sobre o valor nutricional.⁴⁶ Da mesma forma, observou-se que os adolescentes deitam 88% mais de sumo num copo baixo e largo do que num copo alto e fino com a mesma capacidade⁴⁷ ou que as crianças que receberam M&M's coloridos consumiram mais 69% do que as incluídas no grupo que recebeu M&M's de uma só cor.⁴⁸

Os comportamentos alimentares, até por razões evolucionárias e biológicas, tendem, pois a apresentar e revelar sistemáticos aspetos idiossincráticos não consistentes com o postulado da racionalidade, sendo exacerbados e manipulados através da publicidade pela indústria agroalimentar, incluindo a McDonald's.⁴⁹

5. Conclusões

O título do presente trabalho propõe uma indagação, inspirada em um argumento utilizado pelo julgador do caso concreto em estudo: *“Afim, a quem compete educar nossas crianças?”*. A resposta à pergunta parece clara e surge, literal, do art. 227 da Constituição: compete à família, à sociedade e ao Estado.

Evidentemente que, para ser legítima, em um Estado Democrático e de Direito, a atuação do Estado, em todas as circunstâncias e também nesta, que se refere à tutela da infância, deve se pautar pelo respeito ao ordenamento jurídico e às instituições. No caso em exame, não é possível identificar a presença de qualquer forma de manifestação de paternalismo jurídico (assim entendido como arbitrariedade ou autoritarismo incompatíveis com o Estado de Direito): a decisão do Procon consistiu na aplicação de penalidade a empresa, após processo administrativo hígido do ponto de vista formal, por afronta a norma administrativa fundamentada na Constituição.

Já no que concerne à “adequação” de uma Resolução como a que se tem em análise, para o fim “material” de proteção das crianças, as diversas áreas do saber, felizmente, evoluíram no sentido de fornecer elementos objetivos que permitam identificar situações objetivas de vulnerabilidade ou fragilidade humana. A Economia Comportamental constitui, nesse cenário, uma expressão segura da evolução das pesquisas. E suas teses são hábeis a esclarecer a dúvida sobre o tema em questão.

Em suma, nem pais, nem filhos por maioria de razão, enquanto agentes econômicos são plenamente racionais nas suas decisões de consumo. Mais, as suas preferências são construídas e dinâmicas e não meramente pré-estabelecidas e estáticas.

Esta verdade insofismável é bem conhecida dos especialistas de *marketing* que exploram, inclusivamente através dos ensinamentos do novo *neuromarketing*, os enviesamentos cognitivos e sociais, os sentimentos e a motivação finita do seu público alvo, entre outros pelo enquadramento do produto, a mensagem, cores, sons, cheiro, localização, o *timing* da decisão. Tanto assim é que o próprio Direito, um pouco por todo o mundo, vem reagindo e estabelecendo limites, por exemplo, permitindo na venda à distância ou porta a porta um período de “arrefecimento” em que o consumidor pode livremente e sem custos resolver o contrato ou proibindo o envio de comunicações não solicitadas sem consentimento prévio expresso do consumidor.⁵⁰ Posto de outro modo, o legislador parece reconhecer que o consumidor não é completamente racional nas suas decisões mesmo perante toda a informação pré-contratual prestada, independentemente de abusos. Por

maioria de razão, a proteção de consumidores menores só pode ser reforçada e o conceito de abuso, alargado.

Uma nota final adicional para reflexão: mesmo sabendo os malefícios para a saúde relacionados com o consumo de *junk food*, transmitindo até essa mensagem aos filhos, poderá a sua escolha pelos pais, em especial de baixos rendimentos nos países ditos desenvolvidos, ser racional, pelo menos no curto prazo. Afinal, é aí mais barato do que a comida saudável e preenche as necessidades calóricas, caracterizando-se como um verdadeiro bem de Giffen. Por exemplo, em Portugal, estima-se o custo mensal de 766€ para garantir a alimentação saudável de um casal com dois filhos.⁵¹ Mais, permite aos progenitores poupar tempo (por as refeições já estarem pré-preparadas), precioso para trabalhar mais (e consequentemente aumentar os rendimentos familiares) ou para o convívio familiar, o que também se aplica às famílias de classe média brasileira que parecem mais afetadas pelo fenómeno da obesidade. Veja-se, aliás, a unanimidade crescente da doutrina⁵² em torno do fenómeno de segregação social em que as classes sociais mais baixas tendem a apresentar, paradoxalmente, níveis de excesso de peso e de obesidade mais elevados que as classes mais ricas. Nos Estados-Unidos, inclusivamente, alerta-se para fenómenos de “desertos alimentares” (*desert foods*), em especial em ambientes desfavorecidos, rodeados de cadeias de *fast-food* e de lojas de conveniência, sem acesso próximo a escolhas nutricionais equilibradas.⁵³ Ora, a tendência, evidenciada em tantas áreas, do consumo ao problema ambiental, sugerem fenómenos de mimetismo e reprodução de comportamentos dos países mais desenvolvidos pelos em vias de desenvolvimento ou menos desenvolvidos e das classes mais altas pelas mais baixas. Assim, muito provavelmente, *ceteris paribus*, a epidemia da obesidade atingirá as camadas mais pobres da população brasileira, agravando o fosso social.

Por outras palavras, o consumo de comida de plástico tem por trás razões bem mais complexas do que a falta de informação e a (ir)responsabilidade parental. Há uma enorme responsabilidade social, e da indústria agroalimentar em especial, no combate por um direito a uma alimentação nutricionalmente saudável e a um consumo ótimo.

6. Referências

- ARIELY, Daniel (2010). *Predictably Irrational*, revised and expanded edition, Harper Perennial, New York.
- ARAUJO, Fernando. *Adam Smith. O conceito mecanicista de liberdade*. Lisboa: Almedina, 2001.
- ASCH, Solomon (1955). Opinions and social pressure, *Readings about the social animal*, 17-26.
- BITLER, Marianne; HAIDER, Steven J. (2011). An economic view of food deserts in the United States, *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol. 30, n. 1, 153-176. Contra, Pearson, Tim [et al.] (2005). Do “food deserts” influence fruit and vegetable consumption?—a cross-sectional study, *Appetite*, n. 45, 195-197.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: Editora UNB, 1998.
- CARDELLO, A.V.; SAWYER, F.M. (1992). Effects of Disconfirmed Consumer Expectations on Food Acceptability. *Journal of Sensory Studies*, Vol. 7, 253-277.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha limpa. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali. Itajaí, v. 9, n. 1, 1.º quadrimestre de 2014, p. 113-141.
- COLAPINTO, C. K. [et al.] (2007). Children's preference for large portions: prevalence, determinants, and consequences. *Journal of the American Diet Association*, 107(7), 1183-90.
- COURI, Sergio. *Liberalismo e societalismo*. Brasília: Editora UNB, 2001.
- DAMÁSIO, António (2011). *O erro de Descartes*, Reimpressão, Temas e Debates; (2012).
- _____. *Ao encontro de Espinoza*, Reimpressão, Temas e Debates.

DENEEN, Karen M. von & LIU, Yijun (2012). Food addiction, obesity and neuroimaging. In David Belin (ed.), *Addictions – From pathophysiology to treatment*, InTech, 259-290.

DILIBERTI, N. [et al.] (2004). Increased portion size leads to increased energy intake in a restaurant meal. *Obesity Research*, vol. 12, 562-568.

DOWLING, John Malcolm & YAP, Chin-Fang (2007). Modern developments in behavioral economics: social science perspectives on choice and decision-making, *World Scientific*, Singapore, 67-68.

DREWNOWSKI, A. (2009). Obesity, diets, and social inequalities. *Nutrition Review*, 67: 1, 36-39.

DUTKO, Paula (2012). Food deserts suffer persistent socioeconomic disadvantage. *Choices*, 3rd Quarter, 27(3) Agricultural and Applied Economics Association.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, v.I, p.142.

GIGERENZER, Gerd & SELTEN, Reinhard (2002). *Bounded rationality: the adaptive toolbox*, MIT Press, Cambridge, MA.

JUST, David R & WANSINK, Brian (2009). Smarter lunchrooms: using behavioral economics to improve meal selection, *Choices*, 3rd Quarter, 24:3, Agriculture and Applied Economics Association.

_____, MANCINO, Lisa & WANSINK, Brian (2007). Could behavioral economics help improve diet quality for nutrition assistance program participants?, *Economic Research Report* n. 43, IV, 10-12.

KAHN, Otto H. *The menace of paternalism*. *The Constitution Review*, 1919, v. 3, n. 114.

KAHN, B.E. & WANSINK, Brian (2004). The influence of assortment structure on perceived variety and consumption quantities, *Journal of Consumer Research*, Vol. 30, 519-533.

KAHNEMANN, Daniel & TVERSKY, Amos (1974). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. *Science* 185 (4157): 1124-1131; (1979).

_____. *Prospect theory: an analysis of decision under risk*, *Econometrica* 47 (2): 263; (1981).

_____. *The framing of decisions and the psychology of choice*. *Science* 211 (4481): 453-458; (1984).

_____. *Choices, values and frames*. *American Psychologist* 39 (4): 341-350.

LIANG, T.; KUHLE, S. & VEUGELERS, P. J. (2009). Nutrition and body weights of Canadian children watching television and eating while watching television, *Public Health Nutrition*, 12(12), 2457-2463.

LIST, John A.; SAVIKHIN Samek Anya (2015). The behavioralist as nutritionist: leveraging behavioral economics to improve child food choice and consumption, *Journal of Health Economics*, vol. 39, Janeiro 2015, 135-146.

MILL, John Stuart. *A Liberdade/Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 – com a emenda n. I, de 1969*, 1970.

NORDGREN, Loran F.; HARREVELD, Frenk van & PLIGT, Joop van der (2009). The restraint bias: how the illusion of self-restraint promotes impulsive behavior, *Psychological Science*, Vol. 20, n. 12, 1523-1528.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O sistema nacional de defesa do consumidor – Histórico*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, v. 44, out-dez 2002, p. 97-105.

PI, Daniel; PARISI, Francesco & LUPPI, Barbara (2013). *Biasing, Debiasing, and the Law*, University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 13-08.

PRADO, Ney. *Paternalismo constitucional*. Justiça & Cidadania, maio de 2014.

RICHARDS, Timothy J. & HAMILTON, Stephen F. (2012). Obesity and hyperbolic discounting: an experimental analysis, *Journal of Agricultural and Resource Economics* 37(2), 181-198.

SCHARFF, Robert L. (2009). Obesity and hyperbolic discounting: evidence and implications, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 32, n. 1, 3-21.

SIMON, Herbert (1957). A behavioral model of rational choice, *Models of man, social and rational: mathematical essays on rational human behavior in a social setting*. New York: Wiley.

SINGH, Gopal K.; SIAHPUSH, Mohammad & KOGAN, Michael D. (2010). Rising social inequalities in US childhood obesity, 2003-2007, *Annals of Epidemiology*, vol. 20, n. 1, 40-52; [et al.] (1997).

_____. Social inequality in coronary risk: central obesity and the metabolic syndrome. Evidence from the Whitehall II study, *Diabetologia*, n. 40, 1341-1349.

SMITH, Trenton & TASNADI, A. (2007). A theory of natural addiction, *Games and economic behavior*, [http://ssrn.com/abstract=979192].

SMITH, T.G. (2004). The McDonald's Equilibrium: advertising, empty calories, and the endogenous determination of dietary preferences, *Social Choice and Welfare*, vol. 23, n. 3, 383-413.

SOUZA, Washington Peluso Albino. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

THALER, Richard & SUSTEIN, Cass R. (2009). *Nudge*, Academia do livro.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção dos vulneráveis como legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos* (1993-2013). Fortaleza: IBDH/IIDH/SLADI, 2014.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

YOUNG, Lisa R. & NESTLE, Marion (2002). The contribution of expanding portion sizes to the US obesity epidemic, *American Journal of Public Health*, 92(2), 246-249.

VAN ITTERSUM, K. & WANSINK, Brian (2007). Do children really prefer large portions? Visual illusions bias their estimates and intake, Comment, *Journal of the American Diet Association*, 107(7), 1107-1110; Smith, T.G. (2004). 404.

_____. (2003). Bottoms Up! The Influence of Elongation on Pouring and Consumption, *Journal of Consumer Research*, vol. 30, 455-463.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Renovar. Edição fac-similar da de 1968, 1988.

WANSINK, B. (1996). Can package size accelerate consumption volume?, *Journal of Marketing*, vol. 60, 1-14.

Pesquisas do Editorial

- PUBLICIDADE ABUSIVA, de Rosângela Amatrudo - RDC 52/2004/163
- OS EFEITOS DA PUBLICIDADE NA "VULNERABILIDADE AGRAVADA": COMO PROTEGER AS CRIANÇAS CONSUMIDORAS?, de Káren Rick Danilevich Bertonecello - RDC 90/2013/69
- A COMÉDIA DA PUBLICIDADE: ENTRE A SÁTIRA E O POLITICAMENTE CORRETO, de Mariana

Menna Barreto Azambuja - RDC 96/2014/89

© edição e distribuição da EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.