XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

JOANA STELZER

RENATA DE ASSIS CALSING

CLAUDIA LIMA MARQUES

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Claudia Lima Marques; Joana Stelzer; Renata de Assis Calsing - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-442-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Consumismo. 3. Superendividamento. 4. Responsabilidade civil. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

Estes anais representam a consolidação de diferentes estudos realizados por pesquisadores e estudantes oriundos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil que foram selecionados pelo sistema double blind peer review e apresentados e discutidos no Grupo de Trabalho Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo ocorrido por ocasião do XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília, entre os dias 19 a 21 de julho de 2017. Sob o tema "Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas" e com a parceria da Universidade de Brasília (Curso de Pós-Graduação em Direito da UnB - Mestrado e Doutorado), o encontro mais uma vez oportunizou um espaço multidimensional para as mais variadas e vívidas discussões. O CONPEDI tem se consagrado ano após ano como maior e melhor evento da Pós-Graduação em Direito do País.

O Grupo de Trabalho se destacou pela profundidade na discussão de seus temas, onde podemos destacar estudos sobre as relações de consumo, com destaque para as situações de vulnerabilidade que dela podem decorrer; sobre o consumismo em um mundo globalizado e as dificuldades e novos desafios daí decorrentes; sobre o superendividamento em suas diversas nuances; e aspectos de responsabilidade civil e penal decorrentes do direito consumerista.

Os diversos temas que integram esse volume demonstram o incontestável esforço dos autores em trazer à luz temáticas com densidade teórica e complexidade, ou seja, características oportunas para os estudos em esfera de pós-graduação.

Esta coletânea conseguiu reunir uma massa crítica de cunho reflexivo sobre diferentes temas ligados à sua área de pesquisa que se encontram na vanguarda das discussões atuais, tanto no Brasil como no exterior. Os trabalhos promovidos no encontro presencial também possibilitaram novas reflexões acerca das pesquisas selecionadas, possibilitando uma interlocução entre diferentes grupos de pesquisadores, de diferentes regiões do país e comprometidas a continuar desbravando novos temas que consigam fazer a ponte entre a academia e a função do direito nas políticas públicas que visam reduzir as desigualdades sociais existentes hoje no Brasil.

Desta forma, é com imensa satisfação que as Coordenadoras desse Grupo de Trabalho apresentam esta obra. Pela novidade e profundidade de seus artigos, acreditamos em seu potencial de elevar as discussões entre os cursos de Pós-graduação no Brasil e os setores público e privado, a fim de que o estudo do Direito alcance, cada dia mais, sua função de transformação das relações sociais desiguais perpetuadas pela globalização do consumo, que abarcam as relações de produção de bens, de trabalho e capital, além do comércio, que é apenas o desfecho do ciclo do capitalismo moderno.

Profª. Drª. Claudia Lima Marques

Profª. Drª. Joana Stelzer (UFSC)

Profª. Drª. Renata de Assis Calsing (UDF)

A PUBLICIDADE INFANTIL ABUSIVA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

ABUSIVE CHILD ADVERTISING IN THE FRAMEWORK OF CONSUMER RELATIONS AND CIVIL RESPOSABILITY

Mariana Loureiro Gama
Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

Resumo

As mensagens difundidas através da publicidade influenciam crianças e adolescentes cada vez mais. Caso a publicidade seja exercida fora dos padrões e valores sociais, poderá gerar danos aos consumidores, risco que se eleva bastante ao se tratar de publicidade dirigida ao público infantil. Nesse caso, a responsabilidade civil do fornecedor vem à tona e o Poder Público tem o dever de reparar os danos causados pela publicidade abusiva ou enganosa. O artigo se propõe a analisar a aplicação e eficácia da responsabilidade civil diante da publicidade abusiva infantil. Para tanto, será utilizada metodologia de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Publicidade infantil abusiva, Responsabilidade civil, Direito do consumidor

Abstract/Resumen/Résumé

The messages spread through advertising influence children and adolescents more and more. If advertising is carried out outside social standards and values, it can generate damages to consumers, a risk that is high when it comes to advertising directed at children. In this case, the liability of the supplier comes to the fore and the Public Authorities have a duty to repair the damages caused by the abusive or misleading advertising. The article proposes to analyze the application of civil liability in the face of abusive child advertising. For this purpose, a bibliographical and documentary research methodology will be used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Child abusive advertising, Civil responsability, Consumer rights

1. INTRODUÇÃO

O consumo é mais do que presente em nossas vidas, pois praticamos esse ato diuturnamente. A publicidade, por sua vez, é a principal prática comercial que nos traz informação sobre os produtos/serviços disponíveis no mercado, contribuindo, assim, com grande parcela de responsabilidade por este consumo. Essas formas de provocar o desejo de consumir atingem toda a sociedade, indiscriminadamente. As envolventes técnicas de marketing alcançam todas as pessoas, de todas as idades, principalmente as crianças que, subjugadas pelo encanto provocado pelas cores e formas utilizadas pela mídia, tornam-se totalmente vulneráveis à sedução da propaganda/publicidade. Trata-se de uma relação amplamente desleal, em que, de um lado, tem-se um ser em estado de formação e, de outro, grandes empresas com o azo de convencer para aumentar o lucro, dispostas a investir milhões de reais para atingir os objetivos.

Diante da hipervulnerabilidade da criança, o presente estudo se propõe a discutir a temática da publicidade abusiva infantil nas relações de consumo e as questões acerca da aplicação e efetividade do instituto da responsabilidade civil, no ordenamento jurídico nacional, em coibir os abusos dos fornecedores e reparar os danos causados. Para tanto, procura-se debater, através de análise sob o enfoque do direito do consumidor, ao tomar a criança como sujeito vulnerável, a necessidade de regulamentação da publicidade dirigida ao público infantil e de aplicação das regras de responsabilidade civil, de maneira preventiva e repressiva, a fim de inibir a constante prática de publicidade abusiva pelos fornecedores.

Os breves apontamentos e conclusões aqui expostos foram obtidos através da utilização de metodologia de pesquisa histórico-descritiva, em relação aos seus objetivos; quanto ao procedimento técnico, a pesquisa é bibliográfica e documental. Ao final, objetiva-se concluir se há no país normas suficientes para combater, reduzir ou até mesmo vedar a prática publicitária abusiva de maneira eficaz e, ainda, propor a construção de parâmetros de aplicação das regras de responsabilidade civil nesses casos, para desenvolver o instituto e, assim, solidificar a proteção do consumidor.

Enquanto não se dispuser de uma lei eficaz, que proíba, de uma só vez, a publicidade infantil, caberá aos pais, como responsáveis diretos pela criança, e a sociedade como um todo ajudar na conscientização do público infantil. Também poderá ser altamente benéfica a adoção de medidas informativas e educativas dentro das

escolas, para que haja educação formal nesse sentido, criando uma cultura a respeito do consumo, o que resultaria em cidadãos cônscios do efeito das propagandas em seu inconsciente. Só alguém informado acerca da nocividade que o abuso das técnicas de marketing provoca no ser humano, poderá refutar e desmerecer a propaganda enganosa ou abusiva.

2. A PUBLICIDADE INFANTIL E A CRIANÇA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A sociedade contemporânea, chamada de sociedade de massas, tem como característica dominante no cenário da globalização, a comunicação, segundo Jacobina (1996). Diante de tamanha complexidade de relações e intenso desejo de consumo, há constante comercialização de diversos bens para diversos sujeitos e classes sociais.

Para que os consumidores possam obter seus bens, é indispensável que consigam ter conhecimento das ofertas de produtos ou serviços disponíveis no mercado de consumo. Esta tarefa informativa cabe à publicidade, que consiste em um conjunto de técnicas visando à promoção de certa atividade econômica, com intuito lucrativo.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) não define o que seria a publicidade, porém trata, em seu artigo 37, especificamente, quanto a sua utilização:

> "Art. 37: É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
> §1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
> §2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a 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 saúde ou segurança.
> §3º Para os efeitos desse código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço" (BRASIL, 1990).

Por outro lado, a doutrina avalia a publicidade de forma variada, dando-lhe enfoque conceitual sob outra perspectiva. Marques (1999) define a publicidade como sendo "toda a informação ou comunicação com difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado".

Para Erbolato (1985), a publicidade pode ser classificada como a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação. O autor também adota uma segunda definição para o termo, referindo-se à publicidade como o conjunto de técnicas de ação coletiva, utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo clientes.

A definição trazida por Barbosa e Rabaça (2001) é considerada como sendo mais completa. Os autores afirmam que, em geral, não se fala em publicidade com relação à comunicação persuasiva de ideias. Nesse caso, o termo "propaganda" é mais adequado, pois inclui objetivos ideológicos, comerciais, etc. O significado do termo "publicidade" mostra-se mais abrangente no sentido de divulgação, ou seja, tornar público, informar, sem que isso implique, necessariamente, em persuasão.

A publicidade, nos tempos de uma sociedade de comportamento de massa, caracteriza-se como uma ferramenta de largo alcance, capaz de manobras cada vez mais especializadas, tendo em vista a maximização do lucro da venda de bens e serviços dos contratantes. Não é objeto de preocupação inicial dos anunciantes atender uma demanda real de mercado; o grande desafio da publicidade hoje é "vender geladeira a esquimós", isto é, produzir falsas necessidades. Neste cenário, as crianças se tornam alvos fáceis para os anúncios comerciais, pela desvantagem natural da inocência, credulidade, ingenuidade e inaptidão psicológica e biológica para entender e se posicionar diante das mensagens sedutoras e persuasivas.

Diante dessa situação, considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) adotou, em seu artigo 227, a doutrina da proteção integral do menor (HENRIQUES, 2006) e que a publicidade deve respeitar a vulnerabilidade do consumidor e seu direito à informação, o ordenamento jurídico pátrio concedeu maior proteção à criança, sujeito notoriamente mais vulnerável em relação aos demais, principalmente ao tratar da publicidade infantil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) definiu a criança, através do critério cronológico, em seu artigo 2º, onde diz que "considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa ate 12 (doze) anos de idade incompletos" (BRASIL, 1990). O ECA tratou de tutelar os direitos da criança, contudo, foi incapaz de regular a totalidade de situações (como qualquer lei), em que as crianças são alvos de abusividade, como é o caso da proteção à criança quanto consumidora.

No ordenamento pátrio não existem leis que regulamentam especificamente essa relação de consumo. Há somente regulamentos do Conselho Nacional de

Autorregulamentação Publicitária (CONAR) que não tem o escopo de tutelar a criança e seus interesses, mas apenas proferir recomendações aos fornecedores e anunciantes, sem possuir qualquer poder coercitivo para fazer valer tais orientações.

A criança não possui discernimento aceitável para receber tanta informação publicitária, carecendo de certos amparos mínimos, por ser considerada pessoa em desenvolvimento. Assim, ela é bastante influenciada e, por isso, existe uma necessidade maior de proteção estatal contra publicidade infantil lesiva. Rossato (2010) reafirma a necessidade dessa proteção:

> "As crianças são titulares de direitos humanos, como quaisquer pessoas. Aliás, em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, fazem jus a um tratamento diferenciado, sendo correto afirmar, então, que são possuidoras de mais direitos que os próprios adultos".

Tem-se por publicidade ideal toda aquela que respeita o público ao qual é dirigida, levando em consideração suas especificidades. Dessa forma, devem ser respeitadas as limitações estipuladas no ordenamento jurídico brasileiro, além dos princípios fundamentais do Direito, para a aplicação em conformidade com a Constituição Brasileira de 1988.

A promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, fez com que a democracia se consolidasse no Brasil. Na época, existiam dois grupos debruçados sobre o tema da infância brasileira: os menoristas e os estatuístas. Aqueles defendiam apenas a manutenção do Código de Menores, já existente, e seguiam a Doutrina da Situação Irregular, que seguia um sistema de atendimento que variava do assistencialismo à total segregação e onde, via de regra, os menores eram tratados como objetos de tutela do Estado. Essa política de correção aumentou a criação do número de abrigos e de internatos, onde ocorria todo tipo de violação aos direitos humanos.

Já os estatuístas queriam realizar uma grande mudança no Código, implantando novos direitos que fizessem com que as crianças saíssem de objetos de direito, como eram tratados até então, e passassem a ser reconhecidas como sujeitos de direitos, sendo amparados pela Doutrina da Proteção Integral.

Essa doutrina tinha como base principal a Convenção sobre o Direito da Criança aprovada pelo Congresso brasileiro em 1990. O Presidente da República promulgou a Convenção através da publicação do Decreto Legislativo no 99.710, transformando-a em lei interna. Os menores passaram a ser tratados de acordo com a sua situação especial de pessoas em desenvolvimento, a quem se deve sempre ser assegurada uma

prioridade quanto a formulação de políticas públicas e que merecem uma atenção especial quanto a distribuição de recursos nas dotações orçamentárias do país.

A implantação desse novo modo de ver a criança e o adolescente, no Brasil, trouxe um grande avanço em relação à criação de políticas públicas. A partir do momento em que os menores passaram a ser considerados como sujeitos de direito, passou-se a exigir do Estado e da própria sociedade que as crianças e os adolescentes fossem colocados como prioridade de suas ações e preocupações. O princípio da prioridade e preocupação integral estabelece a obrigação de se garantir que os direitos definidos no ECA sejam aplicados e cumpridos corretamente. É exigida, ainda, a atenção integral das entidades de atendimento e das instituições públicas que devem ter o compromisso de acompanhar cada um das crianças que atendem. Devem também prezar para que seus direitos sejam respeitados na totalidade.

A doutrina da proteção integral

> "afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade de seu povo e da sua espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos" (COSTA, 1992, p.19).

A família surge como o primeiro agente responsável pela socialização e educação da criança. O Estado tem o dever de promover políticas públicas sociais que impliquem em combater o perigo a que estão expostos as crianças e os jovens, oferecendo condições que permitam amparar e promover a segurança, saúde, educação e desenvolvimento integral.

Ocorreu uma grande evolução da doutrina da situação irregular para a doutrina de proteção integral. Tem-se como uma das conseqüências dos avanços trazidos pela implantação da nova doutrina a substituição do termo "menor" por "criança e adolescente". Usa-se como explicação o fato de o termo "menor" remeter sempre a uma pessoa que não possui direitos. Mesmo o vocábulo sendo usado popularmente com freqüência como uma abreviação para "menor de idade", caiu em desuso dentro do meio científico daqueles que defendem os direitos da infância por fazer referência à doutrina da situação irregular ou ao direito penal do menor, ambos já superados pela legislação atual.

Dessa forma, quando se tratar da publicidade infantil, sempre se deve levar em consideração a doutrina da proteção integral, entendendo a criança como um ser

vulnerável e em formação, levando em consideração a faixa de idade do público alvo e as muitas fases de seu desenvolvimento físico e mental. Ao se dirigir ao público infantil, o anúncio tem de observar a vulnerabilidade específica desta espécie de consumidor. O motivo é simples: a ausência de experiência e análise criteriosa das publicidades dirigidas à criança.

Por isso que a publicidade deve ser clara e identificada como tal, nos termos do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e nunca pode valer-se de artimanhas, como a invasão no mundo lúdico da criança, como no caso das redes de *fast-food* que oferta brinquedos junto com alimentos.

Nas palavras de Benjamin (2007), apesar da vulnerabilidade inerente a todo consumidor, apenas serão hipossuficientes determinadas categorias, por conta de suas peculiaridades, e conclui que "a utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática".

Não obstante, Henriques (2006), ao comentar a matéria, afirma que qualquer publicidade dirigida ao público infantil tem característica abusiva, de forma presumida, pelo fato de se voltar para um sujeito sem discernimento necessário para identificar a publicidade como tal

> "Qualquer publicidade dirigida às crianças – assim consideradas pessoas menores de 12 anos – são intrinsecamente abusivas, na medida em que, se elas não compreendem o caráter parcial da mensagem publicitária não tem condições de entendê-las como tal e, por isso, elas estarão sempre tendo a sua deficiência de julgamento e experiência explorada pela publicidade"

Assim, por conta da necessidade de proteção especial do público alvo, a publicidade voltada para as crianças terá de seguir certos cuidados e parâmetros legais, além da razoabilidade, pois violações dessa espécie podem configurar prática abusiva por parte do fornecedor.

3. A CRIANÇA COMO HIPERVULNERÁVEL E A PUBLICIDADE ABUSIVA

Não há proibição à publicidade, mas o ordenamento pátrio se posiciona, de maneira mais ampla, contra aquela que seja lesiva ao consumidor, que o engane ou abuse de sua vulnerabilidade (artigos 4º e 37, do CDC), sendo certo que também não se descuidou de combater outras quaisquer práticas mercadológicas enganosas ou abusivas.

Considerando que o conceito de abusividade representa a afronta aos valores e princípios de boa-fé e bons costumes, ao tratar especificamente do abuso em publicidade, o ordenamento pátrio, através do CDC, considera abusiva toda e qualquer publicidade que gere ou que seja capaz de gerar dano aos valores essenciais da sociedade (SANTOS, 2000).

O próprio CDC não conceitua publicidade abusiva em seu artigo 37, §2º. Depreende-se que a publicidade deva ser ética, sem violar os valores sociais. Ainda, ao se valer da expressão "dentre outras", logicamente, está-se diante de um rol exemplificativo, pois a abusividade nesta matéria é conceito indeterminado, flexível, devendo levar em conta os valores sociais a serem zelados.

Neste sentido, Dias (2010) afirma que

> "o referido §2º não traz em seu texto normativo um conceito preciso de abusividade, mas, a partir das situações nele exemplificadas, pode-se definir como abusiva toda publicidade que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade, sobretudo nos mandamentos da Constituição (...). Nesse sentido, o §2º do art. 37 do CDC, por oferecer um conteúdo vasto e flexível, a ser preenchido no caso concreto pelo julgador, introduz nas relações de consumo uma verdadeira *cláusula geral de não abusividade*. (...) O rol do §2º é, assim, meramente exemplificativo, de modo que pode surgir outras situações de abusividade, vis à vis o exame do caso concreto. (...) Nesse contexto, a pedra de toque para a configuração da ilicitude da publicidade abusiva é a verificação do seu *potencial abusivo*, no sentido de ser lesiva, ou potencialmente lesiva, à moral coletiva"

Cumpre ressaltar que a definição de abusividade não guarda relação com o produto ou serviço anunciado, mas apenas com a mensagem a ser vinculada. E mais, ainda que a publicidade seja verdadeira, nenhuma forma de abusividade será tolerada pelo ordenamento brasileiro, pois o objetivo da norma é garantir a liberdade de escolha do consumidor de maneira consciente (MALTEZ, 2011).

Marques (2004), para definir a questão, conceitua que "a publicidade abusiva é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores básicos, que fere a própria sociedade como um todo".

Por terem as crianças condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, nos termos do artigo 69 do ECA, tratou-se de conceder maior proteção a esses indivíduos, em todos os campos. Toda criança, apesar de não ser plenamente capaz, é equiparada a consumidor para fins de oferta e publicidade (art. 29, CDC), pelo simples fato de estar exposta a ela, com a roupagem da vulnerabilidade inata a sua condição de consumidor (art. 4º, I, CDC).

Por vulnerabilidade, há de se entender a

> "fragilidade dos consumidores em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda a vulnerabilidade técnica" (FILOMENO, 2010).

Porém, existem situações em que, por conta de determinados fatos, o consumidor demonstra uma fragilidade ainda maior em relação aos fornecedores de produtos e serviços.

Qualquer criança necessitará de maior proteção por parte do ordenamento, pois suporta mais de uma forma de vulnerabilidade e, principalmente, não possui discernimento para absorver e resistir às práticas de publicidade abusiva, resultando em inexistência de liberdade de escolha, o que esvaziaria a finalidade da norma. É justamente o que boa parte da doutrina pátria denomina como consumidores hipervulneráveis, ou seja, os que, em virtude de suas características, são mais sensíveis a determinados produtos ou serviços, e mais facilmente expostos a práticas comerciais lesivas dos fornecedores do próprio mercado.

Nesse sentido, vale a leitura do voto de Ântonio Herman Benjamin, ao proferir o acórdão do REsp nº 586.316/MG, ao defender que os consumidores hipervulneráveis demandam maior atenção por parte do ordenamento jurídico, sempre sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, do qual se destaca o seguinte:

> "O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas".

Marques, Benjamin e Bessa (2013) afirmam que

> "a jurisprudência brasileira reconhece a hipervulnerabilidade de alguns consumidores, por idade (idosos, crianças, bebês, jovens), (...) como especificam os arts. 37, §2º, e 39, IV, do CDC. (...). Este reconhecimento significa que produtos e serviços destinados a estes consumidores hipervulneráveis, assim como a publicidade a eles destinada deve guardar parâmetros mais qualificados de boa-fé (...), além do que, se abusivos, dar azo a danos morais diferenciados como no caso de produtos alimentares para bebês (REsp 980860-SP, j. 23.04.2009, rel. Min. Nancy Andrighi)"

Essa especial condição de vulnerabilidade da criança repercute em diversos princípios que regem a matéria. Na visão de Dias (2010), esse foi o motivo pelo qual o legislador tipificou como abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de

julgamento ou experiência da criança para incentivar a venda de produtos ou serviços (art. 37, §2º do CDC).

2.1. PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE

O princípio da identificação merece especial destaque e decorre dos deveres inerentes de toda relação de consumo, como boa-fé, transparência e lealdade. Está tipificado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, que preceitua que "a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal".

Dessa forma, a identificação pelo consumidor deve acontecer sem esforço psíquico, independente de capacitação técnica e ao tempo em que for veiculada. Veda-se, assim, o uso de publicidade camuflada, subliminar ou até mesmo *teasers*, se forem potencialmente lesivos ao consumidor, pois a finalidade é evitar a exposição à publicidade, sem que se tenha chance de resistir aos efeitos persuasivos característicos da mensagem publicitária.

Destaque-se aqui a lição de Lucia Ancona Dias (2006) ao afirmar que tais técnicas violem *per si* o princípio da identificação da publicidade:

> "Exatamente porque o CDC foi omisso no tratamento da matéria é que a proibição genérica quanto a manifestações na 'liberdade de anunciar' consistiria violação à livre iniciativa, princípio de ordem econômica que deve ser harmonizado na análise das relações de consumo, por força do disposto no art, 4º, III, CDC. Destarte, o que nos parece importante para a harmonização dessa relação é o estabelecimento, pela doutrina e jurisprudência, de limites que possibilitem a realização de referidas publicidades sem que delas, contudo, resulte violação aos direitos dos consumidores, i.e., violação à possibilidade de identificação da natureza comercial dos textos e imagens veiculados".

Na visão de Marques, Benjamin e Bessa (2013):

> "A ideia básica do art. 36 é proteger o consumidor, assegurando-lhe o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidos não o são gratuitamente e, sim, têm uma finalidade específica que é promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço (...) visa a garantir ao consumidor a ciência de que não se trata de informação imparcial, mas de informação finalística para o consumo de determinado produto ou serviço e o dever de conduta leal publicitária"

Desse modo, de suma importância que a tutela da publicidade infantil abusiva se dê através dos olhos desse princípio para coibir tais práticas lesivas por parte dos fornecedores e, assim, resguardar a criança e o adolescente, que não possuem

discernimento e capacitação para filtrar o conteúdo das publicidades ao qual estão expostos.

2.2. PRINCÍPIO DA NÃO ABUSIVIDADE NA PUBLICIDADE INFANTIL

O segundo princípio específico da publicidade que merece destaque, ao tratar de publicidade infantil, é o princípio da não abusividade da publicidade, consubstanciado nos artigos 31 e 37, §2º, CDC. Tal princípio possui íntima relação com o princípio da boa-fé e atua de forma a impedir que os consumidores adotem atitudes que lhes sejam prejudiciais à sua segurança, vida, saúde ou à própria vontade (MALTEZ, 2011).

Por seu conteúdo vasto, pode-se dizer que o artigo 37, §2º, instituiu nas relações de consumo um princípio geral de não abusividade que atente contra os valores éticos e morais da sociedade, em desrespeito ao consumidor, que possa induzi-lo a se comportar de forma prejudicial a sua saúde e segurança (DIAS, 2010). O Código Ético do CONAR possui idêntica preocupação ao coibir a publicidade que transgrida valores sociais ou abuse do consumidor por conta da falta de experiência ou superstição deste, em seus artigos 19 a 26.

Conclui-se que, ao tratar de tema tão delicado quanto publicidade abusiva dirigida ao público infantil, acertou o legislador em vedar tal prática e dar maior proteção à saúde física e psíquica da criança, que poderia passar a adotar condutas extremamente lesivas, como por exemplo, o consumo exagerado de alimentos que prejudiquem a sua saúde e qualidade de vida.

3. APLICAÇÃO E EFICÁCIA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE PUBLICIDADE INFANTIL ABUSIVA

Verificadas as razões que motivaram a tutela jurídica da publicidade infantil, impõe-se aferir como se dá a aplicação e eficácia do instituto da responsabilidade civil em casos de veiculação de publicidade abusiva. A própria lei, não fosse pelo veto ao §4º do artigo 37, já demonstrava existir a hipótese de se pleitear indenização por danos em decorrência de mensagem publicitária enganosa ou abusiva. Cumpre aqui destacar as espécies de lesões amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A inibição de publicidade ilícita tem a finalidade indiscutível de resguardar os consumidores, na sua esfera material e extrapatrimonial, ao tutelar seus legítimos

interesses, sejam estes individuais ou coletivos. A pretensão indenizatória não pode ser afastada, tanto pela via constitucional (art. 5º, X, CF/88) seja pela previsão do artigo 6º, VI, CDC.

> "Art. 5º, X, CF: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 1988)
>
> "Art. 6º, CDC: São direitos básicos do consumidor:
> VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" (BRASIL, 1990).

Ao tratar da reparação de danos individuais ou difusos, o princípio basilar a ser observado é o da inexigibilidade da prova da vontade, da enganosidade ou abusividade pelo fornecedor-anunciante, já que a regra do CDC é a responsabilidade objetiva. Contudo, deve-se aferir a ocorrência dos pressupostos da responsabilidade civil e a extensão do prejuízo sofrido, para configurar o dever de indenizar. Ao tratar da aferição do dano individual nos casos de publicidade, orienta Benjamin (2007), "a indução concreta em erro importa para a verificação do dever de indenizar o dano individual, não o dano difuso, de vez que, havendo enganosidade, este é presumido *jure et jure*"

Não obstante, há, ainda que pouco regulamentada, a responsabilidade administrativa do fornecedor (arts. 56, XII e 57 c/c art. 60, caput e §1º, CDC). Trata-se de sanção de contrapropaganda, com escopo de desfazer, corrigir, o mal causado pela publicidade abusiva ou enganosa, configurando uma espécie de reparação *in natura*, a qual também pode ser cumulada com pedido indenizatório, pelo princípio da reparação integral.

A principal diferença entre as espécies é que o dano individual oriundo de enganosidade ou abusividade não se presume de forma absoluta, deve ser comprovado em seus contornos e profundidade, viabilizando assim a reparação correta e justa. Vale lembrar que o ônus probatório é do fornecedor (art. 38, CDC), seja em hipóteses de pretensões à reparação de danos individuais ou difusos.

Para tanto, interessa a análise objetiva (fundamentada na teoria do risco do empreendimento) do anúncio questionado em si mesmo, colocando-se de lado qualquer indagação acerca da presença de culpa ou dolo por parte dos agentes vinculadores (fornecedor, agência publicitária e veículo de comunicação), focando nos efeitos gerados (mesmo que potencialmente) pela publicidade, pois o CDC se preocupa com o resultado, já que o dever de indenizar, ou até o próprio dano, não são automáticos. Assim, no pensamento de Dias (2006), "se a mensagem não apresentar efetiva

capacidade de induzir os consumidores em erro, não haverá que se falar em publicidade ilícita, ausente o pressuposto do dano, ainda que potencial".

O CDC ainda inovou ao equiparar publicidade à oferta, como manifestação unilateral e pré-contratual, que vincula o fornecedor, e se obriga nos termos da publicidade. Ainda, possibilita ao consumidor a execução específica da oferta, através de seu cumprimento forçado ou da abstenção de sua prática (arts. 35, I, e art. 84, §1º, CDC), havendo também possibilidade exclusiva de resolução em perdas e danos.

Há de se ressaltar, como já dito, que o anunciante é, para boa parte da doutrina, responsabilizado na hasta cível, porém há hipóteses em que a agência publicitária, o veículo de divulgação e as celebridades, respondam também nesta mesma esfera, apenas quando agirem dolosa ou com culpa grave. Contudo, ressalte-se que o anunciante possui direito de regresso em face da agência que causou o dano (art. 13, CDC).

Importante ressaltar a existência de três correntes para se determinar o sujeito passivo no caso de publicidade abusiva: a primeira afirma que, por força do artigo 38 do CDC, apenas o fornecedor-anunciante responderia por eventuais danos causados; uma segunda corrente, defendida por Antonio Herman Benjamin, que não exclui totalmente a responsabilidade da agência de publicidade e do veículo de comunicação, já que estes responderiam em casos de atuação com dolo ou culpa grave ao veicular mensagem publicitária; e, por fim, há um terceiro posicionamento, defendido inclusive por Scartezzini Guimarães, que afirma que a responsabilidade de todos esses sujeitos, inclusive das celebridades atuantes na publicidade, seria objetiva e solidária à do fornecedor-anunciante, por inteligência dos artigos 7º, parágrafo único c/c o artigo 25, §1º, ambos do CDC.

Destaque-se que a agência publicitária pode vir a responder objetiva e solidariamente pelo motivo de participar do processo criativo, de planejamento e de execução da publicidade de maneira ativa, apesar de não ser coautora. Mas, não estará responsável pelo cumprimento forçado da obrigação, já que não é o fornecedor. Este mesmo raciocínio aplica-se aos demais sujeitos mencionados nos parágrafos anteriores.

Como já destacado, a tutela da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro é minimalista e extremamente dependente do órgão de autorregulamentação publicitária. O CONAR, através do seu Código de Ética, traça parâmetros éticos que devem ser respeitados por toda mensagem publicitária. Caso ocorra o desrespeito dessas diretrizes, cabe ao consumidor prejudicado pleitear a indenização cabível na esfera judicial, nos moldes acima expostos. Além do CONAR, o Conselho Nacional dos Direitos da

Criança e do Adolescente (CONANDA) também se encarrega de tutelar o menor diante das práticas publicitárias de mercado. Em 04 de abril de 2014, ocorreu a publicação da Res. Nº 163/2014, válida a partir de sua publicação, que afirma ser abusiva toda e qualquer forma de publicidade ou artifício mercadológico direcionado à criança com o intuito de fazê-la consumir um produto ou serviço. Este foi um importante passo para que o Poder Público exerça maior papel fiscalizatório e edite leis que regulamentem o tema, concedendo a necessária força coercitiva às sanções impostas aos fornecedores.

Se a publicidade causar dano ao menor, aplicam-se as regras materiais e processuais à espécie, estabelecidas pelo próprio CDC, orientando-se pelas instruções do CONAR, muito eficazes em aplicar sanções e recomendar alterações nas mensagens publicitárias para que se adéqüem aos parâmetros definidos como ideais.

Contudo, nem a legislação ou a jurisprudência definem parâmetros mais objetivos para a aplicação da responsabilidade civil nos casos de publicidade abusiva infantil, o que dificulta ao consumidor receber a reparação integral do dano sofrido, já que os danos morais por abusividade, ao violar valores sociais, tornam-se cada vez mais difíceis de identificar e quantificar nos dias atuais, em que se percebe um esvaziamento dos valores éticos e morais da própria sociedade.

CONCLUSÃO

Conforme exposto, no Brasil, quanto à publicidade infantil abusiva no âmbito das relações de consumo e a responsabilidade civil, tem-se somente a regulação legal da matéria pelo Código de Defesa do Consumidor, em único dispositivo que diz que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, sob pena de ser abusiva (art. 37, §2º, CDC). A criança não consegue compreender o apelo do consumidor ou se proteger, restando clara violação à liberdade de escolha do menor.

Perante a necessidade de tutelar a responsabilidade civil para coibir ilícitos por veiculação de mensagem publicitária, a regra do CDC é a de responsabilidade civil objetiva e, assim, cabe ao anunciante cumprir com o proposto e reparar todos os danos experimentados pelo consumidor, em sua totalidade.

Percebe-se que há necessidade de regime jurídico próprio da publicidade, pois esta possui características intrínsecas e peculiares que deverão ser consideradas. Tal necessidade se acentua ainda mais na esfera da publicidade infantil, pois, levando em

consideração a doutrina da proteção integral, adotada pela CF/88, entende-se a criança como um ser hipervulnerável.

No tratamento da publicidade abusiva, o rigor deve ser ainda maior. A publicidade atua de forma muito intensa na sociedade atual, inclusive no dia a dia da criança. Qualquer depreciação dos valores socialmente defendidos pode causar prejuízos irreparáveis para o bem estar ou saúde do menor.

Conclui-se que há necessidade de maior regulamentação da matéria em questão, seja pela via legislativa ou jurisprudencial, para reforçar o caráter repressivo e, principalmente, o preventivo da aplicação do instituto da responsabilidade civil do fornecedor (ou demais agentes que atuem com dolo ou culpa na veiculação da mensagem publicitária). Há um controle disperso, dividido entre Ministério da Justiça, PROCON e o Ministério Público.

Faz-se necessário exigir do Poder Público o estabelecimento de marcos jurídicos mais rígidos e objetivos de proteção à criança e seus interesses, como já é realidade em diversos países desenvolvidos; países desenvolvidos como Canadá, Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, Noruega, Irlanda, e Suécia, entre outros, que já têm leis que regulam, restringem ou proíbem a publicidade infantil.

Isso poderia ocorrer tanto por promulgação de lei específica para tutelar o tema, que trouxesse em seu escopo normativo parâmetros mais objetivos (e com força cogente), pela via jurisprudencial, já que é função do juiz integrar a norma e aplicá-la para melhor alcançar sua finalidade de coibir ilícitos (frise-se, uma aplicação mais objetiva na identificação do dano e sua quantificação), ou até mesmo pela mudança de conscientização da sociedade, fornecedores e operadores do direito de que a evolução é necessária, para se alcançar a tutela plena dos interesses do menor, de forma legítima, sob a ótica pretendida pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. A criação e implantação de políticas públicas que tenham o objetivo de conscientizar a população da condição de vulnerável das crianças e da necessidade de uma maior proteção para esse público específico, também será essencial para evitar a expansão da prática da publicidade abusiva infantil.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gustavo; RABAÇA, Carlos Alberto. **Dicionário de Comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 20017.

BRASIL. **Constituição da República Federatica do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

_____. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 15 de maio de 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 14 de maio de 2017.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Tänia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992

DIAS. Lucia Ancona Lopez Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ERBOLATO, Mario. **Dicionário de Propaganda e Jornalismo**. Campinas: Papirus, 1985.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva contra a criança**. Curitiba: Juruá, 2006.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MALTEZ, Rafael Tocantins. **Direito do Consumidor e publicidade:** análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES, Claúdia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual e ampl. e. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSSATO, Luciana Alves; LEPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogerio Sanches. **Estatuto da Criança Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. Publicidade enganosa e abusiva. *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set. 2012.