

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA
RONALD ELOIR MASSANEIRO CARNEIRO**

PUBLICIDADE ABUSIVA VOLTADA AO PÚBLICO ADOLESCENTE

**CURITIBA
2018**

RONALD ELOIR MASSANEIRO CARNEIRO

PUBLICIDADE ABUSIVA VOLTADA AO PUBLICO ADOLESCENTE

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Prof. Andreza Cristina Baggio

**CURITIBA
2018**

RONALD ELOIR MASSANEIRO CARNEIRO

PUBLICIDADE ABUSIVA VOLTADA AO PUBLICO ADOLESCENTE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos

Professores:

Orientador: _____

Prof. Andreza Cristina Baggio

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018

A Deus, por dar sentido a minha vida;
A minha esposa Luciana, por sempre estar ao meu lado;
A minha mãe Eloiza e ao meu tio Jorge

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por ter me concedido saúde, força e disposição para fazer a faculdade e por buscar meus objetivos. Sem ele, nada disso seria possível;

A minha esposa Luciana, por sempre me apoiar, incentivar e ajudar em minhas escolhas; e por ter paciência e compreender minha ausência pelo tempo dedicado aos estudos.

A todos da minha família que de alguma forma também contribuíram para que o sonho da faculdade se tornasse realidade, e aos amigos que estão sempre presentes.

Agradeço também a todos os professores que contribuíram de alguma forma na minha formação,

“Se começar foi fácil
Difícil vai ser parar “
(O Rappa)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a abusividade da publicidade voltada para o público adolescente, tendo em vista o período de transição entre a infância e a vida adulta que este grupo se encontra, com isto estando mais suscetíveis a estas práticas.

Para isto foi realizado uma análise desta proteção fornecida desde o início da preocupação com o equilíbrio da relação de consumo passado pela nossa constituição federal e posteriormente pelo CDC.

Posteriormente foi analisado as princípios norteadores do CDC e os integrantes da relação de consumo, com isto passou-se a análise da publicidade e de sua regulamentação, chegando a análise do impacto da publicidade abusiva ao público adolescente, verificando que houve uma intenção da CONANDA de restringir esta publicidade através da emissão de uma resolução, todavia esta resolução não detém força normativa, contudo já existe decisões do STJ a qual determina que a publicidade voltada ao público infantil é abusiva fornecendo um precedente para a proteção deste grupo.

Palavras-chaves: Direito do consumidor, publicidade, adolescente, abusiva.

ABSTRACT

The present study aims to demonstrate the abusiveness of advertising aimed at the adolescent public, considering the period of transition between childhood and adult life that this group is in, with this being more susceptible to these practices.

For this, an analysis of this protection was carried out since the beginning of the concern with the balance of the relation of consumption passed by our federal constitution and later by the CDC.

Subsequently, the guiding principles of the CDC and the members of the consumer relationship were analyzed, with this the analysis of advertising and its regulation was carried out, analyzing the impact of the abusive advertising to the adolescent public, verifying that there was an intention of CONANDA of restricting this publicity through the issuance of a resolution, but this resolution does not have normative force, however, there are already decisions of the STJ which determines that publicity directed at children is abusive providing a precedent for the protection of this group.

Keywords: Consumer law, advertising, adolescent, abusive

LISTA DE SIGLAS

CBAP – Código Brasileiro de Autoregulação Publicitaria

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

ECA – Estatuto da Criança e Adolescente

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO	06
ABSTRACT	07
LISTA DE SIGLAS	08
1. INTRODUÇÃO	10
2. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	11
2.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO CONSUMIDOR	14
2.2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	16
2.3 CONSUMIDOR PARA O CDC.....	18
2.4 FORNECEDOR PARA O CDC.....	23
3. PRINCÍPIOS DO CDC	25
3.1 INFORMAÇÃO E TRANSPARÊNCIA.....	25
3.2 BOA-FÉ.....	27
3.3 VULNERABILIDADE/HIPOSSUFICIÊNCIA.....	29
3.3.1 Vulnerabilidade para o CDC.....	29
3.3.2 Hipossuficiência para o CDC.....	31
3.4 HIPER VULNERABILIDADE.....	32
4. PUBLICIDADE	36
4.1 ILÍCITA.....	38
4.2 ENGANOSA.....	40
4.3 ABUSIVA.....	41
4.4 REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE.....	43
4.4.1 CONAR.....	45
5. DA PROTEÇÃO AO ADOLESCENTE	48
5.1 PUBLICIDADE E O ADOLESCENTE.....	50
5.2 ADOLESCENTE-RELAÇÃO DE CONSUMO	53
5.3 ADOLESCENTE E PUBLICIDADE NA VISÃO DO CDC	55
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	61

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca fazer uma análise sobre os efeitos da publicidade abusiva voltada ao público adolescente, diante da vulnerabilidade deste grupo e tendo em vista o aumento desta prática por parte dos fornecedores.

De tal modo, faz-se necessário uma análise da proteção jurídica fornecida a este público diante da publicidade, ponderando sobre a proteção fornecida pelo legislador, para a proteção da criança e do adolescente, diante de sua vulnerabilidade nas relações de consumo.

Para isto foi realizado um exame, desde o início da proteção do consumidor, passando pela proteção fornecida pela Constituição Federal e pelo CDC ao consumidor, analisando o conceito de consumidor e de fornecedor, por fim foi observando a publicidade e sua regulamentação, e também o seu impacto quando voltada para o público adolescente.

Concluindo verificando a recente decisão do STJ sobre o tema da publicidade voltada a criança e ao adolescente.

2. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A preocupação e o início da busca de uma proteção ao consumidor, começou a partir da Revolução Industrial Segundo Adolfo Mamorou Nishiyama¹, “Foi com a Revolução Industrial do século XVIII, ocorrida na Europa, e com transformações do liberalismo econômico ocorridas nos séculos XIX e XX que a tutela jurídica do consumidor começou a ser esboçada”.

No mesmo sentido, Luiz Fernando Afonso² diz que

Com a Revolução Industrial, o mundo presenciou não apenas uma significativa mudança na forma de concepção dos produtos, mas também uma revolução na forma de oferta e aquisição desses produtos pelos consumidores. Se antes prevaleciam a manufatura simples de bens, a produção artesanal e em pequena escala, com a industrialização predominam a produção em massa e a ampla oferta de bens, acompanhadas pelo aumento do consumo

Este início de uma busca de proteção se deu diante das alterações nos padrões de produção e consumo gerados após a revolução industrial, diante do aumento do nível de produção e inserção de produtos no mercado, situação a qual deixou o consumidor exposto as práticas do fornecedor conforme, demonstra João de Almeida³

Pode-se mesmo afirmar que a proteção do consumidor é consequência direta das modificações havidas nos últimos tempos nas relações de consumo, representando reação ao avanço rápido do fenômeno, que deixou o consumidor desprotegido ante as novas situações decorrentes do desenvolvimento.

¹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**, 2ª edição. Atlas, 12/2009 P46

² AFONSO, Luiz Fernando. **Publicidade Abusiva e Proteção do Consumidor Idoso**. Atlas, 09/2013. P 24-25

³ ALMEIDA, João de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**, 7ª edição. Saraiva, 02/2010, p 03

Ao buscar dar-se proteção ao consumidor, houve a tentativa de estabelecer uma igualdade nas relações de consumo, buscando colocar o consumidor no mesmo parâmetro do fornecedor, visando a tentativa de atender as necessidades do consumidor diante do mercado de consumo, o que se buscou foi estabelecer uma igualdade entre o consumidor e o fornecedor, levando em conta a vulnerabilidade do consumidor na relação com o fornecedor, conforme nos explica João Almeida⁴

O objetivo da defesa do consumidor não é nem deve ser o confronto entre classes produtora e consumidora, senão o de garantir o cumprimento do objetivo da relação de consumo, ou seja, o fornecimento de bens e serviços pelos produtores e prestadores de serviço e o atendimento das necessidades do consumidor, este, porém, juridicamente protegido pela lei e pelo Estado

Esta proteção que busca se dar ao consumidor diante do fornecedor, somente é possível diante da vulnerabilidade que o consumidor adquiriu com o surgimento da sociedade de consumo conforme nos demonstra Alcides Tomasetti Jr⁵

A proteção do consumidor está amplamente relacionada com o surgimento da sociedade de consumo. Se antes a economia clássica preconizava a soberania do consumidor dizendo que este atuava segundo os mecanismos impessoais do mercado, instaurando-se o regime do consumidor rei, agora há o reconhecimento de que o consumidor é vulnerável e está à mercê dos grandes grupos econômicos.

Com o surgimento desta sociedade de consumo, buscou-se destinar a proteção ao consumidor devido a sua vulnerabilidade diante do fornecedor, procurando a aplicação de regras as quais teriam por objetivo equiparar os consumidores diante dos fornecedores, buscando coibir que o fornecedor se prevaleça da vulnerabilidade do consumidor, para obter vantagem excessiva

⁴ ALMEIDA, João. **Manual de direito do consumidor**, 6ª edição. Saraiva, 10/2014. p 41

⁵ TOMASETTI JR., Alcides. **Defesa do consumidor, concentração industrial, reserva de mercado: perplexidades de um civilista atento ao noticiário**. Revista de Direito do Consumidor, no 1, p. 16-26, março 1992. aput NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**, 2ª edição. Atlas, 12/2009.pg48-49

A proteção dos consumidores, iniciou-se nos países que adotam a common law, porém somente foi inserida em uma constituição em 1972, na constituição espanhola. Outro fato importante foi a mensagem enviada por John F. Kennedy em 1962 ao congresso norte americano demonstrando que o objetivo de seu governo seria defender os direitos dos consumidores de seu país, com a Resolução 39 da 248ª assembleia geral das nações unidas em 1985, houve a proclamação dos “direitos fundamentais do consumidor” de acordo com Adolfo Mamoru NISHIYAMA⁶.

Com esta Resolução pode-se dizer que a ONU buscou enquadrar uma gama de proteção ao consumidor de forma universal conforme demonstra José Geraldo Brito Filomeno⁷

[...]delineia as principais diretrizes que devem ser adotadas, no plano universal, com vistas à defesa e à proteção efetivas dos consumidores. Nela, com efeito, visa-se a: proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança, em face de produtos e serviços perigosos ou nocivos, fomentar e proteger seus interesses econômicos, fornecer-lhe informações adequadas para capacitá-lo a fazer escolhas acertadas de acordo com suas necessidades e desejos, educá-lo, criar possibilidades de real ressarcimento, garantir a liberdade para a formação de grupos de consumidores e outras organizações de relevância, bem como oportunidades para que essas organizações possam intervir nos processos decisórios a elas referentes

No Brasil esta proteção ao consumidor demorou a ser efetivada, pois somente após a promulgação da Constituição de 1988, onde em seu ato das disposições constitucionais transitórias, determinou que houvesse a produção de um código de defesa ao consumidor, pois anteriormente a data de criação do código de defesa do consumidor, o código civil de 1916 é que tutelava as relações jurídicas de consumo conforme nos mostra Rizzatto Nunes⁸ “ a Lei n. 8.078/90 tinha de vir, pois já estava atrasada. O Código Civil de 1916, bem como as demais normas do regime privatista, já não dava conta de lidar com as situações tipicamente de massa. ”

⁶ NISHIYAMA, 2009, P 52

⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**, 3ª edição. Atlas, 07/2014. p.9

⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, 11ª edição., *11th edição*. Editora Saraiva, 2017.P 114

Com isto verifica-se a necessidade da criação de um código de defesa do consumidor para poder adequar a aplicação do direito as situações que necessitavam de tutela, as quais o ordenamento existente na época não atendia devido à ausência de previsão legislativa sobre determinadas situações.

2.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR

A proteção constitucional ao consumidor, somente tornou-se possível com a vigência da Constituição Federal de 1988, a qual no seu ato das disposições constitucionais transitórias estabeleceu no seu artigo 48, que o legislador deveria fazer um código de proteção ao consumidor, “O fato é que, seguindo a tendência mundial, a Constituição brasileira de 1988 também adotou sabiamente a sistemática proteção do consumidor e passou a tutelar juridicamente a parte mais vulnerável da relação de consumo.” Segundo Adolfo Mamoru Nishiyama⁹

Devido à ausência de tutela nas constituições anteriores, a constituição de 1988, vem para fornecer a proteção ao consumidor na relação de consumo, conforme ensina Adolfo Mamoru Nishiyama¹⁰

As Constituições anteriores não tratavam do tema “proteção do consumidor”. Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que essa nova figura jurídica passou a ter destaque no campo do direito. Tal proteção foi consagrada de forma explícita em alguns artigos e implícita em outros

Ao colocar a proteção ao consumidor na constituição o legislador buscou fornecer, uma proteção mais ampla ao consumidor, pois demonstra uma maior preocupação do legislador com a figura do consumidor

Logo ao elencar esta proteção ao consumidor no texto constitucional, o legislador proporcionou uma proteção mais efetiva com baixa possibilidade de

⁹ NISHIYAMA, 2009 P 53

¹⁰ Ibid. P

extração desta proteção do texto constitucional conforme demonstra José Geraldo Brito Filomeno¹¹.

O legislador constitucional brasileiro bem andou em estabelecer, no art. 5º da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no seu inciso XXXII, o dever do Estado brasileiro em “promover, na forma da lei, a proteção do consumidor”.

A colocação de referido dever é de vital importância, uma vez que, como se sabe, o art. 5º de nossa Carta Constitucional está no Capítulo I do Título II, que cuidam “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, de forma geral, e dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, especificamente. Isto porque se trata, na hipótese, de cláusula pétrea, insuscetível de emenda

No mesmo sentido Adolfo Mamoru Nishiyama¹² nos demonstra que , “ [...] a Magna Carta consagrou a defesa do consumidor (art. 5o, inciso XXXII) como um de seus vetores para reger o ordenamento jurídico. ”

Com isto podemos verificar que a inclusão da proteção do consumidor no texto constitucional, pode ser considerado como uma vitória na busca de uma proteção ao consumidor, tendo em vista que esta inclusão é uma forma de fornecer meios ao estado para que ele consiga uma real proteção a parte mais frágil na relação de consumo, conforme nos demonstra João de Almeida¹³

A vitória mais importante nesse campo, fruto dos reclamos da sociedade e de ingente trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, foi a inserção, na Constituição da República promulgada em 5 de outubro de 1988, de quatro dispositivos específicos sobre o tema. O primeiro deles, mais importante porque reflete toda a concepção do movimento, proclama que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5o, XXXII).

Em outra passagem, é atribuída competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor (art. 24, VIII). No capítulo da Ordem Econômica, a defesa do consumidor é apresentada como uma das faces justificadoras da intervenção do Estado na economia (art. 170, V). E o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anunciava a edição do tão almejado Código de Defesa do Consumidor

Com esta nova concepção de proteção ao consumidor, pode-se verificar que as demais normas direcionadas aos consumidores devem estar de acordo com os

¹¹ FILOMENO, José Geraldo Brito.2014. p14.

¹² NISHIYAMA, 2009 p 20

¹³ ALMEIDA, João de.2010..

princípios de proteção ao consumidor elencados na Constituição Federal conforme demonstra Adolfo Mamoru Nishiyama¹⁴ “a base da interpretação do ordenamento jurídico brasileiro é a Constituição Federal, devendo o legislador ordinário observar as regras e princípios da Magna Carta”.

Desta forma verifica-se que com a implementação da proteção ao consumidor no texto constitucional, tentou-se estabelecer uma proteção mais efetiva ao consumidor tendo em vista sua hipossuficiência na relação de consumo e buscando conferir um status constitucional a proteção fornecida ao consumidor.

2.2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Direito do Consumidor pode ser considerado um novo ramo no direito, sendo uma forma de buscar a proteção nas relações de consumo da parte considerada como vulnerável nesta relação, conforme nos explica Claudia Lima Marques¹⁵

O chamado direito do consumidor é um ramo novo do direito, disciplina *transversal* entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante.

No Brasil esta busca da defesa ao consumidor, pode ser considerada relativamente nova, devido ao fato de a legislação consumerista somente ter surgido após a Constituição de 1988, conforme nos demonstra João de Almeida¹⁶.

Como tema específico, a defesa do consumidor no Brasil é relativamente nova. São de 1971 a 1973 os discursos proferidos pelo então Deputado Nina Ribeiro, alertando para a gravidade do problema, densamente de natureza social, e para a necessidade de uma atuação mais enérgica no setor. Em 1978 surgiu, em nível estadual, o primeiro órgão de defesa do consumidor, o Procon de São Paulo, criado pela Lei n. 1.903, de 1978. Em

¹⁴ NISHIYAMA, op. cit. P 19

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. et al. manual de direito do consumidor.5 ed. São Paulo. RT. 2013 p.31

¹⁶ ALMEIDA, João de, 2010. p 10 88

nível federal, só em 1985 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (Decreto n. 91.469), posteriormente extinto e substituído pela SNDE

Porem segundo João de Almeida¹⁷, “mesmo antes de 1971, já existia algumas leis e decretos que forneciam alguma proteção ao consumidor”, mesmo que esta proteção não tenha sido os principais objetivos das leis, sendo uma destas primeiras manifestações nessa área o decreto, n. 22.626 de 1933 que tinha por objetivo a repressão da lei de usura.

Ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, o legislador, buscou aplicar uma proteção ampla ao consumidor devido a vulnerabilidade do consumidor, fazendo com que o pudesse se encontrar uma igualdade diante do fornecedor, conforme nos mostra Paulo Roberto Roque Antônio Khouri¹⁸

O objetivo do CDC, ao proteger o consumidor, não é a simples proteção pela proteção em si, mas a busca permanente do equilíbrio do contrato entre o consumidor e o fornecedor de bens e serviços. Esse, em princípio, o mais forte economicamente, e em condições de impor sua vontade, num ambiente propício à conquista de maior vantagem econômica contra aquele reconhecidamente vulnerável, o mais fraco dessa relação

A busca por este equilíbrio visa tornar melhor a pratica do consumo, observando os ditames legais, não deixando uma das partes se sobressair diante da outra devido a sua capacidade técnica, evitando que haja um favorecimento do fornecedor, e visando a isonomia que esta elencada na Constituição Federal, desta forma a doutrina entende o CDC como um microssistema jurídico interdisciplinar conforme nos mostra João Almeida¹⁹

Diz-se em doutrina que o CDC é um microssistema jurídico interdisciplinar, a significar que é formado por normas jurídicas, num mesmo corpo legislativo, todas elas coordenadas entre si, tendo por objetivo a defesa do consumidor nos planos legal e material. A lei consumerista é composta de 119 artigos. Já o Código Civil de 2002, com 2.046 dispositivos legais, constitui um grande sistema.

¹⁷ ALMEIDA, João 2010. P 10

¹⁸ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**, 6ª edição. Atlas, 10/2013.pg37

¹⁹ ALMEIDA, João. 2014. P 58.

Tal coordenação é essencial, pois, do contrário, não há falar-se em sistema. Vê-se que o CDC primeiro anuncia os direitos básicos do consumidor (art. 6º), em seguida anuncia as normas que o fornecedor deverá observar para garantir a qualidade de produto e serviços, mais a prevenção e a reparação de danos (art. 8º, 9º e 10) e, por fim, estabelece a responsabilidade civil por fatos e vícios decorrentes do produto ou do serviço (art. 12 a 28). Há verdadeira sequência lógico-normativa para garantir a qualidade, a prevenção e a reparação, sempre com o objetivo de oferecer proteção ao consumidor

Com isto o legislador, buscou fornecer uma forma mais prática para a proteção do consumidor, através de uma sequência lógica-normativa, visando a proteção do consumidor, considerando sua hipossuficiência na relação de consumo e estabelecendo normas que permitam uma paridade entre as partes, tornando mais justa as relações de consumo.

2.3 CONSUMIDOR PARA O CDC

O artigo, 2º do Código de Defesa do Consumidor²⁰, traz o conceito de consumidor.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo

No entendimento de Claudia Lima Marques²¹, “há duas correntes doutrinárias para interpretação do disposto no art. 2º do código de defesa do consumidor, sendo elas a maximalista (ou objetiva) e a finalista (ou subjetiva).”

Segundo Claudia Lima Marques²² na teoria finalista (ou subjetiva)

²⁰ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm

²¹ Marques, Claudia Lima et al. **Manual de Direito do Consumidor**. 3ª ed. em e-book baseada na 7ª ed. impressa. RT. 2016

²² id. 2016

Destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida "destinação final" do produto ou do serviço

Já para a teoria Maximalista (ou objetiva) segundo Claudia Lima Marques²³

Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família.

A posição adotada pelo STJ, no que diz respeito a aplicação destas teorias se enquadra como a criação de uma nova teoria intitulada por Claudia Lima Marques²⁴ como "finalismo aprofundado", onde faz-se uma interpretação finalista, mas observando a razoabilidade e a prudência, realizando uma interpretação da expressão destinatário final do art. 2º do CDC de forma diferenciada e mista"

No mesmo sentido Sergio Cavalieri Filho²⁵ diz que

Evoluiu a jurisprudência do STJ para a corrente finalista mitigada ou atenuada ao admitir a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores e profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, desde que demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica

Ao aplicar este entendimento o STJ, possibilita a admissão de pessoas jurídicas como sendo consideradas consumidora, porem devendo ser demonstrada

²³ *ibid.*

²⁴ *ibid.*

²⁵ FILHO, Cavalieri, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**, 4ª edição. Atlas, 08/2014. [Minha Biblioteca].pg72

a vulnerabilidade, técnica, jurídica ou econômica destas diante do fornecedor do produto ou serviço.

O Código de Defesa do Consumidor, além do conceito de consumidor expresso no caput do art. 2º, traz também a figura do consumidor equiparado em seu parágrafo único e nos artigos 17 e 29, conforme demonstra Paulo Roberto Roque Antônio Khouri²⁶

Consoante o parágrafo único do art. 2º, “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. No art. 17, diz que, para efeito da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, “equiparam-se a consumidores todas as vítimas do evento”. Já no art. 29, o CDC vai equiparar a consumidores, para efeito de merecer a proteção contra as práticas comerciais abusivas, todas as “pessoas determináveis ou não, expostas as práticas nele previstas”.

No mesmo sentido, Luiz Fernando Afonso²⁷

[...]é dispensada a aferição da existência do ato de consumo, pois nenhum desses consumidores, fictos ou equiparados, adquiriu ou consumiu nenhum produto ou serviço, bastando, para que recebam a proteção legal, que estejam nas situações previstas nos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29 do diploma legal consumerista

Com isto o legislador buscou proteger as pessoas que possam ser afetadas pela relação de consumo, mesmo que não sejam consumidores diretos dos produtos ou serviços, porém serão atingidas de alguma forma pela relação de consumo.

O parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor se refere a coletividade de pessoas, que pode ser afetada indiretamente pela relação de consumo, não necessariamente chegando a sofrer algum dano, conforme explica Rizzato Nunes²⁸

²⁶ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio 2013. P

²⁷ AFONSO, Luiz Fernando, 2013, p 52.

²⁸ NUNES, Rizzato. 2017. P 131

A norma do parágrafo único do art. 2º pretende garantir a coletividade de pessoas que possam ser, de alguma maneira, afetadas pela relação de consumo. Na realidade, a hipótese dessa norma diz respeito apenas ao atingimento da coletividade, indeterminável ou não, mas sem sofrer danos, [...]. Dessa maneira, a regra do parágrafo único permite o enquadramento de universalidade ou conjunto de pessoas, mesmo que não se constituam em pessoa jurídica.

O artigo 17 do CDC, tutela a equiparação das chamadas vítimas do evento, sendo que sua equiparação decorre do acidente de consumo, pois não são consumidores diretos, apenas são atingidas pelo evento conforme explica Rizzato Nunes²⁹

Com efeito, a dicção do art. 17 deixa patente a equiparação do consumidor as vítimas do acidente de consumo que, mesmo não tendo sido ainda consumidoras diretas, foram atingidas pelo evento danoso. Exatamente a seção na qual o art. 17 está inserido é a que cuida da responsabilidade civil objetiva, pelo fato do produto ou do serviço causador do acidente de consumo

Com esta equiparação buscou-se a proteção que quem possa ser atingido por algum acidente de consumo, mesmo que não esteja ligado diretamente a relação de consumo, vindo a sofrer algum dano decorrente de alguma relação de consumo entre terceiros, porém se equiparando ao consumidor na sua proteção, mesmo que não haja identificação de algum consumidor que vise se insurgir contra a prática realizada.

Buscando uma forma de prevenção a práticas abusivas realizadas pelos fornecedores, pois havendo qualquer prática comercial toda a coletividade de pessoa já está exposta a ela, de acordo com o entendimento de Rizzato Nunes³⁰

A leitura adequada do art. 29 permite, inclusive, uma afirmação muito simples e clara: não se trata de equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas as práticas. É mais do que isso. O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, toda a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática. [...]. Trata-se, portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas

²⁹ ibid. P 131

³⁰ NUNES, Rizzato. 2017. P 132

as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial.

No mesmo sentido Luiz Fernando Afonso³¹ nos diz que

Conforme determina o mencionado artigo 29, equiparam-se a consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas as práticas comerciais realizadas no mercado de consumo, referindo-se tanto ao capítulo das práticas comerciais, e sua proteção contra a abusividade, como ao capítulo da proteção contratual do consumidor.

Ademais verifica-se que a legislação consumerista, buscou não somente a proteção individual dos consumidores, mais também a proteção da coletividade que possa ser afetada pela prática comercial como um todo, com isto buscando a proteção do vulnerável conforme demonstra Luiz Fernando Afonso³²

Serão considerados consumidores e, portanto, beneficiários da proteção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, aqueles que estão sujeitos as práticas promovidas pelos fornecedores no mercado de consumo. É o consumidor em potencial, que será considerado consumidor para que seja protegido das abusividades praticadas pelo fornecedor, desde que caracterizada a sua vulnerabilidade. Serão consumidores, portanto, os vulneráveis expostos as práticas comerciais.

Com esta ideia de consumidor equiparado o legislador, buscou proteger a coletividade de futuros danos difusos, dando o mesmo tratamento ofertado ao consumidor individual, para um número indeterminado de pessoas que possam ser afetadas indiretamente pela oferta de algum produto ou serviço, mesmo não tendo sido parte direta da relação de consumo. Com isto buscou estabelecer uma proteção para aquelas pessoas que podem ser atingidas de alguma forma com a relação de consumo, mesmo não participando desta relação diretamente, porém sendo equiparado ao consumidor integrante da relação de consumo para fins de proteção.

³¹ AFONSO, Luiz Fernando, 2013, p 52.

³² AFONSO, Luiz Fernando, 2013 p 52.

2.4 FORNECEDOR PARA O CDC

O artigo, 3º do Código de Defesa do Consumidor³³, traz o conceito de fornecedor, para o CDC consumidor é

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços

O legislador ao conceituar o fornecedor, buscou abranger o máximo de possibilidades de ralações de consumo, buscando proteger o consumidor das mais diversas formas de fornecedores, segundo Rizzatto Nunes³⁴

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.

Para um melhor enquadramento na definição de fornecedor disposta no art. 3º do CDC, faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos como demonstra Paulo Roberto Roque Antônio Khouri³⁵

Pode-se dizer, então, que fornecedor é aquele que oferece ao mercado, habitualmente, bens e serviços visando ao lucro, que participa da cadeia produtiva, ou pratica alguns atos dentro desta cadeia, seja produzindo diretamente, ou distribuindo, ou simplesmente intermediando o fornecimento de bens e serviços. E, para que assim seja enquadrado, não importa que seja nacional ou estrangeiro, público ou privado, pessoa jurídica regularmente constituída ou não (entes despersonalizados). O que vai importar para o conceito de fornecedor é que ele esteja oferecendo bens e serviços, com habitualidade e profissionalidade, ao mercado.

³³ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm

³⁴ NUNES, Rizzatto, 2017.

³⁵ KHOURI, 2013. Pg52

Com isto, se pode considerar que para configurar a relação de consumo deve haver a habitualidade e o profissionalismo na oferta dos produtos ou serviços, pois não preenchido estes requisitos, encontra-se diante de uma relação onde não há a vulnerabilidade de uma das partes, sendo que esta relação deve ser tutelada pelo Código Civil.

De acordo com entendimento de Flávio Tartuce³⁶

A englobar tanto o fornecedor de produtos quanto o prestador de serviços, estabelece o art. 3º, caput, da Lei 8.078/1990 que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. A palavra fornecedor está em sentido amplo, a englobar o fornecedor de produtos – em sentido estrito – e o prestador de serviços. Nota-se que o dispositivo amplia de forma considerável o número das pessoas que podem ser fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços. Pode ela ser uma pessoa natural ou física, caso, por exemplo, de um empresário individual que desenvolve uma atividade de subsistência

Devido a esta delimitação de quem pode ser considerado fornecedor, o legislador buscou evitar que quem realiza a venda ou comercialização eventualmente, para que não exista um desequilíbrio no caso da necessidade de tutela do estado. Pois a intenção do código de defesa do consumidor é fornecer uma paridade entre o consumidor e o fornecedor, protegendo o vulnerável na relação de consumo, não cabendo esta proteção quando não há uma relação fornecedor consumidor, devendo esta relação entre pessoas ser tutelada pelo direito civil, devendo ficar o CDC encarregado de realizar a proteção dos vulneráveis nas relações de consumo, não devendo o CDC tutelar negócios entre pessoas que não se enquadrem como fornecedores, para garantir que exista um equilíbrio nas relações entre particulares e nas relações de consumo.

³⁶ TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor** - Volume Único, 6ª edição. Método, 02/2017.

3. PRINCIPIOS DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Por ser considerado um código principiologicamente, o Código de Defesa do Consumidor, traz alguns princípios que tutelam as relações de consumo, conforme demonstra Luiz Fernando Afonso³⁷ “O direito do consumidor possui alta carga principiológica – presente, especialmente, nos seus artigos 1º ao 7º –, que regerá todo o sistema de proteção e defesa do consumidor. Podemos, com tranquilidade, afirmar que se tivéssemos tão somente esse grupo de artigos, o consumidor já teria efetiva proteção.”

Com isto passa-se a analisar alguns destes princípios

3.1 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

Com o princípio da transparência, elencado no artigo 4º, caput, do código de defesa do consumidor, o legislador buscou empregar nas relações de consumo uma forma em que o consumidor possa receber informações adequadas e claras sobre os produtos ou serviços por ele adquiridos conforme nos ensina Rizzatto Nunes³⁸

O princípio da transparência, expresso no caput do art. 4º do CDC, se traduz na obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos e, também, gerará no com trato a obrigação de propiciar-lhe o conhecimento prévio de seu conteúdo. O princípio da transparência será complementado pelo princípio do dever de informar, previsto no inciso III do art. 6º, e a obrigação de apresentar previamente o conteúdo do contrato está regrada no art. 46.

No mesmo sentido José Geraldo Brito Filomeno³⁹ diz que

³⁷ Ibid. p 55

³⁸ NUNES, Rizzatto. 2017, p176

³⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. 2014. p161.

Cuida-se de princípio eminentemente ético, e tem por base o dever que é imposto tanto aos anunciantes como aos seus agentes publicitários e veículos, que ao transmitirem alguma característica especial sobre determinado produto ou serviço, e caso haja dúvidas a respeito, que a justifiquem cientificamente

Ao estabelecer a transparência como princípio do Código de Defesa do Consumidor, se buscou que o fornecedor atue de uma forma a tornar acessível o conhecimento sobre seus produtos ou serviços, facilitando o acesso as informações referentes aos produtos ou serviços conforme explica Sergio Cavaliere Filho⁴⁰

A principal consequência do princípio da transparência é, por um lado, o dever de informar do fornecedor e, por outro, o direito à informação do consumidor, do qual trataremos oportunamente. Tal implica, em primeiro lugar, a proibição da criação artificial de barreiras de informação, em busca de ocultação de desvantagens para a outra parte ou de enganosa valorização das vantagens que o contrato lhe proporcionará. Esse dever negativo do fornecedor se faz presente desde a fase pré-contratual, através da proibição da publicidade enganosa, até a fase negocial, em face da proibição de qualquer forma de informação enganadora quantos aos elementos do contrato,

Ao impor este dever de prestar a informação ao consumidor, deixou-se claro o objetivo de facilitação ao acesso às informações, buscando-se evitar práticas abusivas por ausência ou falta de informação referente a produtos ou serviços, pois o legislador informa que além de ser prestada a informação, esta deve ser clara e precisa, não sendo cabível a prestação de informações precárias sobre os produtos ou serviços prestados.

Com a aplicação do princípio da transparência buscou-se amenizar a vulnerabilidade técnica do consumidor diante do produto ou serviço consumido, pois uma vez que o fornecedor atenda a este princípio, ele estará fornecendo informações sobre seus produtos e serviços, tornando melhor a relação entre consumidor e fornecedor, pois há o fornecimento de informações claras e precisas sob os bens ou serviços adquiridos.

⁴⁰ FILHO, Cavaliere, Sergio. 2014. p45.

3.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Ao inserir este princípio ao CDC, o legislador buscou fornecer uma proteção tanto para o consumidor, quanto ao fornecedor, pois este princípio deve servir de parâmetro para garantir o equilíbrio nas relações de consumo conforme demonstra Rizzatto Nunes⁴¹

O princípio da boa-fé estampado no art. 4º da lei consumerista tem, então, como função viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica, compatibilizando interesses aparentemente contraditórios, como a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico. Com isso, tem-se que a boa-fé não serve somente para a defesa do débil, mas sim como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica,

O princípio da boa-fé tem por objetivo que se estabeleça uma base para as relações de consumo, tendo em vista o conhecimento técnico contido pelo fornecedor e pela vulnerabilidade do fornecedor, fazendo-se necessário para que haja um equilíbrio nesta relação, de acordo com Luiz Fernando Afonso⁴², “Invocar a boa-fé quando tratamos de relações de consumo é fundamental, já que o fornecedor é o conhecedor da técnica e o mais forte na relação jurídica que estabelece com o consumidor. ”

Com isto a boa-fé deve servir de base para as relações do consumo, pois através dela é que se pode existir uma igualdade entre as partes da relação de consumo.

Segundo Sergio Cavalieri Filho⁴³, a boa fé no direito do consumidor exerce algumas funções

Em primeiro lugar, é fonte de novos deveres anexos ou acessórios (função criadora ou integrativa), tais como o dever de informar, de cuidado, de cooperação, de lealdade. [...]
A função integrativa da cláusula geral da boa-fé objetiva está agora expressamente consagrada também no art. 422 do Código Civil de 2002. [...]

⁴¹ NUNES, Rizzatto, 2017 p 179

⁴² AFONSO, Luiz Fernando, 2013

⁴³ FILHO, Cavalieri, Sergio. 2014. 41-42

A segunda função da boa-fé objetiva é a função interpretativa; critério hermenêutico ou paradigma interpretativo destinado ao juiz para ser utilizado na interpretação de todo negócio jurídico que gera relação de consumo. [...]

A terceira função da boa-fé é a função de controle – limite ao exercício dos direitos subjetivos, [...]

O Código de Defesa do Consumidor refere-se a essa função de controle da boa-fé em seu art. 51, IV, ao decretar a nulidade, por abusividade, das cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”

Ao estabelecer estas funções a boa-fé busca-se dizer que ela tem uma ampla função dentro do direito do consumidor, tutelando de várias formas as relações de consumo, visando fornecer ao consumidor, uma prestação de serviços ou fornecimento de produtos da forma mais correta, sem que o fornecedor possa valer-se do seu conhecimento técnico para ludibriar o consumidor, pois se assim fizer estará violando um dos princípios norteadores do código de defesa do consumidor.

De acordo com o entendimento de Rizzato Nunes⁴⁴

O princípio da boa-fé estampado no art. 4º da lei consumerista tem, então, como função viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica, compatibilizando interesses aparentemente contraditórios, como a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico. Com isso, tem-se que a boa-fé não serve somente para a defesa do débil, mas sim como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica, que, como vimos, tem na harmonia dos princípios constitucionais do art. 170 sua razão de ser

Dessa forma verificamos que o código de Defesa do Consumidor além de buscar a proteção do hipossuficiente, também busca garantir a preservação da ordem econômica, através do princípio da boa-fé e com sua harmonização com os princípios constitucionais.

⁴⁴ NUNES, Rizzato. **Manual do direito do consumidor para concursos, 1ª edição**. Saraiva, 10/2015.

3.3 VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA

3.3.1 VULNERABILIDADE PARA O CDC

O código de defesa do consumidor busca proteger o consumidor por entender que este é a parte vulnerável na relação de consumo, em seu artigo 4º inciso I, o código de defesa do consumidor mostra que a política nacional nas relações de consumo tem por objetivo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo

Conforme pode-se analisar a vulnerabilidade pode ser definida como uma forma de demonstração de fraqueza ou extenuação do consumidor nas relações de consumo, conforme entendimento de Bruno Miragem⁴⁵

Em resumo, o princípio da vulnerabilidade é aquele que estabelece a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na relação de consumo. Poderá, todavia, variar quanto ao modo como se apresenta em relação a cada consumidor, em face de suas características pessoais e suas condições econômicas, sociais ou intelectuais

No mesmo sentido Rizzatto Nunes⁴⁶ nos diz que

O inciso I do art. 4º reconhece: o consumidor é vulnerável. Tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal¹⁵⁴. Significa ele que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor** 4ed em e-book baseada na 6 ed impressa. RT 2016

⁴⁶ NUNES, Rizzatto. 2017. P 176

Esta vulnerabilidade do consumidor pode ser dividida em várias formas como por exemplo, a vulnerabilidade fática, técnica ou a jurídica, que segundo Sergio Cavalieri Filho⁴⁷

Vulnerabilidade fática é a mais facilmente perceptível, decorrendo da discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos agentes econômico. [...] Vulnerabilidade técnica decorre do fato de não possuir o consumidor conhecimentos específicos sobre o processo produtivo, bem assim dos atributos específicos de determinados produtos ou serviços pela falta ou inexatidão das informações que lhe são prestadas [...]. Vulnerabilidade jurídica ou científica resulta da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos, inclusive no que respeita a quem recorrer ou reclamar; a falta de assistência jurídica, em juízo ou fora dele; a difícil- idade de acesso à Justiça; a impossibilidade de aguardar a demorada e longa tramitação de um processo judicial

Não se pode confundir a vulnerabilidade com a hipossuficiência, pois há uma diferença entre estes institutos segundo Paulo Roberto Roque Antônio Khouri⁴⁸

A vulnerabilidade do consumidor não se confunde com hipossuficiência. Enquanto esta é traço marcante e individual de alguns consumidores, particularmente considerados, aquela é geral e engloba todos os consumidores indistintamente.

No mesmo sentido Luiz Fernando Afonso⁴⁹ nos diz que

Os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência não se confundem. Suas origens são diferentes e a aplicação de cada um se operará de forma diversa, conforme a situação concreta analisada. Já verificamos que vulnerabilidade, como conceito pré-jurídico e ontológico, constitui uma presunção legal, prevista no artigo 4o do Código de Defesa do Consumidor e admite a existência de uma fragilidade inerente ao consumidor no mercado de consumo. Hipossuficiência, por sua vez, é conceito técnico, jurídico-processual, e não se confunde com vulnerabilidade

Diante disto pode-se verificar que a vulnerabilidade é uma presunção legal da qual é inerente a todos os consumidores, pois há uma presunção de fragilidade do

⁴⁷ FILHO, Cavalieri, Sergio. 2014. p.50,51,52

⁴⁸ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. 2013. p17

⁴⁹ AFONSO, Luiz Fernando. 2013. [p73

consumidor diante do fornecedor, devido ao maior conhecimento do fornecedor diante do produto ou serviço prestado. Com isto se verifica que há uma grande diferença entre o instituto da vulnerabilidade e da hipossuficiência, o qual será analisado adiante.

3.3.2 HIPOSSUFICIÊNCIA PARA O CDC

A hipossuficiência para o código de defesa do consumidor, é entendida de uma forma processual, a qual deve auxiliar na obtenção a prova, quando esta não for possível de ser produzida pelo consumidor segundo entendimento de Sergio Cavalieri Filho⁵⁰

O conceito de hipossuficiência está mais ligado a aspectos processuais. O CDC empregou a expressão hipossuficiência só para as hipóteses de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) a ser determinada pelo juiz em face do caso concreto.

Com isto a pode se considerar que diante da hipossuficiência do consumidor há uma presunção relativa de existência diferente da vulnerabilidade que se há uma presunção absoluta em favor do consumidor, de acordo com o entendimento de Paulo Roberto Roque Antônio Khouri⁵¹ “Enquanto se admite para a hipossuficiência do consumidor, no máximo, uma presunção relativa, que admite prova em sentido contrário, com relação à vulnerabilidade, ao contrário, há presunção absoluta para o consumidor”

Existindo na hipossuficiência esta presunção relativa de existência, cabe ao consumidor demonstrar sua necessidade de aplicação segundo Moraes⁵²

⁵⁰ FILHO, Cavalieri, Sergio. 2014. p50

⁵¹ CHAVES, Silvia Fernandes. **A Vulnerabilidade e a Hipossuficiência do Consumidor nas Contratações Eletrônicas**. Minha Editora, 01/2015. [p18].

⁵² MORAES (Bonatto, Claudio & Moraes, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais**. 5.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009) apud CHAVES, Silvia Fernandes. **A Vulnerabilidade e a Hipossuficiência do Consumidor nas Contratações Eletrônicas**. Minha Editora, 01/2015.

Para que o critério da hipossuficiência possa ser aferido, deve-se considerar a relação dos dois sujeitos envolvidos no processo, de modo que seja “feita uma hierarquização valorativa voltada para a posição individual (socioeconômica) de ambos, o que resultará na distribuição mais justa do ônus da prova

Devido a esta necessidade de comprovação da hipossuficiência podemos verificar que a presunção de hipossuficiência na relação de consumo é relativa, devendo ser comprovada a necessidade de se considerar o consumidor hipossuficiente, diferentemente do que se acontece com a vulnerabilidade que é intrínseca dos consumidores se admitindo prova em sentido contrário a declaração de hipossuficiência. Conforme ensina Silvia Fernandes Chaves⁵³, “todos os consumidores são vulneráveis, mas nem todos são hipossuficientes, porque a hipossuficiência deve ser avaliada caso a caso”.

Com isto podemos verificar que todos os consumidores são vulneráveis diante fornecedor, porem nem todos são hipossuficientes, pois a hipossuficiência necessita de comprovação de enquadramento do consumidor, demonstrando sua dificuldade para a produção da prova, podendo ser produzida com maior facilidade pelo fornecedor diante da sua capacidade técnica e/ou financeira e observando a dificuldade ou impossibilidade de produção da prova pelo consumidor.

3.4 HIPERVULNERABILIDADE

O princípio da hipervulnerabilidade foi criado para buscar fornecer uma proteção mais forte a alguns grupos de consumidores considerados como mais vulneráveis que os demais grupos da sociedade, seja por sua falta de conhecimento ou por estarem em períodos da vida onde se está mais suscetível a práticas abusivas praticadas pelos fornecedores de acordo com entendimento de Sergio Cavalieri Filho⁵⁴

⁵³ CHAVES, Silvia Fernandes. 2015. [p124].

⁵⁴ FILHO, Cavalieri, Sergio. 2014. P 54.

[...] pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a pasteurização das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar “não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos”.

Verifica-se que a hipervulnerabilidade é um conceito aplicável as pessoas consideradas como mais frágeis as práticas comerciais abusivas praticadas pelos fornecedores, tendo em vista seu alto grau de fragilidade devido a diversos fatores.

Ao analisar-se a hipervulnerabilidade da criança e do adolescente, deve-se observar que esta proteção decorre da nossa Constituição Federal, conforme nos explica Adolfo Mamoru Nishiyama⁵⁵

A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente como consumidores decorre do texto constitucional. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 (CF, art. 227, caput).

No mesmo sentido Marco Antônio Araújo Junior⁵⁶, demonstra que

A hipervulnerabilidade da criança possui bases constitucionais. Estabelece o art. 227 da Constituição Federal que “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 coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. A vulnerabilidade da criança e do adolescente resulta do diálogo das fontes entre o CDC e o ECA, o qual consagra no art. 17 o respeito a essas pessoas quando ostentarem a condição de consumidores.

⁵⁵ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. 2009. P 236.

⁵⁶ JUNIOR, Marco Antônio Araújo. GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito do consumidor**. 2. ed. e-book baseada na 5.ed impressa. RT. 2016

Ademais pode-se analisar que esta proteção visa garantir que as crianças e adolescentes não sejam afetados por práticas abusivas dos fornecedores diante de estarem em processo de desenvolvimento estando mais suscetíveis a estas práticas do que os demais consumidores e por terem uma espécie de poder nas decisões de compras realizadas por seus familiares conforme nos explica Bruno Miragem⁵⁷

Esse "poder" da criança e do adolescente nas decisões de compra familiar, por sua vez, contrasta com a vulnerabilidade que apresentam em relação à atuação negocial dos fornecedores no mercado, por intermédio das técnicas de *marketing*. Neste sentido, se os apelos de *marketing* são sedutores aos consumidores em geral, com maior intensidade presume-se que o sejam em relação às crianças e adolescentes. Estes se encontram em estágio da vida em que não apenas permite que se deixem convencer com maior facilidade, em razão de uma formação intelectual incompleta, como também não possuem, em geral, o controle sobre aspectos práticos da contratação, como os valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio. Daí resulta que estejam em posição de maior debilidade com relação à vulnerabilidade que se reconhece a um *consumidor standard*. Esta vulnerabilidade agravada da criança é reconhecida no âmbito da publicidade, sendo que o próprio CDC estabelece o caráter abusivo da publicidade que venha a aproveitar-se da deficiência de julgamento da criança (artigo 37, § 2º). Mas igualmente, ainda quando não se trate de publicidade, qualquer conduta negocial do fornecedor que venha a prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, em vista, dentre outras condições de sua idade e conhecimento, será considerada prática abusiva (artigo 39, IV), ilícita, podendo ensejar tanto a imposição das sanções cabíveis, quanto eventual ineficácia do contrato (ou ato existencial) que resulte desta contratação.

Esta busca de proteção à criança e ao adolescente, deve levar em consideração o desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, pois devido a este desenvolvimento eles se tornaram um público muito acessível a práticas comerciais, devido a facilidade na obtenção de conteúdo gerado pelas novas tecnologias.

O que acaba por torna este grupo mais suscetível a práticas abusivas praticadas pelos fornecedores conforme demonstra Adolfo Mamoru Nishiyama⁵⁸

A hipervulnerabilidade do consumidor criança e adolescente é mais patente com o desenvolvimento das novas tecnologias, como a Internet, telefones celulares de última geração, videogames, aparelhos digitais etc. A

⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. 2016. e-book

⁵⁸ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru.. 2009. P238

velocidade das informações tornou-se muito mais rápida nos últimos 20 anos e hoje nossas crianças e adolescentes tem acesso mais facilitado aos bens de consumo, o que demonstra a necessidade de maior proteção em relação a esses consumidores

Por isto deve-se buscar a preservação das crianças e adolescentes das publicidades voltadas a eles diante da sua elevada vulnerabilidade e considerando o papel que estes exercem nas tomadas de decisões das compras familiares, pois os mesmos encontram-se em um período de transição, onde estão mais sujeitos a influência externa, não tendo um discernimento maduro para realizar escolhas.

Esta ampliação do conceito da vulnerabilidade, busca preservar os indivíduos os quais se entende que necessitam de uma atenção maior devido sua insuficiência cognitiva para a tomada de decisões, devido a estarem ou em fase de desenvolvimento (criança e adolescentes) ou fragilizadas diante da idade (idoso).

4. PUBLICIDADE

Para iniciar a análise sobre a publicidade, deve-se primeiro verificar sua definição que está elencada no artigo 8º do Código Brasileiro de Auto Regulação Publicitaria⁵⁹ que diz

Artigo 8º O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade e propaganda, **assim entendidas como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias.** (Grifos nosso)

Segundo José Brito Filomeno⁶⁰, publicidade pode ser entendida como

[...] publicidade vem a ser a mensagem estratégica e tecnicamente elaborada por profissionais especificamente treinados e preparados para tanto, e veiculados igualmente por meios de comunicação de massa mais sofisticados (como, por exemplo, outdoors, mensagens por televisão, rádios, revistas, jornais, Internet etc.), cujas finalidades específicas são: (1) tornar um produto ou serviço conhecidos do público-alvo-potencial-consumidor; (2) tentar convencer esse mesmo público a comprar o produto ou serviços anunciados.

Verifica-se que a publicidade é a forma utilizada pelo fornecedor de produtos ou pelo prestador de serviço de apresentar seu produto ou serviço para o público em geral, visando estimular o consumo de determinado produto ou serviço.

Nos dias atuais, que devido as produções massificadas, a publicidade não tem somente mais o papel de informar o público em geral sob determinado produto ou serviço ou tentar convencer este a realizar o consumo, passando a ter um forte papel de influência nas decisões tomadas pelas pessoas, influenciando os hábitos de consumo das pessoas, conforme nos demonstra Joao Almeida⁶¹

⁵⁹ Informações disponíveis em <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>

⁶⁰ FILOMENO, José Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**, 14ª edição. Atlas, 07/2016. E-book.

⁶¹ ALMEIDA, João. 2014.p 114

A verdade, porém, é que a publicidade deixou de ter papel meramente informativo para influir na vida do cidadão de maneira tão profunda a ponto de mudar-lhe hábitos e ditar-lhe comportamento. Trata-se — é bem de ver — de instrumento poderosíssimo de influência do consumidor nas relações do consumo, atuando nas fases de convencimento e de decisão de consumir. Assinalando ser esse fato consequência da “cultura de massas” em que vivemos, instalada pela exploração dos meios de comunicação.

No mesmo sentido Luiz Fernando Afonso⁶² nos diz que

Publicidade é um fenômeno universal, um mecanismo de natureza difusa. A publicidade nada tem de técnica pessoal, atinge a todos de forma indiscriminada e se revela um instrumento de massa dirigida aos consumidores, no claro objetivo de difundir um hábito de consumo, hábito este que não é fruto da necessidade, mas sim do desejo dos consumidores. É, enfim, a forma encontrada pelo mercado de consumo, de satisfazer, mediante informação e persuasão, a vontade dos fornecedores e, conseqüentemente, vender seus produtos ou seus serviços

Assim analisa-se que a publicidade é uma forma que o fornecedor/ prestador de serviço tem de apresentar seu produto ou serviço para o consumidor, buscando persuadir o consumidor a consumir seu produto ou serviço devido a alguma característica apresentada do produto ou serviço conforme nos ensina Renato Porto⁶³ “a publicidade tem o escopo de informar, mas sob uma ótica meramente comercial ou formadora de opinião; ou seja, a publicidade liga-se ao poder do convencimento que um agente poderia exercer sob o outro”.

Diante disto com esta publicidade massiva presente nos dias atuais constata-se que o consumidor é bombardeado de publicidade diariamente, publicidade esta que busca o induzir para que adquira produtos ou serviços que os fornecedores colocam no mercado, fazendo o consumidor agir por suas emoções conforme ensina Joao almeida⁶⁴

[...]conhecido de todos nós: o consumidor é induzido a consumir, bombardeado pela publicidade massiva que o cerca em todos os lugares e momentos de seu dia a dia. Como autômato, responde a esses estímulos, sem discernir corretamente. Age pela emoção, embotado em seu juízo crítico. E, se tudo isso ocorre em relação à publicidade normal sobre o

⁶² AFONSO, Luiz Fernando. 2013. P 89

⁶³ PORTO, Renato. **Publicidade digital: proteção da criança e do adolescente**, 1ª Edição. Saraiva, 09/2013. P 132

⁶⁴ ALMEIDA, João. 2014

homem médio, pode-se imaginar os efeitos nefastos e devastadores da publicidade enganosa ou abusiva e daquela incidente sobre pessoas em formação, como crianças e adolescentes.

Diante desta publicidade massiva mesmo não se encaixando como publicidade ilícita, pode ser considerada prejudicial ao consumidor pois faz com que este não tenha um discernimento correto devido ao grande estímulo ao que são submetidos diariamente.

Desta análise constata-se que está publicidade normal pode ser considerada prejudicial aos consumidores comuns, então a dita publicidade ilícita acaba por ter efeitos muito negativos sobre os consumidores, inclusive diante dos considerados como hipervulneráveis, diante da deficiência de cognição deste grupo de pessoas

4.1 PUBLICIDADE ILÍCITA

Ao se falar em publicidade ilícita está se falando de toda publicidade que infrinja os deveres jurídicos estabelecidos pelo CDC, segundo conforme demonstra Bruno Mirage⁶⁵

A publicidade ilícita, no regime estabelecido pelo CDC, é toda aquela que viola os deveres jurídicos estabelecidos nesta norma na realização, produção e divulgação de mensagens publicitárias. Assim, é ilícita, por exemplo, a publicidade que viola o princípio da identificação, o princípio da veracidade, assim como constitui ato ilícito (porém, não necessariamente publicidade ilícita), a recusa, pelo fornecedor, de atender aos termos da oferta publicitária

No mesmo sentido Luiz Fernando Afonso⁶⁶ diz que

No regime adotado pelo Código de Defesa de Consumidor brasileiro, publicidade ilícita é aquela que ofende os deveres jurídicos estabelecidos pela norma protetiva quando da concepção, realização, produção e divulgação de mensagens publicitárias. Sendo assim, pode-se afirmar que a legislação consumerista pátria não impede a publicidade, apenas coíbe a

⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. 2016. e-book

⁶⁶ AFONSO, Luiz Fernando. 2013. p 122

existência de patologias publicitárias ou de qualquer tipo de publicidade perniciosa dirigida ao consumidor

Com isto verifica-se que a publicidade ilícita é toda forma publicidade dirigida ao consumidor com intuito não de informação sobre características de determinado produto ou serviço, mais sim trazendo uma mensagem prejudicial ao livre convencimento do consumidor, prejudicando a tomada de decisões por fornecer informações enganosas ou abusivas em seu conteúdo.

Pode-se verificar a existência de dois tipos de publicidade ilícita tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor a publicidade enganosa e a publicidade abusiva conforme nos ensina Luiz Fernando Afonso⁶⁷

O Código de Defesa do Consumidor reconhece, portanto, duas formas ilícitas de publicidade: uma de caráter objetivo e econômico, que denominou enganosa; e outra de caráter subjetivo, que relega valores fundamentais da sociedade, denominada abusiva. Apesar de suas diferenças, ambas se aproximam pelo fato de o ilícito, nos dois casos, interferir na formação da vontade do consumidor

Assim pode-se com a concepção de publicidade ilícita, englobado as publicidades enganosas e abusivas, pode-se considerar a publicidade ilícita como gênero e as publicidades enganosa e abusivas como espécies derivadas deste gênero.

⁶⁷ AFONSO, Luiz Fernando. /2013 p

4.2 PUBLICIDADE ENGANOSA

A definição de publicidade enganosa está elencado no parágrafo 1º e 3º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor⁶⁸ o qual nos diz que

§ 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

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Conforme ensina de João de Almeida⁶⁹ publicidade enganosa pode ser considerada como

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, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” (art. 37, § 1o). Será publicidade enganosa por omissão aquela que “deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço” (§ 3o). Em ambos os casos, a publicidade enganosa vicia a vontade do consumidor, que, iludido, acaba ad- querendo produto ou serviço em desconformidade com o pretendi- do. A falsidade está diretamente ligada ao erro, numa relação de causalidade.

Assim verifica-se que para ser enganosa a publicidade deve trazer informações falsas sobre determinado produto ou serviço, ou omitir informação sobre determinado produto ou serviço, o que acaba por tornar viciada a vontade do consumidor.

Com isto verifica-se que para se considerar enganosa a publicidade, ela deve buscar induzir o consumidor ao erro, prestando informações falsas ou negligenciando informações sobre produtos ou serviços conforme demonstra Luiz Fernando Afonso⁷⁰

⁶⁸ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.ht

⁶⁹ ALMEIDA, João de. 2010. P122

⁷⁰ AFONSO, Luiz Fernando. 2013. p124

Na publicidade comercial, a enganosidade é caracterizada quando o fornecedor induz o consumidor a erro, contaminando a sua manifestação de vontade para contratar. Para essa hipótese de publicidade ilícita, não é exigida prova da enganosidade real e concreta, bastando apenas a intenção do fornecedor de enganar o consumidor. A propósito, tamanha é a antipatia do legislador com a enganosidade, que a lei veda até mesmo a mera intenção do fornecedor de enganar o consumidor, não se exigindo a prova da enganosidade real. A enganosidade, nesse sentido, é vista objetivamente, não importando eventual boa-fé do fornecedor. A ilicitude dessa espécie de publicidade está propriamente na declaração enganosa, nas declarações ambíguas e também no silêncio, como ausência de informação positiva

Assim esta forma de publicidade ilícita, não exige comprovação de que enganosidade contida na mensagem chegou a ser efetivada, tendo em vista, a previsão de vedação mesmo da intenção do fornecedor enganar o consumidor, estando a ilicitude da publicidade atrelada a própria informação contida, até mesmo diante da ausência de informações que seja essencial,

Desta forma o legislador buscou preservar o consumidor de ter informações que não correspondam com os produtos ou serviços prestados pelo fornecedor, o que acabaria por viciar a escolha do consumidor, uma vez que este ao ter informações que não correspondem com à verdade ou pelo fato do fornecedor ter prestado falsas informações sobre determinado produto estaria o induzindo a consumir algo que não consumiria se tivesse as informações corretas (verdadeiras) sobre determinado produto ou serviço

4.3 PUBLICIDADE ABUSIVA

Para a definição de publicidade abusiva o legislador utilizou-se do parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor⁷¹ sendo definido como publicidade abusiva

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

⁷¹ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.ht

Conforme ensina Luiz Fernando Afonso⁷²

Para o artigo 37, § 2o, do Código de Defesa do Consumidor, é abusiva, entre outras situações, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que incite a violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento e inexperiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde e segurança

No mesmo sentido Ada Pellegrini Grinover⁷³ diz que

O art. 37, § 2º, elenca, em lista exemplificativa, algumas modalidades de publicidade abusiva. Em todas elas observa-se ofensa a valores da sociedade: o respeito à criança, ao meio ambiente, aos deficientes de informação (conceito que não se confunde com deficiência mental), à segurança e à sensibilidade do consumidor. Veja-se que as diversas modalidades de publicidade abusiva, ao contrário da publicidade enganosa, não atacam o bolso do consumidor, isto é, não têm, necessariamente, o condão de causar-lhe prejuízo econômico.

Com isto verifica-se que a publicidade não deve incentivar práticas que sejam discriminatórias, incitem a violência ou possam pôr em risco a saúde ou segurança do consumidor, tendo em vista o caráter de influência que a publicidade exerce sob as pessoas com isto nos ensina Jose Brito Filomeno⁷⁴ sob a publicidade abusiva que

No que tange à abusividade, a publicidade deve ser **sóbria, ética**. Isto é, não deve conter mensagens preconceituosas, de qualquer natureza, ou então violar os valores mencionados no próprio dispositivo legal *retrocolacionado*. Note-se que a enumeração dele constante é **meramente exemplificativa e não taxativa**, já que os valores e costumes variam de acordo com a dinâmica social, bem como com relação ao meio em que as mensagens são veiculadas

⁷² AFONSO, Luiz Fernando. 2013.p124

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 11ª edição. Forense, 03/2017 e-book

⁷⁴ FILOMENO, José Brito. 2016. e-book

Assim para se ter uma publicidade abusiva, está deve trazer mensagens que não estejam de acordo com os valores protegidos pela sociedade, visando promover, violência, preconceito ou se utilize da fragilidade de discernimento de alguns grupos de pessoas para induzi-los ao consumo ou pratica de algo que possa ser prejudicial a eles.

Ademais pode-se verificar que a diferença entre a publicidade abusiva para a publicidade enganosa encontra-se no caráter subjetivo empregado na publicidade abusiva, conforme ensina Luiz Fernando Afonso⁷⁵

A publicidade abusiva não se confunde com a publicidade enganosa. A publicidade abusiva tem um caráter muito mais subjetivo. Mais: o fornecedor age com abuso de direito, em desconformidade com a razoabilidade e a proporcionalidade, atingindo valores sociais imprescindíveis para o convívio harmônico em sociedade, o que configura exercício irregular de um direito reconhecido, com infração ao direito de outro. Na publicidade abusiva, ratificamos, há evidente exploração da vulnerabilidade do consumidor, em flagrante ofensa a valores eleitos pelo povo e que são tutelados pelo direito.

Assim com esta análise se pode extrair que a publicidade abusiva, visa afrontar os valores, promoção de práticas que possam ser lesivas ao consumidor ou a utilização da fragilidade de algum grupo de pessoas tirando proveito de seu discernimento frágil, induzindo estes grupos a realização de práticas degradantes.

4.4 REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE

A regulamentação da publicidade em nosso país se da através da forma mista que consiste na auto regulação e da regulação estatal segundo Luis Fernando Afonso⁷⁶

A forma mista de controle da publicidade congrega as duas formas de controle, o estatal e o privado. Em termos de efetividade, é a forma de controle mais recomendável, pois convivem em harmonia um sistema privado, autor regulamentar, e um controle estatal.

⁷⁵ AFONSO, Luiz Fernando. P 129

⁷⁶ Ibid. p 115

Com isto, tem-se que o modelo de regulação adotado pelo Brasil, é uma das formas mais eficientes de controle, uma vez que atua em conjunto a regulação estatal com a autorregulação, o que acaba por dar uma maior efetividade a este modelo de regulação.

Todavia conforme ensina Marco Antonio Marcondes Pereira⁷⁷ “Nos moldes que a encontramos no Brasil, a autorregulamentação publicitária é fruto de um movimento da classe publicitária para evitar a ingerência estatal nos destinos da publicidade, ou seja, a censura”.

Com isto verifica-se que a instauração do CONAR, tem como objetivo evitar a regulação do estado na pratica publicitária, criando um procedimento semelhante ao judicial, porém mais célere buscando uma autonomia quanto a regulação da publicidade conforme ensina Marco Antônio Marcondes Pereira⁷⁸

Como se pode constatar, o Conar estabeleceu um procedimento à imagem do que ocorre no processo judicial, mas dotado de celeridade e fundado na crença de que suas decisões sejam respeitadas pelos associados. A edição do Código de Autorregulamentação pelo Conar, todavia, não afasta a possibilidade de ser instaurado inquérito civil pelo Ministério Público, em conformidade com a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, para averiguar a existência de lesão aos consumidores, bem como não retira do Poder Judiciário a possibilidade de apreciação da publicidade, seja de cunho individual ou coletivo. O Código de Autorregulamentação se mostra como mais um mecanismo em favor da publicidade, dos concorrentes, agências e veículos de divulgação da publicidade.

Assim, tem-se que a autorregulação publicitária, foi uma manobra dos anunciantes para evitar que o estado determinasse normas de regulamentação da publicidade, tendo os publicitários buscando garantir uma “autonomia” quanto a normatização da publicidade, todavia as sanções impostas pelo CONAR não afastam a possibilidade de sanções serem impostas pelo estado.

⁷⁷ Pereira, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. Atlas, 01/2014. P 108

⁷⁸ Ibid 2014. P 111

4.4.1 CONAR

O CONAR⁷⁹ (Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária) é um dos principais órgãos de regulamentação da publicidade no Brasil Segundo informações retiradas do seu site :

O CONAR, é uma ONG que foi criada com o intuito de buscar a efetivação do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, sendo que este código foi criado no final dos anos 70 devido ao receio do setor da publicidade da criação de uma lei a qual criaria uma espécie de censura previa à propaganda.

No mesmo sentido Marco Antonio Marcondes Pereira⁸⁰ ensina que

O CONAR tem como objetivo principal o de aplicar o Código Nacional de Autorregulamentação Publicitaria, aplicando os seus preceitos éticos à publicidade comercial, protegendo, assim a concorrência e os consumidores indiretamente. A publicidade comercial, o merchandising e a publicidade institucional submetem-se as regras do Código de Autorregulamentação, apreciáveis pelo CONAR, excluindo-se as atividades de Relações Publicas, Publicity

Esta ONG tem por objetivo a fiscalização da publicidade no Brasil, fiscalização está efetivada através de denúncias, que podem ser realizadas por: autoridades, consumidores, pelos associados ou podem ser realizadas até mesmo pela diretoria do CONAR.

Segundo informações contidas no site do CONAR⁸¹, os princípios norteadores da ética publicitária são:

Os preceitos que definem a ética publicitária são:

- todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro, bem como respeitar as leis do país;
- deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social;
- deve ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor;
- deve respeitar o princípio da leal concorrência;
- deve respeitar a atividade publicitária.

⁷⁹ Informações retiradas do site <http://www.conar.org.br>

⁸⁰ Pereira, Marco Antonio Marcondes. 2014 p 110

⁸¹ Informações retiradas do site <http://www.conar.org.br>

Através das denúncias o conselho de ética do CONAR, delibera sobre a denúncia, garantindo a ampla defesa ao anunciante, se considerada a denúncia procedente é recomendado aos veículos de comunicação que seja suspensa a exibição ou é sugerido correções, podendo ser advertido a agencia e o anunciante, não realizando censura previa e apenas quando constatado infração ao Código de Ética podendo determinar a sustação do anuncio.

O CONAR não exerce em nenhuma hipótese censura prévia. Anúncios que porventura contenham infração flagrante ao Código têm sua sustação recomendada de forma liminar aos veículos de comunicação. O CONAR é capaz de adotar medida liminar de sustação no intervalo de algumas horas a partir do momento em que toma conhecimento da denúncia.⁸²

Com isto verificar-se que mesmo sendo um órgão formado pela classe dos publicitários o CONAR, através de seu código de ética, busca realizar uma regulamentação na publicidade realizada no Brasil, impondo sanções aos associados que descumprirem o código de autorregulamentação conforme explica Marco Antônio Marcondes Pereira⁸³

As sanções impostas pelo Conar estão previstas no art. 50 do Código de Autorregulamentação. São elas: advertência; recomendação de alteração ou correção de anuncio; recomendação aos veículos no sentido que sustentem a divulgação do anuncio; e, divulgação da posição do Conar com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

Todavia ainda que a ONG, busque fornecer esta autorregulação há problemas quanto as possibilidades de punição impostas, conforme demonstra Isabella Henriques⁸⁴

[...] há problemas relacionados as possibilidades de punição impostas pelo Conar. No caso, a penalidade máxima que pode ser aplicada pela ONG é a recomendação de que a veiculação da campanha publicitária seja sustada ou deixe de ser veiculada. Mas pode também recomendar a alteração da

⁸² Informações retiradas do site <http://www.conar.org.br>

⁸³ Pereira, Marco Antonio Marcondes . Publicidade comparativa. Atlas, 01/2014. P 110

⁸⁴ HENRIQUES, Isabella. **Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo**, 1ª Edição. Saraiva, 06/2013. P 52

publicidade para que se adapte aos seus preceitos éticos, que também estão em consonância com a legislação brasileira. No entanto, cumprir ou não com as determinações do Conar é mera liberalidade das empresas. Aliás, somente aquelas em- presas associadas ao Conselho é que estão submetidas ao seu escrutínio, sendo que outras que eventualmente não façam parte da ONG não tem nenhuma forma de controle pela autorregulamentação ora existente no País.

Assim verifica-se que mesmo com a busca por esta autorregulamentação do ambiente publicitário há uma deficiência quanto a forma de punição que pode ser imposta pelo órgão que realiza está autorregulamentação, tendo em vista que a sanções possíveis que o órgão pode realizar é a recomendação de sustação da campanha publicitaria ou que ela deixe de ser veiculada.

5. DA PROTEÇÃO AO ADOLESCENTE

Para iniciar a análise sobre os adolescentes é necessário chegar a uma definição de qual período se compreende adolescência, para termos uma compreensão do período que o legislador entendeu com a adolescência devemos observar a definição deste período que está descrita no artigo segundo do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸⁵ que diz que:

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

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. (Grifei)

Por outro lado, a Convenção sobre os Direitos da Criança⁸⁶ não faz a distinção entre criança e adolescente conforme verifica-se em seu artigo 1º

Artigo 1 Para efeitos da presente Convenção considera-se como **criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade**, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Diante disto, verifica-se que a diferenciação entre criança e adolescente somente se dá diante do ordenamento jurídico interno, uma vez que no âmbito internacional não há esta diferença entre criança e adolescente sendo fornecido a mesma proteção a crianças e aos adolescentes.

Todavia conforme preceitua nosso ordenamento jurídico a adolescência é o período compreendido entre os doze e dezoito anos, devido a este período ser compreendido como a transição da infância para a vida adulta, com isto para se

⁸⁵ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm

⁸⁶ BRASIL, Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm

chegar a este conceito de criança e adolescente o legislador buscou utilizar do critério biológico conforme ensina Katia Andrade Maciel⁸⁷

Na fixação do âmbito de aplicação do ECA, levou-se em conta o critério biológico – objetivo, igualitário e mais seguro. Estudos demonstram que a formação do cérebro se completa apenas com o alcance da vida adulta. Na adolescência o córtex pré-frontal ainda não refreia emoções e impulsos primários. Também nesta fase de formação o cérebro adolescente reduz as sensações de prazer e satisfação que os estímulos da infância proporcionam o que impulsiona a busca de novos estímulos. Atitudes impensadas, variações de humor, tempestade hormonal, onipotência juvenil são características comuns a esta fase de formação fisiológica do adolescente, justificando tratamento diferenciado por meio da lei especial que o acompanha durante esta etapa de vida.

Com isto, o legislado ao utilizar deste critério biológico, ele buscou uma explicação biológica para se fornecer uma proteção diferenciada para as crianças e aos adolescentes tendo em vista que no período compreendido entre a infância e a adolescência o individuo encontra-se em formação.

Ademais, verificamos que o legislador forneceu a este grupo uma proteção integral, visando atender aos preceitos Constitucionais e contemplar o princípio da dignidade humana previsto na nossa Constituição, conforme explica Kátia Andrade Maciel⁸⁸

Podemos entender que a doutrina da proteção integral é formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direito. A doutrina da proteção integral encontra-se insculpida no art. 227 da Carta Constitucional de 1988, em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, tem se que que a doutrina da proteção integral, visa fornecer uma proteção mais efetiva a criança e ao adolescente, se pautando no principio da dignidade humana.

⁸⁷ MACIEL, Kátia Andrade. **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**, 3ª edição. Saraiva, 3/2015. P 77-78

⁸⁸ Ibid. P 55

Assim verifica-se que o ECA, tem por objetivo, dar efetividade a Constituição Federal através de seu microssistema, buscando fornecer uma proteção para as criança e aos adolescente através da efetivação e da garantia de seus direitos fundamentais conforme demonstra Katia Andrade Maciel⁸⁹

Regulamentando e buscando dar efetividade à norma constitucional, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, microssistema aberto de regras e princípios, fundado em três pilares básicos: 1) criança e adolescente são sujeitos de direito; 2) afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e, portanto, sujeito a uma legislação especial; 3) prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais.

Com isto, tem-se que ao promulgar o ECA, o legislador buscou fornecer uma efetividade aos direitos das crianças e adolescentes, os quais foram estipulados na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, a qual forneceu as diretrizes para a elaboração do ECA, e visando a efetivação dos princípios definidos na nossa Constituição. Todavia conforme explica Luísa da Trindade Gomes⁹⁰ “O ECA, contudo, não trata do anúncio publicitário que pode ser nocivo à criança e ao adolescente”, assim mesmo buscando esta proteção integral a criança e ao adolescente ainda há a ausência do tratamento da questão da publicidade nociva a este grupo.”

5.1 PUBLICIDADE E O ADOLESCENTE

Ao analisar o papel que a publicidade exerce frente aos adolescentes, verifica-se, que ela exerce um papel muito importante na tomada de decisão das pessoas, devendo por isto se ter uma maior atenção, ao conteúdo presente na publicidade, quando esta estiver voltada para pessoas consideradas como hipervulneráveis, devido ao grande impacto que esta pode tomar neste grupo de pessoas. Conforme explica Tania Vidigal Limeira⁹¹.

⁸⁹ Ibid. p 56

⁹⁰ GOMES, Luísa da Trindade - **a regulamentação da publicidade infantil e as estratégias de marketing**. 36f. Monografia (graduação). Curso Publicidade e Propaganda no UniCEUB – Centro Universitário de Brasília. 2017

⁹¹ LIMEIRA, Tania Vidigal. **Comportamento do consumidor brasileiro**. Saraiva, 06/2009.p 204

A juventude é uma fase de mudanças, em que as forças formativas da personalidade estão se constituindo. Assim, muitos hábitos são adquiridos na juventude, os quais terão grande importância no futuro, ampliando ou limitando as capacidades do adolescente.

Diante disto, por este grupo se encontrar em um período considerado de transição, e com isto estando mais suscetível a interferência externa, deve-se fornecer uma proteção especial a este grupo devido a sua maior fragilidade considerando o período de transição em que se encontram.

Por outro lado, tem-se que a publicidade é uma forma do fornecedor desempenhar sua liberdade de expressão, sendo um direito que detém uma proteção constitucional conforme demonstra Maria Clara Lopes Saboya⁹²

[...] a publicidade é um direito com proteção constitucional como atividade econômica resguardada pela livre iniciativa, fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput* e parágrafo único, CF) e livre concorrência. (Art. 170, IV, CF) e pelo princípio da liberdade de expressão (arts. 5.º, IX e 220, CF). Por outro lado, crianças e adolescentes são indivíduos em formação, merecendo uma proteção irrestrita, como preceitua a própria Constituição Federal, que elegeu um tratamento com prioridade a esses indivíduos em seu artigo 227, o qual ainda estabeleceu como sujeitos ativos para assegurarem esse direito a família, a sociedade e o Estado

Por outro lado, Luiz Fernando Afonso⁹³ diz que

[...] quando falamos de liberdade de manifestação de pensamento, de liberdade de expressão, falamos de manifestação de opiniões pessoais e não de mecanismos de venda. Há, contudo, aquela manifestação de pensamento de cunho comercial, eminentemente mercadológica, criada com o intuito de aproximar os partícipes do mercado. Essa manifestação de pensamento comercial não possui a proteção dada pela Constituição Federal, já que tem natureza jurídica distinta daquela protegida pelo texto constitucional.

⁹² SABOYA, Maria Clara Lopes. Adolescentes diante do espelho: a influência da publicidade sobre os jovens. **Educação, Gestão e Sociedade: revista da Faculdade Eça de Queirós**, ISSN 2179-9636, Ano 7, número 26, junho de 2017. www.faceq.edu.br/regs

⁹³ AFONSO, Luiz Fernando. 2013. P 104

Diante disto, tem-se que a publicidade detém uma proteção, como atividade econômica, proteção que busca preservar a livre iniciativa, não contendo a proteção destinada a liberdade de expressão, uma vez que sua natureza jurídica é distinta da tutelada na liberdade de expressão.

Ademais, a Constituição também visa a proteção prioritária das crianças e do adolescente, elegendo como garantidores de seus direitos a família, sociedade e o Estado.

Considerando que a publicidade não apenas apresenta um produto a este grupo, como também influencia em suas escolhas conforme demonstra Maria Clara Lopes Saboya⁹⁴

O que a publicidade vende ao jovem é muito mais do que o produto. É um conjunto de possibilidades ou de estilos de vida, de *jeitos de ser*, que extrapolam, em muito, as possibilidades do produto[...]
Na verdade, os apelos emocionais em que se fundam as mensagens publicitárias, mesmo quando se revestem de razões lógicas, visam despertar sentimentos de identidade entre o público e o produto, ou sentimento de frustração, sofrimento ou privação, quando não há essa identidade, ou seja, quando não se usufrui do produto

No mesmo sentido Aline Aparecida Novais Silva Lima⁹⁵ diz que

A Publicidade não é expressão de pensamento, mas é ato comercial eminentemente um instrumento de persuasão, com função de venda, para a promoção de consumo de produtos e serviços. Por ser instrumento da atividade econômica pode ser restringida quando ferir outros direitos constitucionalmente protegidos, dentre eles os verdadeiramente fundamentais, como direitos à saúde, à educação e a infância, dentre outros.

Porquanto, verifica-se que a publicidade voltada ao público adolescente, não traz apenas as informações sobre determinado produto, mais também trazem apelos

⁹⁴ SABOYA, Maria Clara Lopes. Adolescentes diante do espelho: a influência da publicidade sobre os jovens. **Educação, Gestão e Sociedade: revista da Faculdade Eça de Queirós**, ISSN 2179-9636, Ano 7, número 26, junho de 2017. www.faceq.edu.br/regs

⁹⁵LIMA, Aline Aparecida Novais Silva. Publicidade dirigida às crianças e adolescentes na sociedade contemporânea: consequências e ilegalidades no Brasil. Programa de Iniciação Científica do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

emocionais, visando influenciar a escolha deste grupo, diante da fragilidade deste grupo.

Devido a esta facilidade dos adolescentes em ter acesso a esta publicidade, tem-se a necessidade de controle do conteúdo que vai ser direcionado a este público, levando em consideração a crescente oferta de publicidade a este público, devido a eles estarem mais “conectados” as mídias digitais, tornando-se um público de fácil acesso devido ao número de informações que recebem diariamente e devido ao fato de estarem em um período de transição e estando mais suscetíveis a influencias de terceiros, por buscarem se tornar parte de algum grupo de pessoas.

5.2 ADOLESCENTE-RELAÇÃO DE CONSUMO

O público adolescente na atualidade se tornou um grupo grande de consumidores, diante da influência que este grupo adquiriu nas escolhas familiares nos últimos tempos, por outro lado devido a esta influência as escolhas de seus grupos familiares, com isto acabam por se tornar alvo mais constantes de publicidade, tendo em vista estarem em um período da vida em que estão mais suscetíveis a influência de terceiros por estarem buscando encontrar seu local no mundo, conforme ensina Edgard Monforte Merlo⁹⁶

[...] percebemos que a influência normativa associa-se à necessidade de pertencer a um grupo, pois os indivíduos moldam seus comportamentos de acordo com o que é esperado pelos demais membros.

Ressalta-se que, mesmo em grupos nos quais as normas de conduta não são formalizadas, os indivíduos reconhecem o que os demais membros esperam deles e, por isso, buscam adaptar-se a essas expectativas para serem mais bem aceitos.

No mesmo sentido Sara Cheweidzon Zimmermann⁹⁷ diz que

⁹⁶ MERLO, Edgard Monforte, CERIBELI, Harrison B. **Comportamento do Consumidor**. LTC, 11/2013. E book

⁹⁷ ZIMMERMANN, Sara Cheweidzon, GIBRAN, Sandro Mansur. Efeitos da Publicidade Dirigida aos Consumidores Adolescentes in: **Repensando o Direito do Consumidor III 25 anos de CDC: conquistas e desafios** Coleção Comissões vol. XIX . OAB/PR. P 226-257

O consumo realizado pelo adolescente tem ligação direta com o lazer, entretenimento e moda. Estes sofrem influências oriundas de grupos sociais, passando a aderir aos produtos em destaque com o temor de não serem aceitos por tais grupos sociais. Isto evidencia que esta classe necessita de uma maior proteção, pois os adolescentes ainda estão em formação cerebral. Os adolescentes possuem muita influência na formação dos hábitos de consumo dos adultos, pois sofrem mais afetação das práticas de marketing.

Assim verifica-se que o consumo realizado pelo público adolescente, decorre das influências que estes recebem ou na tentativa de se enquadrar em algum grupo, ou decorrente da influência que a propaganda tem sobre este grupo, tendo em vista que devido ao período de transição que se encontram, estes ficam suscetíveis a estas práticas uma vez que estão à procura de aceitação social, neste sentido Alex Silva Gonçalves demonstra que⁹⁸

Os adolescentes possuem um comportamento diferenciado, já que internaliza diversos conflitos. De um lado está a busca de uma maior autonomia, uma autoafirmação e independência em relação a família, e de outro, a necessidade que sentem em se associar a outras pessoas de forma a se inserirem em grupos sociais de seu cotidiano. Dificilmente um adolescente se conforma ao meio em que vive, buscando cada vez mais se enquadrar no padrão de vida e consumo reproduzidos por pessoas de outros grupos, gerando, assim, uma rebeldia nos lares em prol da realização de um dado desejo. Também é possível identificar um confronto entre o idealismo e o pragmatismo nos adolescentes já que têm uma visão de mundo bastante distorcida da realidade, e, por isso, sofrem desilusões. É ainda possível verificar que é inerente à identidade dos adolescentes uma postura individualista em prol de uma melhor aparência contrastando com as necessidades e interações de outros adolescentes e grupos diversos.

Com isto, diante desta constante busca por pertencimento a algum determinado grupo, tem-se que os produtos consumidos por grupos aos que os adolescentes buscam integrar, acabam por influenciar suas escolhas, tendo em vista que ao buscarem ingressar nestes grupos, eles passarão a consumir os mesmo produtos e serviços que os demais integrantes do grupo, para se sentirem aceitos pelos demais membros.

⁹⁸ GONÇALVES, Alex Silva - Publicidade de consumo dirigida ao público infantil: regulamentação estatal e ação comunitária. 154f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado, Área de Concentração Direito Social, Linha de Pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social e Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

5.3 ADOLESCENTE E PUBLICIDADE NA VISÃO DO CDC

Para a análise da publicidade na visão do CDC tem-se que analisar a proteção fornecida as crianças tendo em vista que da mesma forma que as crianças os adolescentes encontram-se em período de formação, e com isto ficando propensos a influencias dos demais grupos em que se relacionam, tornando-se um público frágil quanto a influência da publicidade quando esta é voltada para este grupo.

Conforme demonstra Sara Cheweidzon Zimmermann⁹⁹

A publicidade direcionada aos adolescentes é proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não possua regulamentação específica para sua efetivação, existem normas proibitivas em relação à exploração da vulnerabilidade agravada deste grupo. Há órgãos que realizam o controle desta prática, conforme estudos em seguida.

Diante disto verifica-se que o CDC, visa destinar uma proteção ao público adolescente tendo em vista sua hipervulnerabilidade, buscando preservar este grupo pessoas para garantir seu desenvolvimento saudável.

Pois conforme explica Sara Cheweidzon Zimmermann¹⁰⁰ “As principais consequências decorrentes da publicidade direcionada aos adolescentes são os transtornos alimentares, o estresse familiar, a erotização precoce, o consumo de álcool a violência entre outros. ”,

Assim verifica-se que o CDC diante desta publicidade, busca fornecer uma proteção a este grupo, buscando proteger eles dos efeitos que esta publicidade pode gerar.

Da mesma forma que o CDC busca implementar uma proteção a este grupo, conforme explica Sara Cheweidzon Zimmermann¹⁰¹, o CBAP também fornece uma proteção aos adolescentes conforme verifica-se no art.37

⁹⁹ZIMMERMANN, Sara Cheweidzon, GIBRAN, Sandro Mansur. Efeitos da Publicidade Dirigida aos Consumidores Adolescentes in: **Repensando o Direito do Consumidor III 25 anos de CDC: conquistas e desafios** Coleção Comissões vol. XIX OAB/PR. P 226-257

¹⁰⁰ idib

¹⁰¹ ibid

No tocante à publicidade dirigida aos adolescentes, o código de Autorregulamentação Publicitaria (CBAP), em seu artigo 37, localizado na seção 11, traz normas específicas para proteção deste grupo que ainda não possui desenvolvimento completo, este dispositivo é um referencial a ser seguido não tão somente pelos publicitários, mas por qualquer outro órgão que se encarregue de fiscalizar a área.

No mesmo sentido Alex Silva Gonçalves¹⁰² diz que

Se o CDC busca proteção para pessoa jurídica, quanto mais para pessoa física e, mais ainda, para as crianças e adolescentes, alvos constantes de inúmeras publicidades e comunicações mercadológicas. Nessa esteira, o CDC visando trazer proteção ao consumidor, especifica em seu art. 6º, IV, que é direito básico do consumidor “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

Com isto, verifica-se que tanto o CBAP quanto CDC buscam fornecer uma proteção aos adolescentes, quanto a publicidade enganosa e abusiva voltada a eles tendo em vista que eles estão mais suscetíveis a influencias externas e diante do crescente numero de publicidade voltada a eles,.

Outra forma que se buscou aplicar uma proteção as crianças e aos adolescentes contra a publicidade abusiva destinada a este grupo, foi através da Resolução 163 do CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente) a qual buscou definir quais seriam as formas e buscou proibir a destinação de publicidade considerada como abusiva voltada para as crianças e adolescentes, definindo qual tipo de publicidade voltada para este público é considerada como abusiva de acordo com o artigo 3º da resolução 163 do CONANDA¹⁰³

¹⁰² GONÇALVES, Alex Silva - Publicidade de consumo dirigida ao público infantil: regulamentação estatal e ação comunitária.154f.Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado, Área de Concentração Direito Social, Linha de Pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social e Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

¹⁰³ Resolução 163 CONANDA, Disponível em <http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>
<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucoes-1>

Art. 3º São princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes:

- I - Respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais;
- II – atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente e sua condição de pessoa em desenvolvimento;
- III – não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior;
- IV - Não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;
- V - Não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço;
- VI - Não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades ilegais.
- VII – não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;
- VIII – a qualquer forma de degradação do meio ambiente; e
- IX – Primar por uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina;

Assim tem-se que a publicidade voltada ao público adolescente, quando não respeitar ao que dispões a resolução 163 do CONANDA, será considerada como abusiva, devendo receber as sanções previstas na legislação, para estes casos de abuso na publicidade, neste sentido Diogo Furtado¹⁰⁴ diz que.

Desta forma, temos na resolução mencionada não apenas um importante passo na efetividade dos direitos das crianças e adolescentes, mas também uma garantia de que estes não sofrerão abusos que podem influenciar diretamente no seu discernimento, afastando a possibilidade da recepção de publicidade com a intenção exclusiva de persuasão para o consumo.

Ademais, a resolução busca fornecer parâmetros para se diferenciar a publicidade lícita da publicidade abusiva voltada para este grupo..

Desta análise, verifica-se que esta resolução, veio para complementar a proteção fornecida pelo CDC a criança e ao adolescente, observando a

¹⁰⁴ FURTADO, Diogo - Da proteção à criança e ao adolescente – a resolução 163 do CONANDA, o livre exercício da atividade econômica e a legitimidade do conselho nacional – disponível em <<https://diogofurtado33668.jusbrasil.com.br/artigos/115724620/da-protECAo-a-crianca-e-ao-adolescente-a-resolucao-163-do-conanda-o-livre-exercicio-da-atividade-economica-e-a-legitimidade-do-conselho-nacional?ref=home>> acesso em 15/03/2018

hipervulnerabilidade deste grupo e considerando que estão em período em que estão mais suscetíveis a influências externas.

Todavia, verifica-se que esta resolução não detém um caráter normativo, conforme demonstra Maximilian Fierro Paschoal¹⁰⁵

Ao que tudo indica, trata-se de Resolução de mero caráter informativo, que visa orientar as entidades de atendimento à criança e ao adolescente quanto ao apoio do CONANDA aos Projetos de Lei que pretendem limitar a publicidade de produtos direcionados à criança e ao adolescente. Em que pese algumas manifestações recentes de ONGs pretendendo atribuir à Resolução o banimento da publicidade de produtos para crianças e adolescentes, em momento algum a Resolução menciona que tal publicidade estaria proibida no Brasil. Até porque, se o fizesse, acreditamos que a Resolução seria claramente inconstitucional.

Contudo, mesmo não possuindo força normativa, verifica-se que a Resolução, busca fornecer alguns parâmetros para a identificação do que se pode considerar como uma publicidade abusiva voltada a estes públicos.

Ademais, o STJ na decisão do Resp. 1.558.086 - SP¹⁰⁶, de relatoria do ministro Humberto Martins, decidiu que a publicidade voltada ao público infantil é considerada como abusiva.

Com isto, abrindo um precedente favorável, uma vez que a resolução do CONANDA não detém força normativa, fornecendo assim o STJ uma proteção mais efetiva a estes grupos, uma vez que o entendimento do STJ deve ser baliza para as decisões dos tribunais.

¹⁰⁵ PASCHOAL, Maximilian Fierro, BARATA Pedro Paulo Barradas - A recente resolução do Conanda e a publicidade de produtos para crianças. **Migalhas**, disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202249,51045-A+recente+resolucao+do+Conanda+e+a+publicidade+de+produtos+para> > acesso em 28/03/2018

¹⁰⁶ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, mutatis mutandis, o disposto na Súmula 284/STF.

2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).

3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".

Recurso especial improvido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a partir da revolução industrial, a busca para fornecer uma proteção aos consumidores foi acentuada diante da vulnerabilidade dos consumidores frente aos fornecedores, buscando se reequilibrar as relações de consumo.

No contexto nacional a busca por fornecer esta proteção somente teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual em suas disposições transitórias estipulou a necessidade de criação de um código para proteção dos consumidores.

O CDC busca fornecer um equilíbrio na relação entre o fornecedor e consumidor, diante a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor na relação de consumo, todavia para o fornecimento desta proteção o indivíduo deve se enquadrar como consumidor, no qual o STJ adota a teoria do finalismo aprofundado, fornecendo a mesma proteção destinada aos consumidores aos consumidores equiparados ao consumidor. Para efetivação desta proteção o CDC, traz alguns princípios para fornecer esta proteção aos consumidores, princípios estes como o da transparência, boa-fé, vulnerabilidade e hipossuficiência.

Diante destes princípios verificam-se a hipervulnerabilidade de alguns grupos de indivíduos, tais como crianças, adolescentes e idosos, os quais necessitam de uma proteção mais efetiva devido a estarem mais suscetíveis as influências de terceiros.

Com isto a publicidade, a qual é uma atividade destinada a promover o consumo de bens e serviços, a qual o CDC regula algumas formas que são consideradas como ilícita, enganosas e abusivas. Tendo seu controle realizado de forma mista sendo sua regulamentação realizada pelo CONAR e pelo controle estatal.

A proteção fornecida pelo ECA aos adolescentes deriva da Convenção sobre os Direitos das Crianças e Adolescentes, convenção está a qual não diferencia crianças e adolescentes, fornecendo a mesma proteção a eles, todavia o legislador

pátrio ao estabelecer as normas de proteção as crianças e adolescentes adotou um critério biológico, para definição do período que compreende a adolescência.

Com isto tem-se que a publicidade destinada a estes grupos de pessoas deve ser controlada devido ao período de transição em que este grupo se encontra, período este em que ficam mais suscetíveis as influências externas, tendo em vista que os adolescentes cada vez mais influenciam nas escolhas de suas famílias, e tendo em vista o número crescente de publicidade voltada para este grupo. Com isto tem-se que o CDC, deve fornecer a mesma proteção ao adolescente que a proteção fornecida para criança, tendo em vista que ambos estão em um período de transição, com isto para buscar fornecer uma proteção efetiva para criança e ao adolescente o CONANDA publicou a resolução 163 a qual estabelece o que é considerado como publicidade abusiva, todavia sua resolução padece de caráter normativo, servindo apenas como referencial.

Ademais mesmo a resolução não contendo poder normativo, tem-se que o STJ já considerou a publicidade voltada a criança como abusiva, com isto abrindo um precedente visando fornecer uma proteção efetiva a estes grupos considerados hipervulneráveis.

REFERENCIAS

AFONSO, Luiz Fernando. **Publicidade Abusiva e Proteção do Consumidor Idoso**. Atlas, 09/2013

ALMEIDA, João de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**, 7ª edição. Saraiva, 02/2010.

ALMEIDA, João. **Manual de direito do consumidor**, 6ª edição. Saraiva, 10/2014.

CHAVES, Sílvia Fernandes. **A Vulnerabilidade e a Hipossuficiência do Consumidor nas Contratações Eletrônicas**. Minha Editora, 01/2015.
CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**, 4ª edição. Atlas, 08/2014

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**, 3ª edição. Atlas, 07/2014.

FILOMENO, José Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**, 14ª edição. Atlas, 07/2016. E-book

GONÇALVES, Alex Silva - Publicidade de consumo dirigida ao público infantil: regulamentação estatal e ação comunitária. 154f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado, Área de Concentração Direito Social, Linha de Pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social e Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

HENRIQUES, Isabella. **Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo**, 1ª Edição. Saraiva, 06/2013

JUNIOR, Marco Antônio Araújo. Giancoli, Brunno Pandori. **Direito do consumidor**. 2. ed. e-book baseada na 5. Ed. impressa. RT. 2016

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**, 6ª edição. Atlas, 10/2013.

LIMA, Aline Aparecida Novais Silva. **Publicidade dirigida às crianças e adolescentes na sociedade contemporânea: consequências e ilegalidades no Brasil**. Programa de Iniciação Científica do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente

MARQUES, Claudia Lima. et al. **Manual de direito do consumidor**. 5 ed. São Paulo. RT. 2013

MARQUES, Claudia Lima et al. **Manual de Direito do Consumidor**. 3ª ed. em e-book baseada na 7ª ed. impressa. RT. 2016

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor** 4ed em e-book baseada na 6 ed impressa. RT 2016

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**, 2ª edição. Atlas, 12/2009.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, 11ª edição., 11th edição. Editora Saraiva, 2017.

NUNES, Rizzato. **Manual do direito do consumidor para concursos**, 1ª edição. Saraiva, 10/2015.

PORTO, Renato. **Publicidade digital: proteção da criança e do adolescente**, 1ª Edição. Saraiva, 09/2013.

PASCHOAL, Maximilian Fierro, BARATA Pedro Paulo Barradas - **A recente resolução do Conanda e a publicidade de produtos para crianças**. Migalhas, disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202249,51045-A+recente+resolucao+do+Conanda+e+a+publicidade+de+produtos+para>> **acesso em 28/03/2018**

TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor** - Volume Único, 6ª edição. Método, 02/2017

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. Atlas, 01/2014

MACIEL, Kátia Andrade. **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**, 3ª edição. Saraiva, 3/2015. P 77-78

LIMEIRA, Tania Vidigal. **Comportamento do consumidor brasileiro**. Saraiva, 06/2009.p 204

SABOYA, Maria Clara Lopes. **Adolescentes diante do espelho: a influência da publicidade sobre os jovens**. **Educação, Gestão e Sociedade**: revista da Faculdade Eça de Queirós , ISSN 2179-9636, Ano 7, número 26, junho de 2017. www.faceq.edu.br/regs

ZIMMERMANN, Sara Cheweidzon, GIBRAN, Sandro Mansur. **Efeitos da Publicidade Dirigida aos Consumidores Adolescentes** in: Repensando o Direito do Consumidor III 25 anos de CDC: conquistas e desafios Coleção Comissões vol. XIX OAB/PR. P 226-257

Consultados

SOUZA, Jeniffer campos de. **Publicidade abusiva frente as redes de fast food direcionadas ao público infantil**. Tubarão, 2017. Monografia (graduação em direito). UNISUL. tubarão 2017 disponível em <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/2135/Jennifer%20Souzaa%20-%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

SCHERER, Débora Maciel Muletaler. **A regulação da publicidade de alimentos para crianças**. 2014 disponível em <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/debora_scherer_2014_2.pdf>