

A HIPERVULNERABILIDADE DA CRIANÇA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

*Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira**

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que, atualmente, vivemos em uma sociedade, cada vez mais, consumista, sendo a publicidade uma das principais ferramentas utilizadas para influenciar as pessoas a adquirir determinado produto ou serviço.

No entanto, o setor publicitário vem, nos últimos anos, priorizando demasiadamente a publicidade persuasiva em detrimento da informativa, pouco importando a que público direcione.

O problema dessa constatação é que, no universo de consumidores, uns podem ser considerados mais vulneráveis que os outros, como é o caso das crianças, que possuem a vulnerabilidade agravada, também chamada hipervulnerabilidade. Tanto em razão de ser uma pessoa em desenvolvimento, como por ser a parte mais frágil da relação de consumo.

Assim, o presente trabalho tem como finalidade analisar o instituto da hipervulnerabilidade da criança em relação à publicidade, bem como perquirir sua proteção jurídica à luz do Código de Defesa do Consumidor.

*Advogada e procuradora jurídica da Fazenda pública Municipal de Bauru. Professora de Direito Civil das Faculdades Integradas de Bauru. Especialista em Direito Civil e em Direito Municipal e Mestre em Direito Constitucional.

2 DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO CONSUMIDOR

A Declaração dos Direitos da Criança foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1959.

Segundo a Declaração “a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeada de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento” (MIRAGEM, 2014).

Durante o Renascimento, a criança era considerada como um adulto mirim, desde a forma de se vestir até o que comer e beber. Muitas crianças trabalhavam aprendendo um ofício ou exercendo atividade laborativa no meio rural (BULHÕES, 2018).

Com a Revolução Industrial, a proteção à criança frente à sociedade se tornou ainda mais carente. As famílias saíam do campo para a cidade e os pais não conseguiam, sozinhos, prover o seu sustento.

Assim, as empresas se aproveitavam deste drástico cenário, empregando as crianças em trabalhos intensos, que prejudicavam sua saúde física e mental.

No século XX, a criança adquire uma participação importante dentro do núcleo familiar. Nesse contexto histórico, o mundo passou por duas grandes guerras, que trouxeram significativas modificações, especialmente no âmbito do Direito Contratual.

Segundo Adalberto Pasqualotto:

Antes da Segunda Guerra Mundial, as relações de consumo eram embasadas na confiança que os consumidores depositavam nos empresários. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as empresas de países capitalistas tiveram profunda modificação nos modelos de negociação, partindo-se para uma indústria de rápida produção (o que já vinha ocorrendo desde os anos 1900, e que levou a grande crise de 1929) mas com o fim de rápido escoamento de seus produtos, evitando a massificação da estocagem – nesta época também

foi implementada a massificação de créditos e da atividade publicitária. (PASQUALOTTO, 1997, p. 93)

Faz-se importante mencionar que com o declínio da Segunda Grande Guerra, a criança passou a ser considerada como um público importante para o mercado. Além disso, os profissionais de marketing desse período pós-guerra começaram a divulgar, facilmente, os seus produtos a partir da criação da televisão (VELOSO, 2012).

Assim, uma nova dinâmica mercantil foi implementada. Com isso, as propagandas que tinham apenas a finalidade de informação, passaram a desempenhar o mesmo papel da publicidade, atualmente, isto é, estimulando o consumo e provocando a demanda em massa.

De acordo com Andres Veloso:

Na década de 80, foi intensificado o desenvolvimento de produtos e serviços voltados para crianças, quando a mulher começou a se consolidar no mercado de trabalho. No livro *Marketing e o Mercado Infantil* há uma explanação sobre a consequência que essa situação influenciou no crescimento do consumo de produtos infantis, haja vista que, correlato ao tamanho reduzido de membros das famílias, passou a ter uma maior renda disponível, que os pais, agora ambos trabalhando fora de casa, passam a utilizar do poderio econômico para amenizar a culpa causada pela ausência no cotidiano das crianças. (VELOSO, 2012)

Em 1985, a ONU passou a defender os consumidores com a implementação de medidas a fim de equilibrar as relações que eles participassem.

No Brasil, a proteção efetiva da criança ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente que declarou como dever de todos a proteção física, moral e intelectual das crianças e adolescentes.

Vale lembrar que a Carta Republicana de 1988 afirmou a importância da defesa do consumidor com a criação em 1990, de um microsistema do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, todos esses períodos da História tiveram um papel fundamental no diálogo das fontes que buscam, hoje, a proteção da criança vítima de políticas desproporcionais de diversas empresas, por meio de uma propaganda desenfreada, a fim de estimular um consumismo nada saudável.

3 DA HIPERVULNERABILIDADE DA CRIANÇA DIANTE DA SOCIEDADE DE CONSUMO

3.1 DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

Sabe-se que o consumo é um ato indissociável do cotidiano das pessoas, podendo ser considerado pelo simples fato de ir à farmácia, ao mercado ou até mesmo abastecer um carro.

Atualmente, os indivíduos estão cada vez mais consumistas, o que interfere diretamente no seu jeito de ser e viver.

Segundo Maria Aparecida Baccega:

O “querer” rege a busca pelas mercadorias, e os querereres são transitórios em um sistema econômico em que a lógica produtiva, revestida pelas estratégias de *marketing*, sustenta aquilo que definimos como obsolescência simbólica programada, ou seja: os produtos, a partir de ciclos regidos por movimentos de moda, de mudanças de gostos, de inovações e renovações tecnológicas e estéticas, são periodicamente lançados ao descarte motivado, à troca por novos modelos, por *gadgets* que se tornam manias sazonais.

Produtos outrora inexistentes, que representam inovações tecnológicas, como o telefone celular, transitam do apelo de venda por ser novidade, para depois se tornar progressivamente um *commoditie*, que vai ganhando espaço em relação a outras formas de comunicação telefônica, como fone fixo. Mais do que isso, o aparelho que é utilizado para a telefonia móvel, em sua concepção estética, corresponde a um mercado que sustenta a ditadura do novo, a necessidade de obter o modelo mais recente, o lançamento que nem todos possuirão de imediato, de forma cada vez mais acelerada. (BACCEGA, 2008, p.207)

Desta forma, os fornecedores de produtos e serviços investem, cada vez mais, em estratégias de publicidade, com a finalidade de atrair os consumidores.

Diante disso, o Código de Defesa do Consumidor foi criado para proteger aquela parte considerada mais fraca da relação de consumo, qual seja o consumidor.

Portanto, tal código é considerado como um microssistema, principiológico, de ordem pública, com interesses indisponíveis e inderrogáveis, que tem como escopo a proteção da coletividade de consumidores.

Cumprir informar que a defesa do consumidor é considerada um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988.

O Código de Defesa do Consumidor foi elaborado em consonância com o Sistema Constitucional, a fim de conferir igualdade entre os sujeitos da relação de consumo, quais sejam consumidor e fornecedor.

Presume-se, assim, a vulnerabilidade do consumidor, ou seja, o reconhecimento de que ele é a parte mais fraca da relação consumerista.

Nesse sentido, o artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]. (BRASIL, 1990)

Vale informar, que a noção de vulnerabilidade da relação de consumo está relacionada com a fraqueza e debilidade de uma das partes em face de uma posição de força e preponderância da outra parte.

Portanto, qualquer pessoa que seja identificada como consumidor, será considerada vulnerável por determinação legal.

Contudo, embora todo consumidor seja considerado vulnerável, vislumbra-se diferentes tipos de vulnerabilidade entre os próprios consumidores, em virtude de determinadas características pessoais.

Dentre os consumidores encontramos idosos, pessoas com algum tipo de deficiência, pessoas analfabetas, jovens, adultos e as crianças.

Assim, diante desses variados tipos de consumidores, não podemos afirmar que todos possuem o mesmo grau de vulnerabilidade.

Com isso, doutrina e jurisprudência modificaram o conceito inicial de vulnerabilidade para hipervulnerabilidade, que se refere à dupla vulnerabilidade de certos consumidores.

Diante dessa nova aceção do instituto da vulnerabilidade, que considera que cada consumidor possui um nível de vulnerabilidade frente ao seu

fornecedor de produto ou serviço, é que se afirma a hipervulnerabilidade da criança enquanto consumidora.

3.2 DO CONSUMIDOR INFANTIL E SUA HIPERVULNERABILIDADE

Sabe-se que, no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente é a legislação aplicável às crianças e adolescentes.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 estabelece que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos e que por estarem em situação de desenvolvimento, merecem uma proteção especial por parte do Estado, conforme preceitua o artigo 227 da Magna Carta.

Vale lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, também reconhece esse princípio consagrado na Constituição Federal de 1988, haja vista que as crianças são as responsáveis pela formação social do futuro.

Além disso, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerado como o principal vetor axiológico da nossa Carta Republica (art. 1º, inciso III), reconhece que as crianças, enquanto seres humanos devem ter os seus direitos fundamentais protegidos.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 1º consagrou o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.

Deste modo, as crianças são consideradas sujeitos merecedores de proteção especial, podendo ser consideradas vulneráveis desde o seu primeiro dia de vida, haja vista que necessitam de muitos cuidados para sobreviver.

Nas relações de consumo, não obstante as crianças não adquirirem diretamente muitos produtos ou serviços, elas são consideradas consumidoras, por serem destinatárias finais e, conseqüentemente, vulneráveis.

O consumidor criança é hipervulnerável porque, em razão da sua idade, não tem o discernimento para fazer suas escolhas propriamente, e pode ser mais facilmente influenciável pelo fornecedor, pelo mercado de consumo e pelas mensagens publicitárias.

Portanto, a criança consumidora é considerada hipervulnerável, isto é, duplamente vulnerável, em razão da vulnerabilidade inerente à sua condição de pessoa em desenvolvimento, como também por ser a parte mais fraca da relação de consumo.

Segundo o artigo 3º do Código Civil ela não tem capacidade civil, não detendo, portanto, condições cognitivas de expressar, livremente e espontaneamente, a sua vontade.

Na seara administrativa o CONAR (órgão de regulação da propaganda) também demonstra preocupação com o assunto quando dispõe no artigo 37 do Código Brasileiro de Autoregulação, acerca de diversos comportamentos que não devem ser adotados na publicidade de artigos endereçados a crianças.

Embora exista a preocupação normativa com o menor, a verdade é que na prática a publicidade se aproveita da ingenuidade da criança para vender seus produtos como se fossem intrínsecos à necessidade humana ou mesmo como se trouxessem algum benefício imaterial transformado assim o consumo em um conceito e estilo de vida, distorcendo, desta forma, a realidade.

3.3 A PUBLICIDADE DESTINADA AO PÚBLICO INFANTIL À LUZ DOS MINI YOUTUBERS

Sabe-se que o incentivo às crianças para o consumo não se restringe mais à publicidade tradicional. O *youtube*, por exemplo, ultrapassou o seu propósito de informação, utilizando-se de diversos meios estratégicos para seduzir crianças e adultos.

Assim, as empresas começaram a perceber que, ao se associar a esses produtores de conteúdo, eles podem se aproximar do seu público-alvo, aumentando o volume de vendas.

A relação da criança com o *Youtube* reside no fato de que aquela possui capacidade de dialogar e participar do universo midiático, estimulando o consumo e produzindo conteúdo.

Desta forma, atualmente, os mini *youtubers* são identificados como digital *influencers*, isto é, influenciadores digitais, sendo considerados como aqueles que tem algum poder de decisão de compra de uma pessoa ou de colocar discussões em circulação.

Com isso, as grandes empresas vislumbram os influenciadores mirins como uma ponte entre o produto e o consumidor, sendo possível perceber a menção de sua marca em vídeos gerados por usuários no *youtube*.

Portanto, com o crescimento da quantidade de vídeos, é perceptível que as crianças vêm se submetendo ao conteúdo da publicidade através das mensagens transmitidas por outras crianças.

Destarte, a publicidade protagonizada por crianças e direcionada ao público infantil no *youtube* tem a finalidade de ser vista como entretenimento ou ações educativas, fazendo com que a criança fique totalmente vulnerável e sem condições de discernimento.

Por fim, tais estratégias são uma forma de promoção dos produtos e de publicidade abusiva. Portanto, por meio de publicidade oculta, com aparência de informação neutra, haja vista que não é revelado seu teor publicitário, as empresas se aproveitam da inexperiência e deficiência de julgamento das crianças com a finalidade de utilizar da sua pureza e inocência para alcançar seu resultado mercadológico.

4 DA PUBLICIDADE INFANTIL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sabe-se que um dos reflexos da globalização na sociedade contemporânea foi a comunicação. Com isso, as relações se tornaram mais complexas, aumentando significativamente o desejo pelo consumo (JACOBINA, 1996).

Assim, os consumidores para adquirirem seus bens, precisam tomar conhecimento dos produtos, serviços e ofertas do mercado. Essa tarefa caberá à publicidade.

Publicidade, segundo o Dicionário Aurélio (2012) deriva do latim *publicus* e significa divulgar, tornar público um fato ou ideia. Trata-se de uma técnica de comunicação em massa, cujo objetivo primordial é o fornecimento de informações acerca dos produtos e serviços com finalidade lucrativa.

Segundo Felipe Braga Netto:

A publicidade assumiu enorme importância na vida contemporânea. É um mercado que movimentava quantias vultosas. Praticamente não existe, dentre as grandes empresas prestadoras de serviços, aquela que possa existir no mercado sem anunciar. Tais anúncios, porém, devem ser leais, transparentes, permeados de boa-fé. O CDC é especialmente incisivo ao proteger o consumidor contra os eventuais efeitos nocivos da publicidade. Aliás, dentro os direitos básicos do consumidor está “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”. (BRAGA NETTO, 2016, p.335)

Desta forma, a publicidade pode ser entendida como uma estratégia que tem como objetivo anunciar determinado produto ou serviço ao consumidor, a fim de que esse sinta vontade de adquiri-los.

Segundo Antonio Benjamin, publicidade pode ser entendida como “qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços, com utilização de informação ou persuasão” (BENJAMIN, 1994, p. 25-57).

Não obstante, o Código de Defesa do Consumidor não conceituou publicidade, mas disciplinou em seu artigo 37, a forma de sua utilização, quando dispõe:

Art. 37 – É proibida toda propaganda enganosa ou abusiva.

§1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§2º - É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite 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.

§3º - Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. (BRASIL, 1990)

Vale lembrar que a publicidade é muito importante para o anunciante, pois ela representa uma oportunidade de aumento de vendas e, conseqüentemente, lucros. No que tange à sociedade, ela ganha relevância por estimular o consumo, além de movimentar a economia.

Sabe-se que o consumidor necessita de informações para consumir. E, assim, o Código de Defesa do Consumidor, à luz do artigo 36 determina que a publicidade seja veiculada de forma fácil, a fim de que o consumidor, imediatamente, a identifique.

Além disso, o fornecedor, responsável pela publicidade dos seus bens ou serviços, deverá manter em seu poder todos os dados fáticos, técnicos e científicos para os seus legítimos interessados.

Contudo, a publicidade, hoje, passou a evidenciar seu escopo persuasivo em detrimento do informativo.

No que tange às crianças, essas são consideradas para o mercado como consumidoras em desenvolvimento, capazes de influenciar os adultos na escolha dos seus produtos ou serviços.

Segundo a Proteste¹, “as crianças compõem o grupo dos mais prejudicados, pois são consumidores ainda mais vulneráveis aos efeitos publicitários, estando expostas a uma carga maior de publicidade nos horários em que os pais geralmente estão fora de casa” (2020).

Atualmente, o celular pode ser considerado como o objeto mais desejado pelas crianças, em virtude de suas variadas funcionalidades, como o rápido acesso à internet.

Desta forma, aquelas brincadeiras consideradas tradicionais, como jogos de tabuleiro, bichos de pelúcia estão, cada dia mais, obsoletos.

Diante desta cultura da publicidade e do consumismo, as crianças nascem e de acordo com esses padrões vão se desenvolvendo até atingirem a fase adulta.

Um dos tipos de reação que a publicidade suscita nas crianças é a formação de atitudes perante um determinado produto, produtor, vendedor, publicidade, marca *etc.* Há a criação de um desejo na criança, seja por influência da publicidade ou da opinião dos amigos e da família. A liberdade do consumidor criança é prejudicada a partir do momento que se vê tão fortemente influenciada pela publicidade – seja ela lícita ou ilícita (REIS; CARVALHO; ABREU, 2014).

Vale lembrar que as crianças são muito mais frágeis do que os adultos, o que pode gerar reflexos negativos à infância.

Dentre as consequências negativas da publicidade infantil podemos citar a mudança de comportamento, como condicionar a felicidade ao ato de consumo, hábitos alimentares ruins, que podem gerar obesidade, bulimia ou anorexia, adultização e erotização precoce, perda da autoridade dos pais e estresse familiar.²

1 “É uma entidade civil sem fins lucrativos, apartidária, independente de governos e empresas, que atua na defesa e no fortalecimento dos direitos dos consumidores brasileiros, fundada em 16 de julho de 2001”. PROTESTE. Quem somos. In: Proteste. Disponível em: <https://www.proteste.org.br/quem-somos>. Acesso em: 02/04/2020.

2 PROJETO CRIANÇA E CONSUMO. Por que a publicidade faz mal para as crianças. In: Projeto Criança e Consumo. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf>. Acesso em: 05 de abr. de 2020.

A publicidade impulsiona o aumento da obesidade, pois grande parte da publicidade direcionada ao público infantil são de alimentos nada saudáveis.

Contudo, a publicidade também pode ocasionar ansiedade nas crianças acima do peso, que começam a se sentir tristes, por não terem o corpo fisicamente perfeito.

Faz-se importante mencionar que muitas publicidades influenciam crianças a terem comportamentos de adultos, sem que estejam preparadas para isso, contribuindo negativamente para o desenvolvimento infantil.

Contudo, o ingresso no mundo adulto deve acontecer na hora certa, sendo que, ao oferecer às crianças produtos ou serviços não compatíveis com sua idade, adianta-se a vida adulta e até mesmo a erotização precoce, fazendo com que a infância seja totalmente desvalorizada.

Além disso, existem publicidades que são abusivas, enganosas, passando a ideia de pais perfeitos, o que pode contribuir para que a criança tenha a confiança nos adultos fragilizada.

Todas essas consequências são extremamente danosas à formação da personalidade da criança, influenciando negativamente na sua vida adulta.

Por fim, a publicidade invade, diariamente, a privacidade do lar, interferindo na educação das crianças e, conseqüentemente, desestruturando as relações familiares.

E, assim, as crianças, mais uma vez, serão alvo de uma publicidade persuasiva e prejudicial à infância.

4.1 A PROTEÇÃO DA CRIANÇA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sabe-se que a globalização incentiva o consumismo e, assim, a publicidade se torna cada vez mais intensa em nossa sociedade. Tal publicidade é destinada a um universo de consumidores, por isso a necessidade de seu controle pelo ordenamento jurídico.

No que tange às crianças, essas são consideradas consumidores hipervulneráveis, demandando uma proteção especial por parte do Estado.

O Código de Defesa do Consumidor prevê alguns princípios e disposições que a publicidade deve respeitar, tais como o Princípio da Veracidade e da Não Abusividade da Mensagem Publicitária, o dever de informar, dentre outros.

De acordo com o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor:

Art.31 - A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, 1990)

Desta forma, o dever de informação tem como finalidade a proteção do consumidor adquirente de produto ou serviço, para que ele não seja enganado através da publicidade.

O consumidor, parte vulnerável da relação consumerista, deve ter consciência, vontade livre e espontânea na aquisição de produto ou serviço.

De acordo com o artigo 36, do Código de Defesa do Consumidor: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Assim, a publicidade simulada ou mascarada não é admitida.

Além disso, a publicidade deve ser veiculada em consonância com o dever de lealdade, verdade e seriedade, não podendo extrapolar limites e nem ser abusiva, segundo dispõe o já citado artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, a legislação consumerista especificou quando a publicidade é enganosa e quando é abusiva.

Além disso, o §2º, do citado artigo, estabeleceu expressamente que toda propaganda que se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança será considerada abusiva. Isto decorre da condição de desenvolvimento que a criança se encontra.

Faz-se importante mencionar que a interpretação desse artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor na doutrina não é uníssona, haja vista que muitos doutrinadores afirmam que a publicidade destinada às crianças, por si só, já pode ser considerada abusiva, haja vista que não tem como pensar em uma publicidade que não se aproveite da ingenuidade e pouca experiência da criança.

Portanto, a criança consumidora é considerada hipervulnerável, isto é, duplamente vulnerável, em razão da vulnerabilidade inerente à sua condição de pessoa em desenvolvimento, como também por ser a parte mais fraca da relação de consumo, demandando uma proteção especial por parte do Estado.

4.2 A RESOLUÇÃO 163/2014 DO CONANDA E SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE

Sabe-se que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) é um órgão colegiado de composição paritária, com caráter normativo e deliberativo, instituído pela Lei número 8.242/91, com amparo do artigo 88, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vale salientar que o CONANDA está vinculado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

No dia 13 de março de 2014, esse Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, de modo unânime, aprovou a Resolução número 163, que dispõe sobre a abusividade do direcionamento da publicidade e da comunicação mercadológica à criança e ao adolescente.

O CONANDA tem como finalidade a efetiva aplicação das normas de proteção às crianças e aos adolescentes no Brasil.

Segundo a Resolução 163/2014, temos que:

Art. 1º: Comunicação mercadológica é qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado. Isto pode abranger, dentre outros elementos: anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e página na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição de produtos nos pontos de vendas. (BRASIL, 2014)

Desta forma, qualquer publicidade e comunicação mercadológica direcionada às crianças com a intenção de persuasão para o consumo é considerada abusiva.

À luz do artigo 2º, da supracitada Resolução é abusiva a publicidade e comunicação mercadológica feita em espaços públicos, televisão, quando se utilizem de linguagem infantil, efeitos especiais, excesso de cores, desenho animado ou de animação, dentre outros. Além disso, também é considerada abusiva a publicidade e comunicação mercadológica dentro do ambiente escolar.

No entanto, a Resolução do CONANDA não se aplica às campanhas de utilidade pública, como aquelas relacionadas à educação, a uma boa alimentação, entre outras que visem o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

Faz-se importante mencionar que como consequência das limitações impostas pela Resolução 163/2014 à publicidade e à comunicação mercadológica, principalmente em relação ao público mirim, surgiu uma grande discussão acerca de sua constitucionalidade.

Desta forma, há quem aponte a inconstitucionalidade de tal Resolução, com o fundamento de que o CONANDA não tem competência de estipular por meio de uma Resolução restrições à publicidade, sendo isso atribuição do Poder Legislativo.

Portanto, para os defensores desta visão, a Resolução 163/2014 deve ser considerada como uma recomendação apenas, pois o controle de práticas abusivas acerca da publicidade deve ser exercido pelo CONAR.

Em contrapartida, há outro grupo liderado por defensores dos direitos das crianças e adolescentes, que afirmam que a Resolução é um complemento do que já era previsto no artigo 37, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que considera abusiva toda publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento da criança.

Esse grupo também sustenta que muito embora o CDC não utilize da expressão comunicação mercadológica, o que a Resolução 163/14 buscou proibir foi toda conduta do fornecedor que se aproveite da hipervulnerabilidade do público infantil.

Portanto, adota-se o parecer de Bruno Miragem (2013) que entende que a Resolução pode prever critérios de interpretação da lei proibitiva, indicando práticas que não estão previstas na lei, haja vista que não teria sentido que um ato regulamentador se restringisse tão somente à reprodução da lei.

De acordo com o jurista:

Assim como se tem claro que qualquer exercício de competência normativa infralegal subordina-se ao limite de não contrariedade à lei, também é verdadeiro, no sistema jurídico brasileiro contemporâneo, a existência de espaços de competência normativa regulamentar, seja diretamente pelo Chefe do Poder Executivo, seja pelos órgãos reguladores dotados de competência específica, para criar norma jurídica. Estes não apenas visam ao detalhamento imediato do conteúdo de lei, senão no estabelecimento de normas infralegais que permitam a aplicação in concreto dos comandos normativos estabelecidos na legislação. (MIRAGEM, 2013, p. 197)

Conclui-se, desta forma, que a medida é adequada aos fins a que se destina, haja vista que a ausência de critérios interpretativos está prejudicando a efetividade da própria legislação. Além disso, a medida não proíbe a

publicidade ou comunicação mercadológica direcionada ao público infantil, mas sim que critérios sejam observados para a interpretação dos artigos 37, parágrafo 2º e 39, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, Miragem (2013) compreendeu que a Resolução número 163/2014 do CONANDA é constitucional, porque foi editada por órgão competente. Salienta o jurista que a Liberdade de Iniciativa Econômica e de Expressão Publicitária devem ser conciliadas com a Defesa do Consumidor, e com a P

4.3 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA DEFESA DA CRIANÇA

No que tange às decisões judiciais em relação à publicidade direcionada para o público infantil, a jurisprudência brasileira, nos últimos anos, passou a lidar mais com esse tema. Diante disso, faz-se importante analisar algumas decisões judiciais nesse sentido, a fim de identificar como os magistrados estão realizando a aplicação das normas relativas ao público infantil vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro caso diz respeito à campanha “Gulosos – É hora do Shrek”, oriundo da decisão do Superior Tribunal de Justiça em um julgamento considerado histórico:

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. (RE nº 1.558.086, STJ)

Por meio do referido Recurso Especial, o STJ considerou abusiva a publicidade denominada “É hora de Shrek”, da Empresa Pandurata Alimentos Ltda. A campanha apregoou que, com cinco embalagens de produtos da linha de biscoitos “Gulosos Bauduco” e pagando mais R\$ 5,00 (cinco reais), as crianças poderiam ganhar um relógio exclusivo do personagem do filme.

Considerou-se que tal publicidade foi duplamente abusiva, haja vista que restou comprovada a venda casada, que é expressamente proibida no art. 39, I, do CDC. Além disso, a referida campanha era destinada às crianças, o que ofende tanto a Carta Magna, quanto o CDC, sendo assim, ilegal.

A segunda Turma do STJ, por unanimidade, também considerou abusiva a Campanha Publicitária da Sadia S/A que oferecia cinco mascotes e em troca

o consumidor deveria juntar cinco selos de cores diferentes que vinham nos produtos, mais R\$ 3,00 (três reais).

De acordo com o STJ, essa Campanha tinha o poder de convencer os pais a comprar os produtos, bem como ofendia as crianças hipossuficientes.

Assim, durante o voto, os ministros citaram, por várias vezes, a gravidade da publicidade abusiva dirigida ao público mirim e os grandes índices de obesidade infantil no Brasil.

Vale mencionar que os Ministros, nessa decisão, seguiram o precedente da Turma que analisou o caso da Bauducco, no REsp. 1.558.086/SP, no dia 10 de março, de 2016.

Por fim, a Turma entendeu ser abusiva e ilegal a campanha publicitária da Sadia por se tratar de anúncio de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente às crianças e pela evidente venda casada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o consumo é uma prática corriqueira no cotidiano das pessoas, interferindo diretamente no seu jeito de ser e viver.

Desta forma, os fornecedores de produtos e serviços investem, cada vez mais, em estratégias de publicidade, com a finalidade de atrair um universo de consumidores, por isso a necessidade de seu controle pelo ordenamento jurídico.

Diante disso, o Código de Defesa do Consumidor foi criado para proteger aquela parte considerada mais fraca da relação de consumo, qual seja o consumidor.

Tal Código foi elaborado em consonância com o Sistema Constitucional, a fim de conferir igualdade entre os sujeitos da relação de consumo, presumindo-se, assim, a vulnerabilidade do consumidor, ou seja, o reconhecimento de que ele é a parte mais fraca da relação consumerista.

Contudo, embora todo consumidor seja considerado vulnerável, vislumbra-se diferentes tipos de vulnerabilidade entre os próprios consumidores, em virtude de determinadas características pessoais.

Diante dessa nova acepção do instituto da vulnerabilidade, afirma-se a hipervulnerabilidade da criança enquanto consumidora.

O artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu expressamente que toda propaganda que se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança será considerada abusiva, em decorrência da condição de desenvolvimento que a criança se encontra.

Além disso, muitos doutrinadores afirmam que a publicidade destinada às crianças, por si só, já pode ser considerada abusiva, haja vista que não tem como pensar em uma publicidade que não se aproveite da ingenuidade e pouca experiência da criança.

Portanto, a criança consumidora é considerada hipervulnerável, isto é, duplamente vulnerável, em razão da vulnerabilidade inerente à sua condição de pessoa em desenvolvimento, como também por ser a parte mais fraca da relação de consumo, demandando, por essa razão, uma proteção especial do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luanne Pereira Monteiro; TEIXEIRA, Sangella Furtado; RANGEL, Tauã Lima Verdan. *Publicidade abusiva para os hipervulneráveis: a criança como vítima do consumismo*. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-do-consumidor/4263/publicidade-abusiva-os-hipervulneraveis-crianca-como-vitima-consumismo>. Acesso em: 10/04/2020.

BACCEGA, Maria Aparecida. *Comunicação e culturas do consumo*. São Paulo: Atlas, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora RT, 1994.

BRAGA NETTO, Felipe P. *Manual de Direito do Consumidor*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/05/2020.

_____. *Código Brasileiro de Autoregulação*. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em 02/05/2020.

_____. Lei 10.406/02. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25/04/2020.

_____. Lei 8.078/90. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 15/04/2020.

_____. Lei 8.069/90. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.google.com.br/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiukcjzq47pAhVHbkGHaOACYMQFjAAegQICBAC&url=http%3A%2F%2Fwww.planalto.gov.br%2Fccivil_03%2Fleis%2Fl8069.htm&usq=AOvVaw1fQpyCeLmdBQ2l1lcF60mY. Acesso em: 15/04/2020.

_____. Resolução 163/2014. *Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/conanda/resolucao_163_conanda.pdf. Acesso em: 08/05/2020.

BULHÕES, José Ricardo de Souza Rebouças. *Construções Históricas de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <file:///C:/Users/Thaysa/Downloads/34552-115657-1-PB.pdf>. Acesso em: 10/04/2020.

D'AQUINO, Lúcia Souza. *A publicidade abusiva dirigida ao pública infantil*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.04.PDF. Acesso em: 11/04/2020.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2017_7ed_fempar.pdf. Acesso em: 15/05/2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

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

MIGALHAS. *Julgamento Histórico: STJ proíbe publicidade dirigida às crianças*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/235576/julgamento-historico-stj-proibe-publicidade-dirigida-as-criancas>. Acesso em: 08/05/2020.

MIRAGEM, Bruno. *A constitucionalidade da Resolução n. 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e dos Adolescentes*. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf. Acesso em: 10/05/2020.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.197.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PROTESTE. Quem somos. In: *Proteste*. Disponível em: <https://www.proteste.org.br//quem-somos>. Acesso em 02/04/2020.

RAMOS, Fabiana D'Andrea Ramos; Zanatta, Lisiane. *Fundamentos principiológicos para a proibição de publicidade dirigida à criança no Brasil*. Disponível em: <file:///C:/Users/Thaysa/Downloads/68431-329368-1-PB.pdf>. Acesso em: 10/04/2020.

REIS, Elena Esser dos; CARVALHO, Diogenes Faria de; DE ABREU, Daniel Albuquerque. *Uma perspectiva de Direitos Humanos acerca da hipervulnerabilidade do consumidor criança*. Disponível em https://www.academia.edu/29133133/Uma_perspectiva_de_Direitos_Humanos_acerca_da_hipervulnerabilidade_do_consumidor_crian%C3%A7a. Acesso em 02/05/2020.

VELOSO, Andres Rodrigues. *Marketing e o mercado infantil*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.